

Laudo del Primer Tribunal Arbitral del MERCOSUR

Por Guillermo Tempesta*

-

** Doctor en Leyes, Instituto Universitario Europeo (Florenca, Italia). Miembro del IRI, UNLP.*

Presentación

El primer laudo del Tribunal Arbitral del MERCOSUR,¹ pronunciado en el marco del sistema de solución del Protocolo de Brasilia,² por unanimidad, acogió, parcialmente, el reclamo argentino sobre aplicación de medidas restrictivas al comercio por parte de Brasil.

Aunque el laudo resuelve exclusivamente un caso concreto, es todo un hito que marca el camino correcto para solucionar las disputas entre los socios, en un momento en el que el proceso de integración sufre la crisis más aguda desde su fundación.³ (Ver página siguiente)

-

Por otra parte, asume una significación jurídica sin precedentes en este proceso, porque por primera vez un órgano jurídico independiente, formula un análisis sobre los compromisos asumidos por los socios en el Tratado de Asunción, en general, y en el programa de liberación comercial, en particular. Asimismo, el Tribunal se expide sobre cómo influyó la postergación de la constitución del mercado común en los compromisos originalmente contraídos por los socios.

No sería de extrañar que las elaboraciones jurídicas que se incluyen en el laudo, puedan resultar una guía para futuras decisiones de los órganos del MERCOSUR y de otros tribunales arbitrales que puedan constituirse en el futuro. De ahí la importancia de seguir con detenimiento estas primeras opiniones jurídicas autorizadas sobre el MERCOSUR.

A continuación, pasamos a explicar los puntos esenciales del laudo, no sin formular algunos comentarios propios.

Objeto de la controversia y constitución del Tribunal Arbitral

La controversia giró en torno a los comunicados N° 37, del 17 de diciembre de 1997, y N° 7, del 20 de febrero de 1998, del Departamento de Operaciones de Comercio, de la Secretaría de Comercio Exterior de Brasil, en cuanto implantaron -a juicio de Argentina- medidas restrictivas al comercio recíproco, concretamente, licencias de importación no automáticas.

El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias y estuvo integrado por los árbitros Juan Carlos Blanco (Presidente), Guillermo Michelson Irusta y Joan Grandino Rodos, de nacionalidad uruguaya, argentina y brasileña, respectivamente.

La constitución del Tribunal fue precedida de la sustanciación de las etapas previas que contempla el Protocolo de Ouro Preto ante la Comisión de Comercio ("CCM"), un Comité Técnico de la CCM y el Grupo de Mercado Común ("GMC"); no son públicos los documentos originados en dichas etapas previas.

El Tribunal fijó su sede en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR en Montevideo. Las Partes designaron representantes y constituyeron domicilios. Presentaron escritos y pruebas y fueron escuchados en audiencia del Tribunal.

Fundamentos de las partes

-

a) El reclamo argentino

Argentina cuestiona los referidos comunicados N° 37/97 y N° 7/98, que establecen y consolidan la lista de capítulos y productos de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM), sujetos a licencias de importación no automáticas ("LNA") o licencias automáticas con condiciones o procedimientos especiales ("LAC"). Los considera "una restricción al comercio intrazona que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio." (Considerando 7) Por otra parte, alega que el nuevo sistema produjo un "empeoramiento" de las condiciones de acceso al mercado brasileño, con respecto a las condiciones de 1995 y 1996 (Cons. 10), citando distintos casos a manera de ejemplo. Concluye que el 61% de los principales rubros de exportación argentinos a Brasil quedan sujetos a LNA y LAC. (Cons. 15) De todos modos, el Protocolo de Brasilia permite a un particular presentar un reclamo frente al solo dictado de la medida "sin necesidad de demostrar efectos negativos de la misma". (Cons. 18).

Señala asimismo que, a partir del 24 de agosto de 1998, mediante el comunicado N° 23/98 del 24 de agosto de 1998, Brasil eliminó partes del comunicado N° 37, y las sustituyó por una remisión al Tratamiento del Sistema Integrado de Comercio Exterior ("SISCOMEX"). Así, los productos sujetos a LNA y LAC no se incluyen en una norma consolidada sino que el importador debe acudir a un registro informático que puede ser modificado sin publicidad alguna, aumentando la incertidumbre para los operadores económicos. (Cons. 13 y 14)

La fundamentación jurídica de Argentina se basa en que los comunicados brasileños establecen medidas administrativas equivalentes a restricciones, lo que implica incumplimiento del Tratado de Asunción (en adelante, también denominado, "TA"), su Anexo I, el Acuerdo Parcial Complementario 18 ("ACE 18") de la ALADI,⁴ y las decisiones N° 3/94 y N° 17/97 del Consejo del Mercado Común ("CMC"). En primer lugar, el TA y su Anexo I, establecieron la obligación de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente para llegar al 31/12/94, sin restricciones. En el Anexo I se dispuso que las Partes podrían aplicar hasta esa fecha las restricciones declaradas en las Notas Complementarias del ACE 18 (art. 10).⁵ Brasil incluyó en las mismas los pedidos de guías de importación que se mantuvieron hasta el 31/12/96, cuando fueron sustituidas por el SISCOMEX.

