

*Bertoni Liliana**

RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COMERCIALES ENTRE LOS ESTADOS PARTE DEL MERCOSUR A PARTIR DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES AD-HOC. LOS TRES PRIMEROS LAUDOS

SUMARIO: I. Introducción. II. El Primer Tribunal Arbitral del Mercosur. III. El Segundo Tribunal Arbitral del Mercosur. IV. El Tercer Tribunal Arbitral del Mercosur.

I.- Introducción

El aumento de la interdependencia económica de los Estados en el ámbito internacional y dada esta como característica de los procesos de integración económica regional, provoca una situación que implica que una decisión económica tomada por un Estado indefectiblemente, afecte a los demás Estados componentes del Grupo. Con lo cual la coordinación de políticas en el orden económico pasa a ser un elemento esencial de la integración que los Estados buscan al asociarse para actuar mancomunadamente.

Lo cierto es que tanto la integración como la coordinación son procesos que se desarrollan en etapas y en cada una de ellas los Estados miden el costo de la negociación, especialmente porque en la base de negociación de estos procesos de orden regional en los que se busca coordinar actuaciones conjuntas, se encuentran en juego temas como la pérdida de poder soberano y la legitimación propia que cada país posee para poder negociar particularmente.

Existen razones fundamentales que dificultan la coordinación económica, una de ellas es que cada Estado tiene una óptica diferente respecto al manejo y al

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho de la Integración. Master en Relaciones Internacionales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Docente de grado y posgrado y Profesora del Módulo Jean Monnet de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Directora de la sección Relaciones Internacionales. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y de la Integración del Colegio de Abogados de la Capital Federal, secretaria y coordinadora de la Sección Integración y Mercosur. Miembro de la mesa coordinadora y secretaria de Coordinación e Investigación Académica de la Unión de Parlamentarios del Mercosur.

comportamiento de su economía y por ende tiene distintos objetivos de política económica, a lo que se suma inicialmente, que los gobiernos no se sienten mutuamente creíbles, lo cual supone que en cualquier momento intentarán violar las reglas establecidas en pos de un mejoramiento particular.¹

Ante este panorama y hasta lograr la coordinación plena que implica un ajuste mutuo de políticas domésticas es necesario establecer reglas claras respecto al momento y al modo en que deberán utilizarse los instrumentos de política comercial aceptados entre los socios, resultando de fundamental importancia establecer un método adecuado para dar solución a los conflictos que pudieran surgir.

Siendo el presente trabajo parte del libro *Laudos Arbitrales en el Mercosur* en el que a lo largo de sus trece capítulos se desarrolla el sistema acordado e implementado por los Estados Parte para dar solución a las controversias dentro del espacio integrado Mercosur y teniendo en cuenta que al ponerse en funcionamiento el sistema contempla la superación de distintas etapas, nos pareció importante rescatar la actuación de los tres primeros Tribunales Arbitrales reunidos al efecto de solucionar los litigios surgidas entre Argentina y Brasil.

Principalmente porque desde 1991 a 1995 en que el proceso de integración presentó un crecimiento dinámico y sostenido los Estados en general y Brasil y Argentina en particular hicieron uso de las primeras etapas del sistema basadas fundamentalmente en la conciliación entre partes. En este primer período la superación de situaciones litigiosas se basó fundamentalmente en criterios políticos, y en ocasiones implicaron la gestión personal y directa de los presidentes de cada uno de los Estados Parte.

A partir del año 1998 comienza a instalarse en este espacio integrado un aumento del grado de incumplimiento de lo acordado, que por ende incrementa la litigiosidad y sume al Mercosur en una etapa de estancamiento que deriva en el año 1999, en una grave crisis de la cual el sistema de solución de controversias no pudo mantenerse ajeno, comenzando a partir de allí una nueva etapa en el uso del mismo.

¹ Bertoni Liliana. "Laudos arbitrales en el Mercosur". Buenos Aires-Madrid .Editorial Ciudad Argentina 2006. www.ciudadargentina.com.ar

La crisis económica y el descreimiento en cuanto al éxito de la asociatividad iniciada, alejó a los Estados de la concertación directa y comenzaron a utilizarse otras instancias del sistema que contemplan la participación de los órganos del Mercosur y de su Secretaría, hasta que finalmente en el año 1999 las partes deciden convocar por primera vez, un Tribunal Arbitral para dar solución a un conflicto que no pudo ser superado en las etapas previas.