No se cuestiona la implantación del sistema informático, SISCOMEX, en sí, aunque se critica la inclusión en él de las LNA y las LAC, por entender que constituyen restricciones equivalentes a las guías de importación eliminadas. Ello, porque la decisión N° 3/94 del CMC estableció un compromiso "*stand still*"⁶, ya que en su artículo 4 dispuso que hasta tanto no se alcance la total armonización de las restricciones no arancelarias, las Partes se comprometen a no aplicar medidas más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo. Ese compromiso se reitera por la decisión N° 17/97 (art. 6)⁷. En consecuencia, las LNA y LNC violan los compromisos asumidos en la materia, ya que no estaban vigentes cuando se aprobó la decisión N° 3/94.

b) La defensa brasileña

Plantea inicialmente Brasil, que el objeto del reclamo se debe limitar a los comunicados N° 37/97 y N° 7/98, ya que el N° 23/98 debe ser excluido porque no lucía en los términos originales de la reclamación. Su inclusión no corresponde a la luz del art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, que no permite una ampliación extemporánea del objeto litigioso. Sin embargo, el Tribunal no aceptará este argumento de Brasil, y permitirá la inclusión en la discusión del del comunicado en cuestión.

Brasil sostiene que implantó en enero de 1997 el SISCOMEX, un sistema de licenciamiento moderno, que proporciona "agilidad y transparencia" a las importaciones, y sigue las reglas y prácticas internacionales. El comunicado N° 37 es un manual de informaciones para los importadores y no establece reglas nuevas. Su estructura, que se ajusta la OMC, prevé sólo procedimientos de licenciamiento automático ("LA") y no automático ("LNA"). La mayor cantidad de ítems tarifarios, quedan sujetos a LA, que si bien tiene un procedimiento en fase de despacho, es de hecho "instantáneo" y es a título de registro estadístico. El

comunicado N°7 incluye en el N° 37, ciertos productos lácteos sujetos a LNA. Por último, el comunicado N° 23 -aunque fuera de la controversia, según Barsil- no amplió ni redujo la lista de productos ya que solamente indica que dicha lista se encuentra dentro del SISCOMEX. Por otra parte, señala que lo que Argentina definió como LAC ("licencia automática condicionada") no existe, sólo se trata de LA sujeta a ciertos procedimientos sanitarios vigentes antes del comunicado N° 37.

Brasil responde a la alegación argentina de que el nuevo sistema somete a condiciones peores a sus exportaciones. Repasa los ejemplos traídos por la Argentina a fin de demostrar el empeoramiento del acceso al mercado, para rebatirlos. Asimismo, controvierte el argumento argentino de que el nuevo sistema provoque "daño" a las exportaciones de ese país, utilizando estadísticas de 1998, a diferencia de la Argentina que utilizó las de 1996 y 1997. Concluye que la evolución de las importaciones evidencian que Brasil no pone obstáculos al comercio con Argentina, cuyo crecimiento supera la de los otros intercambios.(Cons. 29 a 33) En las conclusiones, dice que los comunicados alteran el tratamiento de licencias en un número "infinitamente" inferior al pretendido por Argentina. (Cons. 40) Adelantamos que el Tribunal no se detuvo en analizar el tema del daño, ya que su tarea se limitó a establecer el marco legal de las restricciones no arancelarias en el MERCOSUR.

Más adelante, Brasil examina los fundamentos jurídicos de la reclamante. Inicia su exposición con un juicio controvertido sobre el Tratado de Asunción:

"El TA puede ser considerado un acuerdo marco, instrumento internacional en el cual se trazan los objetivos y los mecanismos para alcanzarlos, cuyas disposiciones en general programáticas no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables." (Cons. 34)

El objetivo de constituir el mercado común al 31/12/94, fue revisado por las partes y se llegó al compromiso de conformar al 1/1/95 una unión aduanera y no un mercado común.⁸ Es así como fueron redefinidos los otros objetivos y programas originalmente previstos, entre ellos la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias. Respecto de las restricciones arancelarias, con la aprobación por el Consejo del Mercado Común del Régimen de Adecuación, se fijó la lista de productos que estarán sujetos a arancel hasta 1999, a pesar de que originariamente se previó un cronograma de desgravación en el Anexo I al TA. Esta readecuación significó alteraciones en el propio tratado constitutivo, que el Protocolo de Ouro Preto consagró en su artículo 53, al disponer la derogación de las disposiciones del TA que estén en conflicto con el Protocolo y con las decisiones adoptadas por el CMC durante el período de transición. (Cons. 35)

En punto a las restricciones no arancelarias en el TA (Anexo I, art. 10) y en ACE 18 (art. 11), dice que se basa en el sistema de la ALADI de incluir Notas Complementarias para listar restricciones no tarifarias, incluyendo medidas diferentes, restrictivas al comercio o no. El compromiso de eliminarlas estaba asociado a la conformación del mercado común; siendo éste ahora un objetivo a largo plazo, no existe una obligación de

Brasil de eliminar ninguna de las medidas a las referidas Notas Complementarias. Aún cuando la eliminación estuviera desvinculada del mercado común, no implicaría la eliminación de todas las medidas listadas en las Notas Complementarias sino únicamente las que configuren restricciones al comercio. Por eso las partes en el MERCOSUR, al avanzar en este tema en el contexto de la zona de libre comercio y de la unión aduanera, dejan de lado el concepto de eliminación de las restricciones, para pasar a la noción de eliminación o armonización de restricciones no arancelarias (CMC, Dec. N° 3/94). En razón del referido artículo 53 del Protocolo de Ouro Preto, la mentada decisión derogó el art. 10 del Anexo I del TA.

Por otra parte, la Decisión N° 3/94 no constituye un conjunto de reglas sino un listado de medidas y restricciones sujetas a armonización o eliminación. No existe un conjunto de normas sobre licencias de importación en el MERCOSUR como en la OMC. Asimismo, no es cierto que los comunicados N°37/97 y 7/98 violen el compromiso de no adoptar medidas no arancelarias, que estaría establecido en los arts. 4 y 6 de las Dec. N° 3/94 y N° 17/97. En la visión de Brasil, "el compromiso es de no establecer restricciones, no haciendo referencia a medidas no arancelarias, conceptos claramente distinguidos a lo largo del texto de toda la Decisión N° 17/97." Además, para que una medida restrictiva sea sujeta a compromiso de eliminación debe ser identificada y negociada en la Comisión de Comercio. (Cons. 36 a 38)

Rechaza que el art. 4 de la Dec. N°3 /94 contenga un compromiso "stand still", sino de tratamiento nacional y de nación más favorecida; aún cuando fuere válida la noción de "stand still", ella no podría implicar inmovilizar o detener la práctica del comercio exterior. La Argentina, por otra parte, no demuestra la condición más restrictiva de las medidas cuestionadas. Rechaza la invocación al art. 25 del Protocolo de Brasilia, que habilita reclamaciones a los particulares en caso de medidas de carácter restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, ya que si bien en los dos últimos casos pueden juzgarse antes de la aplicación, las medidas restrictivas sólo pueden apreciarse por su efecto en la realidad. (Cons. 39)

-

Elaboraciones del Tribunal Arbitral

=

A partir del considerando 46, el Tribunal inicia su propio análisis de las cuestiones debatidas. Propone una primera aproximación al caso sentando ciertos criterios generales de interpretación, para luego brindar su concepción de los hechos y de las normas en discusión.

=

a) Criterios generales de interpretación

=

En los considerandos 49 al 51, inclusive, el Tribunal enuncia la metodología interpretativa seguida en la construcción de su razonamiento jurídico, que desarrolla "una línea argumental no coincidente con ninguna de las Partes, aún cuando recogiendo aportes de las dos." Propone un método contextual, en el cual se privilegia un

análisis de la controversia "bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR", a la aplicación de alguna norma "específica y aislada". Se trata -en la visión del Tribunal- de un método integrativo, en el que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR debe ser interpretado:

-

"a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común".

A partir del considerando 56 hasta el 62, inclusive, luego de definir el objeto de la controversia (Cons. 52 a 55), vuelve el Tribunal a abordar cuestiones de método interpretativo. Sin cortapisas, adscribe el Tribunal al criterio de interpretación "teleológico", que dice debe primar en los tratados que configuran proceso de integración por la propia naturaleza de los mismos, donde se parte de un marco a partir del cual se desarrollan actividades "variadas y múltiples". Esto es aplicable, tanto en procesos con elementos supranacionales, como a aquéllos "donde los parámetros son todavía tenues" -aludiendo aunque sin mencionarlo al MERCOSUR. (Cons. 57)

En la construcción del enfoque teleológico, parte el Tribunal de los principios internacionales de cumplimiento de los tratados (*pacta sunt servanda*) y el de buena fe, ambos consagrados en el art. 26 de la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados.⁹ Enlaza esos dos principios, no solo con la honestidad de los actos de ejecución y el apego a la letra de los textos, sino con "la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas." De allí que mientras "no haya contradicción con textos expresos", el intérprete debe guiarse por los fines y objetos, especialmente "cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte a la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias" (Cons. 58). Más adelante veremos si en esta controversia estamos frente a una laguna o un vacío.