Este nuevo período, podría calificarse como superador del anterior, ya que las controversias comienzan a resolverse a partir de la aplicación de conceptos jurídicos vertidos por árbitros que actúan de manera independiente al proceso político y ello implica un fortalecimiento del andamiaje jurídico que sostiene el proceso de integración.

Siguiendo la metodología utilizada en el libro resulta pertinente para una mejor comprensión de los casos a ser analizados, hacer una breve referencia al elemento sustantivo base del conflicto que en todos los casos se centra en decisiones de política comercial tomada por uno u otro de los países ante eventuales circunstancias por las que han atravesado algunos sectores productivos de sus economías nacionales.

II. El Primer Tribunal Arbitral del Mercosur

Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco –Controversia sobre comunicados N° 37/97 N° 7/98 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX).

Desarrollo del caso

La República Argentina solicitó la conformación de un Tribunal Arbitral para dar solución a una controversia surgida con la República Federativa de Brasil, siendo este el primer caso en que los Estados hicieron uso de la última instancia del sistema propuesto en el Protocolo de Brasilia.

Al no haber podido encontrar una respuesta favorable a su problema en las instancias anteriores previstas en dicho Protocolo, y no habiendo llegado a buen

término la reclamación iniciada ante la CCM, la República Argentina comunicó a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral.

Demanda Argentina

En esta ocasión, la República Argentina cuestionó la existencia de dos comunicados: el DECEX N° 37 del 17 de Diciembre de 1997² el SECEX³ N° 7 del 20 de Febrero de 1998, incluyendo además el Comunicado DECEX N° 23/98 del 24 de Agosto de 1998, que elimina el anexo II del Comunicado N° 37 que contenía el listado de productos con el correspondiente tratamiento administrativo LAC o LNA- y lo reemplaza remitiéndolo al SICOMEX.

Argentina cuestionó la existencia de estos comunicados, argumentando que por medio de ellos Brasil había establecido y consolidado un sistema de Licencias de importación que configuraba una restricción al comercio intrazona, produciendo un efecto inhibitor que afectaba el desarrollo de las corrientes de comercio.

Además, consideraba que el hecho de tener que recurrir al SICOMEX- sistema informático establecido por Brasil para conocer el tratamiento dado a cada producto- generaba incertidumbre e inseguridad en los exportadores argentinos, ya que de esta forma los productos sujetos a LAC o LNA no constaban en una norma consolidada, sino que el importador debía recurrir a la información registrada en el sistema informático; ante lo cual bastaría un simple registro en el sistema para modificar el tratamiento que se le otorga a un producto, sin necesidad de publicarlo en norma alguna.

Argentina dejó en claro que no cuestionaba la implantación del SICOMEX, sino que objetaba que en él se incluyeran requisitos de LAC o de LNA que consideraba que eran restricciones equivalentes a las ya eliminadas guías de exportación.

² DECEX(Departamento de Comercio Exterior Comunicado N° 37/97, establece y consolida en el sistema de comercio exterior de Brasil la lista de capítulos y productos de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) sujetos a licencias no automáticas (previas, LNA) o a licencias de importación automáticas con condiciones o procedimientos especiales(LAC).

³ SECEX(Secretaría de Comercio Exterior).el Comunicado N° 7/98 cumple una función análoga al anterior con respecto al sector lácteo, amplía el número de autoridades que analizan diez posiciones del sector, requiere LNA para “otros quesos de pasta semidura” y establece LNA para “leche entera excluyendo la de cabra

Consideraba que estas nuevas medidas administrativas equivalían a restricciones que implicaban un incumplimiento de los compromisos asumidos en el Tratado de Asunción, el cual en su art. 1 expresa que el Mercado Común implica, entre otras cosas, eliminar los derechos aduaneros, las restricciones no arancelarias y cualquier otra medida equivalente.

Consideraba además que esta conducta es violatoria del anexo I del Tratado de Asunción, que refuerza los compromisos asumidos al establecer que las Partes se comprometen a eliminar todas las restricciones al comercio recíproco.