-

Pero antes señalamos que estas doctrinas sobre métodos interpretativos son de neto corte eurocomunitario, como el propio Tribunal Arbitral se encarga de señalar citando a autores europeos. La interpretación contextual y teleológica, ha sido un valuarte fundamental en la labor del Tribunal de Luxemburgo,¹⁰ y evidentemente, han servido de fuente de inspiración primordial al Tribunal Arbitral del MERCOSUR, sin que haya prestado atención a ninguna otra experiencia de integración.

b) Caracterización del Tratado de Asunción

=

A continuación de la introducción metodológica, el Tribunal analiza las características del Tratado de Asunción y sus Anexos. Señala que esos instrumentos muestran una "combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo"; existen -a su juicio- en el Tratado de Asunción tres tipos de normas, a saber: (i) las que fijan objetivos y principios que deben guiar la actividad de las Partes ("derecho directivo", en la terminología de Sergio Abreu, que el Tribunal hace suya); (ii) las que crean órganos cuya labor moldeará el

proceso de integración; y (iii) las normas "autoejecutables, imponiendo obligaciones concretas, sin necesidad de nuevos actos jurídicos de los Estados".

-

Ejemplifica el laudo sobre las denominadas normas "directivas" y las "operativas". Muestra de las primeras son ciertos instrumentos indicados en el artículo 5a del TA como ser: coordinación de políticas macroeconómicas, el arancel externo común y acuerdos sectoriales. En cambio son operativas los aspectos medulares del comercio recogidos en el Anexo I (Liberación comercial), Anexo II (Origen) y el Anexo IV (Salvaguardias).

-

En aras de justificar la distinción, el laudo explica que en los casos mencionados de normas directivas, no se determina un régimen o una meta concreta, como es el caso de los referidos Anexos que refieren al programa de liberación comercial, a los requisitos de origen y a las cláusulas de salvaguardias. Sólo se indica la "gradualidad y la convergencia de la coordinación marcoeconómica con la desgravación arancelaria y la eliminación de las RNA (restricciones no arancelarias)" (el paréntesis es nuestro). (Cons. 67)

-

Cabe señalar que, al determinar la existencia de obligaciones operativas o autoejecutables, el Tribunal Arbitral abre la puerta para la elaboración en el MERCOSUR, de lo que en Europa se denomina doctrina del efecto directo, y que implica que una norma comunitaria, en la medida que imponga una obligación clara y concreta a los Estados, puede en sí misma originar derechos para los particulares, quienes en caso de violación de los mismos tienen la facultad de exigir judicialmente su cumplimiento¹¹ En efecto, si las normas del MERCOSUR en materia de aranceles, normas de origen y salvaguardias son en sí mismas operativas, y en la medida que, según los casos, puedan ser invocadas por los particulares como fuente de sus derechos, podrán hacerse valer con más fuerza, sea tanto ante los jueces nacionales como vía el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR. Así, por ejemplo, un importador argentino al que se le pretendiera aplicar un arancel mayor del acordado en el MERCOSUR podría hacer valer su derecho ante los jueces nacionales, quienes tendrían en el laudo un antecedente difícil de desconocer.¹² Asimismo, si a un exportador argentino se le pretendiese aplicar en Brasil un arancel incorrecto, tendrá a partir de este laudo un argumento de peso para "presionar" a su Sección Nacional a que tramite su queja a través del procedimiento del Protocolo de Brasilia.

En otro orden, no compartimos totalmente el análisis del Tribunal Arbitral respecto de los efectos de las normas directivas o programáticas. Sin negar la categoría, sostenemos que las normas progresivas o que indican un objetivo a alcanzar, si bien dependen de su aplicación por las Partes, no por eso dejan de tener ciertos efectos jurídicos. Así en algunos casos pueden ser exigidas (es decir, se vuelven operativas). Por ejemplo, cuando una parte pretende imponer una política o medida a todas luces contraria a la letra y/o al espíritu de la norma programática, la parte afectada queda habilitada a exigir el cese de tal conducta opuesta al objetivo común. Esta doctrina ha sido consagrada con algunas particularidades por el propio Tribunal de la Unión Europea.¹³

-

c) El programa de liberación comercial

-

Otro tema abordado en el laudo, directamente relacionado con la disputa, es el de la significación del programa de liberación arancelaria adoptado por el Tratado de Asunción. En los considerandos 65 y siguientes, el Tribunal dice que tal programa "tiene un papel central y es una pieza estratégica en la configuración del MERCOSUR", y que -como se adelantó- contiene obligaciones "concretas y autoejecutables" en sus tres campos medulares: liberación comercial, normas de origen y salvaguardias, aspectos regulados respectivamente por los Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción. (Cons. 66)

-

Este programa tiene "una fecha final común para completarlo totalmente, fuera de la voluntad de los propios Estados...". (Cons. 65) Esa fecha estaba originalmente prevista para el 31 de diciembre de 1994, cuando el mercado común debía quedar constituido, pero posteriormente quedó aplazada, como se explica más adelante.

-

El programa de liberación comercial se compone de una vertiente arancelaria y otra no arancelaria, que son inescindibles. Si bien esto es así, como lo demuestra el hecho de que las Partes originalmente fijaron una misma fecha para su finalización, se advierte un tratamiento disímil en cuanto al modo de llegar al desmantelamiento de unas y otras (Cons. 68). Mientras que para las restricciones arancelarias se fijó un sistema de desgravaciones lineales, automáticas y progresivas, hasta alcanzar un arancel igual a cero; para las no arancelarias no se adoptó un procedimiento específico, ya que se dejó librado a cada parte cómo llegar a ese objetivo. Pero tal discrecionalidad se limita a eso, y no a meritar si el desmantelamiento se debe hacer efectivo o no, o la fecha en que debía tener efecto. La fecha es el 31-12-94, en la cuál debía operar la eliminación de las restricciones no arancelarias. Esta obligación, según el Tribunal, es una obligación concreta y no programática o declarativa. Resta analizar cómo incidió la postergación del mercado común en la misma.

-

Pero antes advertimos en este razonamiento del Tribunal Arbitral similitudes con la resolución de cuestiones análogas en Europa. En el caso Lutticke, el Tribunal de Luxemburgo determinó que cierta norma interna contraria a la normativa del Tratado de la CEE, que imponía la prohibición de trato discriminatorio vía imposición indirecta de los productos importados, debía derogarse o modificarse a más tardar para el 1 de enero de 1962, por así establecerlo aquél. Según el Tribunal de Luxemburgo, la citada norma comunitaria "constituye una obligación clara e incondicional", que "no deja a los Estados miembros ningún margen de apreciación sobre la fecha en la que deben llevarse a cabo...".¹⁴

-

d) Postergación de la constitución del Mercado Común

-

Seguidamente, el Tribunal desarrolla el tema más delicado en el laudo: ¿cómo impactó la postergación del mercado común a las normas originales, que se describieron antes?

-

Explica el Tribunal Arbitral que los Estados Partes advirtieron la imposibilidad de llegar al 1 de enero de 1995 -

cuando finalizaba el período de transición- a la conformación del mercado común. A comienzos de 1994 era notorio, que sólo se había avanzado en materia arancelaria, aunque subsistían excepciones y dificultades en productos sensibles, y se estaba muy lejos de alcanzar los otros objetivos en materias tales como libre circulación de factores de producción, coordinación de las políticas macroeconómicas y el arancel externo común.

-

En consecuencia, las Partes tuvieron que reevaluar el sistema original del Tratado del Asunción, circunstancia que se llevó a cabo a partir del documento: "Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común" (Anexo I del comunicado de Colonia de Sacramento, de enero de 1994), que fuera desarrollado por el Protocolo de Ouro Preto y por distintas decisiones del Consejo del Mercado Común (Cons. 74 y 75). Recordemos que este marco legal dio origen a la denominada "unión aduanera imperfecta", y al aplazamiento *sine die* de la constitución del mercado común. 15

-

A juicio del Tribunal, la constitución de una unión aduanera en lugar de un mercado común, no extinguió los compromisos de las partes relativos al programa de liberación comercial, aunque ya no todos son exigibles a partir de esa fecha, por la referida postergación. Primeramente, el Tribunal se esfuerza en demostrar que el cambio de agenda del MERCOSUR deja subsistente el Tratado del Asunción, ya que "el objetivo de la conformación de un MC (mercado común) permanece, aunque más distante y sin una fecha concreta de cumplimiento. Se reafirma el objetivo de la unión aduanera, tomando ésta el lugar del mercado común como referencia en el proceso de integración del MERCOSUR." (Cons. 75)

-

d) La postergación y el programa de liberación comercial

-

A partir del considerando 75, se concentra el Tribunal en determinar cómo influyó la postergación de la constitución del mercado común en el programa de liberación comercial. En primer lugar, el Tribunal opina que la expiración del plazo original (31-12-94), sin que se hubiera completado el desmantelamiento arancelario y no arancelario y sin que se conformase el mercado común "no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el TA." (Cons. 76). Por el contrario, las Partes han reafirmado el compromiso de proseguir con el programa de liberación comercial a través del "Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera", establecido por la Decisión 5/94 y 24/94 del Consejo del Mercado Común, que fijó un plazo final para completar el programa de liberalización del comercio intrazona que comienza a correr para todos los socios el 1/1/95 y que expira para todas las partes el 31-12-1999. (Cons. 72 y ss). Asimismo, se ha confirmado expresamente la vigencia del Art. 10 del Anexo I del Tratado de Asunción, como surge de la CMC 17/97 (art. 6).

-

Pero puede haber alguna duda en las normas en juego. Tal vez, por ello en el considerando 78, el Tribunal Arbitral se ve forzado a avanzar esta elaboración:

-

"Habría una contradicción con el fin del programa de liberación y con su papel central en la arquitectura del MERCOSUR si, abandonando el paralelismo entre la eliminación de RA y RNA, se llegara al desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedara al arbitrio unilateral de las Partes que podrían así mantener indefinidamente las restricciones no arancelarias e incluso aumentarlas. En tal hipótesis perdería toda sentido el programa de liberación y el fundamento mismo el MERCOSUR estaría en crisis. Habría en ese caso un vaciamiento del contenido del proceso de integración, privándolo de la efectividad del programa de liberación. Se perdería lo que Lecourt (Op. cit. p. 240 a 241) llama 'la plenitud del efecto útil' de las disposiciones y del régimen que determinan."

-

En consecuencia, "una interpretación armónica del sistema, congruente y no contradictoria con los fines y objetivos declarados y acordados por las Partes", indica que el desmantelamiento de las medidas no arancelarias, deberán necesariamente ocurrir en paralelo con las arancelarias, y ello deberá tener lugar a más tardar el 31-12-99, esto es, en la fecha en que se previó quede completo el programa de liberación comercial (Cons. 79).

-

f) Restricciones arancelarias permitidas y no permitidas

-

Ahora bien, sentada la obligación de eliminar las restricciones no arancelarias al 31-12-99, el Tribunal admite que no se especificó el procedimiento para ello.¹⁶ En las Notas Complementarias al ACE 18 se registraron las medidas aplicables al comercio que debían ser eliminadas al 31/12/94, pero entre ellas figuraban las medidas no arancelarias que implican restricciones al comercio, como también las que resultan de un ejercicio normal de las competencias estatales, sin efectos comerciales. En consecuencia, todavía resta determinar la "compleja" cuestión de cuáles son las medidas restrictivas y cuáles no. (Cons. 80)

-

Para resolver esta cuestión, el Tribunal Arbitral acude al tratado de ALADI, y construye el alcance de la eliminación de las restricciones no arancelarias, aplicando el artículo 50 de la ALADI. Este dispone que las medidas restrictivas que los Estados partes están facultados a adoptar en materia de restricciones no arancelarias, se deben limitar a proteger valores no comerciales, como la moralidad pública, la seguridad el patrimonio artístico o a lo tocante a materiales nucleares. (Cons. 81) De todos modos, el Tribunal sostiene que tales medidas deberán ser armonizadas (conf. Dec. 3/94).

De ahí que, mientras que las licencias automáticas, en tanto no conlleven procedimientos adicionales y se limiten a un simple registro sin demora en el trámite aduanero, son compatibles con el MERCOSUR, las licencias no automáticas sólo son aceptables, en la medida que respondan a los criterios del art. 50 del tratado de ALADI.

A ello se debe que el acogimiento del reclamo argentino sea parcial, ya que en cuanto siga los criterios

enunciados, Brasil podrá mantener sus sistemas de licencias de importación.

El Tribunal concluye señalando que es un corolario natural de su razonamiento que no se puede restablecer restricciones no arancelarias eliminadas o imponer nuevas, así como no podría restablecerse los aranceles eliminados. Criterio que es conforme con las Dec. 3/94 (art. 4) y 17/97 (art. 6). (Cons. 83)

Es decir, se reafirma el compromiso "*stand still*". Pero nos preguntamos: si Brasil no pudo establecer nuevas licencias o restablecer viejas, por qué el Tribunal le permite persistir en su incumplimiento, otorgando un plazo de saneamiento que vence recién el 31-12-99. No nos queda claro qué llevó al Tribunal a esforzarse en toda una argumentación jurídica en procura de establecer la obligación de eliminación de las RNA a esa fecha, cuando a través del compromiso "*stand still*" tenía al alcance de la mano la misma solución, pero por una vía más directa y con efectos inmediatos. Esta duda que se nos presenta, a nuestro criterio no ha sido suficientemente clarificada por el Tribunal.

De todos modos, no compartimos la opinión de un reconocido especialista que el laudo es nulo, "por apartarse notoriamente del objeto y por manifestar la pretensión de crear derecho", en cuanto el Tribunal impone un plazo sin que "pueda identificarse tal compromiso obligatorio para los Estados Partes en el MERCOSUR."¹⁷ Si bien es cierto que por al menos en las normas citadas no se visualiza el plazo de eliminación de RNA adoptado por el Tribunal, no se puede dejar de mencionar que originalmente existió tal plazo final que vencía el 31-12-94 y que legítimamente -aunque tal vez innecesariamente- el Tribunal consideró postergado hasta 31-12-99, como en el caso de las materias arancelarias. Hay en ello gran activismo, pero no un vicio.

En otro orden, no podemos dejar de comentar la remisión del Tribunal a las normas del tratado de la ALADI, sobre todo teniendo en cuenta que la crisis del MERCOSUR de agosto de 1999, se desencadenó a partir de la pretensión de Argentina de reglamentar la resolución 70/87 de la ALADI sobre salvaguardias, para su aplicación a todas las importaciones, incluidas las provenientes del MERCOSUR.¹⁸

Cabe preguntarse si esta aplicación de las normas de la ALADI obedeció a que el Tribunal entiende ver una relación jerárquica o si se trató de un recurso para resolver un caso puntual. La respuesta no nos queda clara; pero lo que no sí nos parece evidente es que el Tratado de la ALADI ha sido aplicado para completar las normas del MERCOSUR con las de esa institución, con miras a obtener un resultado integrador y armónico. Las normas de la ALADI, en cambio, no podrían aplicarse cuando la materia en cuestión estuviese regulada expresamente en el MERCOSUR.

-

Conclusiones

Se advierte una postura diametralmente opuesta entre los socios respecto de los compromisos asumidos en el Tratado de Asunción. Argentina asume las normas en discusión como obligaciones exigibles y operativas. Brasil, por su parte, considera los compromisos bajo el Tratado de Asunción como programáticos y que, por ende, no dan lugar por sí mismos a obligaciones exigibles. No se sabe si esta postura brasileña es una mera estrategia en el marco de una defensa, o si realmente refleja la posición oficial en este tema. Si así fuera, es preocupante.

En este punto, el Tribunal se coloca en una posición intermedia, reconociendo que existen en el Tratado tanto compromisos programáticos como operativos, y catalogando los que se relacionan con la presente disputa y los referentes a normas arancelarias, de origen y salvaguardias, en el segundo grupo. La consecuencia que fluye de este entendimiento es que, al menos respecto de esas normas, se sientan las bases de lo que en el derecho comunitario se denomina "efecto directo", esto es, la posibilidad de que los particulares -a partir de este antecedente-, invoquen tales normas para hacer valer sus derechos, ya sea en el seno del propio mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR e, incluso, internamente en cada país.

Rescatamos también la preferencia del Tribunal por la experiencia europea como fuente de inspiración de sus razonamientos. De esta manera, el Tribunal se pone en sintonía con la doctrina de los expertos, especialmente argentinos, que si bien no dejan de señalar las diferencias entre los dos procesos, tienen su mirada puesta en los desarrollos del derecho comunitario europeo como ningún otro, en la búsqueda de ideas para la construcción jurídico institucional del MERCOSUR.

Por otra parte, y desde una perspectiva político-institucional, nos parece que el Tribunal Arbitral asumió una impronta más de órgano permanente, que de tribunal arbitral ad hoc. Percibimos en los largos pasajes del laudo, una intencionalidad por sentar ciertas bases y criterios perdurables; cierto ánimo de trascender la mera resolución de un caso concreto. Si bien se ha insistido en que la no permanencia del órgano, impediría la creación de un cuerpo doctrinal perdurable, el Tribunal Arbitral da la impresión de esforzarse en el intento de dejar un legado que haga desmentir esa predicción.

Nota: El texto completo del Laudo se publica en la Sección Jurisprudencia de esta misma revista.

1 El laudo ha sido publicado recientemente en el Boletín Oficial del MERCOSUR, Año III, N°9-Abril/Junio 1999, p. 227-249. Asimismo, luce en el boletín de La Ley del 3 de Agosto de 1999, con nota de Miguel Angel Ekmekdjian; en el boletín de Jurisprudencia Argentina del 4 de Agosto de 1999, con nota de María B. Noodt Taquela; en la Revista de Derecho del MERCOSUR, Año 33, N° 4, Agosto de 1999, p. 257, con nota de María Teresa Carcombo Lobo, y un comentario de Aberto Dalla Vía, p. 104; también ha sido comentado por Mario Midón, en el boletín de La Ley del 25 de Agosto de 1999 y por Marcelo Halperín, en La Ley (Actualidad) del 6 de Julio de 1999, p. 2.

2 Para aspectos generales sobre la estructura del MERCOSUR se puede consultar: Eduardo Oteiza y Guillermo Tempesta, "El significado del Mercado Único", Jurisprudencia Argentina, 1991-IV, p. 805. Un

análisis pormenorizado del sistema de solución de controversias del MERCOSUR se puede hallar en Juan Carlos Hitters, "Solución de Controversias en el Ambito del MERCOSUR (Hacia un Derecho Comunitario)", La Ley, Boletín del 18 de junio de 1997.

3 Ver, nuestro artículo de opinión "Culpas compartidas en la crisis del MERCOSUR", en el diario platense, El Día, del 26 de agosto de este año, p. 4.

4 El MERCOSUR quedó integrado a la ALADI través del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N°18 del 23/1/92. Sobre la relación TA y ALADI se puede consultar a Alberto Dalla Vía, "MERCOSUR. Su compatibilidad con otros tratados de integración latinoamericana", en "El MERCOSUR- Aspectos Institucionales y Económicos", Augusto Mario Morello (Compilador), Editora Platense, p.83.

5 El art. 10 del Anexo I del Tratado de Asunción dice: "Los Estados Partes sólo podrán aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, a los productos comprendidos en el programa de desgravación, las restricciones no arancelarias expresamente declaradas en las Notas Complementarias al acuerdo de complementación que los Estados Partes celebrarán en el marco del Tratado de Montevideo de 1980. Al 31 de diciembre de 1994 y en el ámbito del Mercado Común, quedarán eliminadas todas las restricciones no arancelarias."

6 La cláusula "stand still" en este contexto significa asumir el compromiso de abstenerse de implantar medidas más gravosas a las vigentes al momento de contraer la obligación de eliminación o armonización.

7 El citado art. 6 de la Dec. CMC 17/97 dispone: "Los Estados Parte no aplicarán Restricciones No Arancelarias que impliquen restringir el libre comercio intrazona, en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado de Asunción Anexo I en su artículo 10° y la Dec. CMC N° 3/94. En este sentido, la CMC dará urgente y eficaz cumplimiento al art. 2 b) de la Res. GMC N° 123/94, en el proceso de identificación de nuevas medidas con el objeto de asegurar la no incorporación de nuevos obstáculos al comercio."

8 Recordemos que a partir de la reunión del CMC, con la participación de los presidentes de las Partes, en Colonia el 17 de enero de 1994, tuvo lugar la renegociación de los objetivos del MERCOSUR, con la postergación de la constitución del mercado común y su reemplazo por una unión aduanera, llamada imperfecta, ya que su conformación al ciento por ciento, quedó supeditada al cumplimiento del "Régimen de Adecuación" (CMC, Dec. 5/94) y a la convergencia del Arancel Externo Común (CMC, Dec. 7/94 y 22/94). El primero prevé un plazo final de desgravación total en el comercio intrazona de 4 años para la Argentina y Brasil, y 5 años para Paraguay y Uruguay, contados a partir del 1-1-95, para los productos que a esa fecha no habían sido liberalizados. El segundo dispone para el 15% aprox. del universo arancelario que no quedó incluido en el arancel externo común que rige a partir del 1-1-95 (p.e. bienes de capital, informática, telecomunicaciones, etc.), la convergencia en forma lineal y automática con un cronograma que finaliza para todas las partes el 1-1-2006.

9 Llama la atención que el Tribunal no citara al art. 31 de la Convención de Viena, que precisamente acoge una combinación de método objetivo con el teleológico; ver. Pastor Ridruejo, José, "Curso de

Derecho Internacional público y organizaciones internacionales", Tecnos, 1996, p. 141.

10 Ver, Louis, Jean Victor, "El ordenamiento jurídico comunitario", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991, p. 51.

11 Se puede consultar sobre el "efecto directo", Guillermo Tempesta, "Una vertiente del derecho transnacional -el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea-", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Nro. 53, pág. 193.

12 No se crea que para la Argentina este comentario es osado ya que es la doctrina consagrada en el caso Cafés La Virginia, S.A. s/apelación (por denegación de repetición) (C-572.XXIII), ED 46.087.

13 Nos referimos a la consagración del efecto directo de las directivas que, aunque fijan un objetivo a implementar por los estados, el Tribunal de Luxemburgo les adjudicó efecto directo en tanto hubiere expirado el plazo de fijado para su implementación o se hubiere adoptado medidas contradictorias con una directiva; ver caso Comisión/Bélgica, asunto 102/79, cit, por Louis, Op Cit, p. 130.

-

14 Sentencia del 16/6/66, asunto 13/68, cit. por Louis, Op Cit, p. 115.

15 Ver, nota 9.

16 Sin embargo, la Dec. CMC 17/97 contempló un cronograma para la eliminación de medidas y restricciones no arancelarias. No sabemos la razón por la cual el laudo no presta atención a esa parte de la decisión citada.

-

17 Marcelo Halperín, Op. Cit. Nota 2.

18 Algunos funcionarios argentinos del más alto nivel, defendieron la medida argumentando que la propia resolución de la ALADI prevé que se aplicará en defecto de normas específicas entre las partes y que, en todo caso, el tratado de la ALADI tiene primacía sobre el Tratado de Asunción; ver, El Cronista del 29 de julio de 1999, p. 2 y 3.