Asimismo, argumentó que los Estados habían reconocido en el mismo Tratado Constitutivo, como elementos esenciales para conformar un Mercado Común, la coordinación de políticas macroeconómicas, la implementación de un Programa de Liberación Comercial consistente en rebajas arancelarias progresivas, acompañadas de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como también la necesidad de eliminar las restricciones al comercio entre los Estados Partes.⁴

En este sentido, Argentina sostuvo que imponer restricciones de este tipo violaba no sólo la normativa originaria vigente, sino también el compromiso de stand still en materia de restricciones no arancelarias establecido en la Decisión del Consejo N° 3/94 (art.4) y la Decisión CMC N° 17/97 que reitera este compromiso.

Como puede observarse, la argumentación presentada por la reclamante surge de la letra misma de la normativa vigente en el Mercosur. En virtud de todo lo expuesto, Argentina solicitó que el gobierno de la República Federativa del Brasil implementara las medidas necesarias para eximir a las exportaciones originarias y provenientes del Mercosur de los requisitos de LNA o LAC establecidos en los Comunicados objeto de la controversia.

Respuesta de Brasil

Respondiendo a lo argumentado por la Argentina, Brasil sostuvo que el nuevo modelo de licenciamiento instaurado al ponerse en funcionamiento el SICOMEX,

⁴ el anexo I del TA complementa esta normativa indicando que por restricciones se entenderá “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco” (art.2b).

en reemplazo de las guías de importación, tenían como fin -contrariamente a los que Argentina sostenía- proporcionar agilidad y transparencia al régimen de importaciones.

Sostuvo además que el Comunicado N° 37 fue concebido como un manual de informaciones para los importadores siguiendo los criterios aceptados por la comunidad internacional y que no establece reglas nuevas.

Que la categoría de Licencias no automáticas sujeta a condiciones no existía, ya que se trataba de licencias automáticas solo sujetas a ciertos controles, como por ejemplo, los sanitarios, que regían antes del comunicado N° 37/97 y que estaban admitidas por el Mercosur por reenvío a las excepciones previstas en la ALADI (art. 50 del Tratado de Montevideo).

Con respecto al Comunicado N° 23/98 al ser un instrumento que no consta en los texto original de la reclamación hecha por Argentina, Brasil consideró que este no debe ser incluido en el análisis del Tribunal.

En cuanto al comercio bilateral, Brasil insiste en que las cifras demostraban que no había habido afectación al comercio y que la modificación del sistema no había causado perjuicio a los exportadores argentinos.

La evolución de las exportaciones evidenciaban que Brasil no ponía obstáculos al comercio en general, y mucho menos al Mercosur o a la Argentina en particular, sobre todo teniendo en cuenta que el crecimiento del comercio con este país fue mayor que con del resto de los intercambios comerciales dentro del esquema integrado.

Al examinar las normas invocadas por la reclamante y la supuesta colisión de las mismas con los Comunicados en cuestión, Brasil sostuvo que el Tratado de Asunción puede ser considerado como un acuerdo marco, con disposiciones en su mayoría programáticas, que no son jurídicamente auto-aplicables, es decir que dependen para su ejecución de la adopción gradual de compromisos, que debían ser alcanzados gradualmente mediante acuerdo de las Partes sobre las normas y políticas al efecto.

Asimismo sostuvo que, al no haberse conformado el Mercado Común el 1° de Enero de 1995, los Estados procedieron a una reevaluación conjunta y consensuada de los plazos previstos para la conformación del mismo.

Al advertir que no se podía configurar el Mercado Común de manera inmediata, aunque el objetivo final permanecía, decidieron un cambio de

calendario estableciendo el compromiso de conformar al 1° de Enero de 1995, una Unión Aduanera y transición al Mercado Común⁵.

Al resultar de esta manera redefinidos los cronogramas, la obligación de eliminar las restricciones no arancelarias (RNA), entre ellas las declaradas en las Notas Complementarias⁶ - entre las cuales se exigía la necesidad de guías de importación y de diversas autorizaciones previas - , no sería exigibles.

En el caso de las restricciones arancelarias, el CMC aprobó el Régimen de Adecuación con listas de productos que estarán sujetos a aranceles hasta 1999.

Finalmente, la argumentación brasileña desechó los argumentos presentados por la Argentina en cuanto a los compromisos stand still, ya que el art.4° de la Decisión N° 3/94 no se refiere a esto, sino a un compromiso de dar trato nacional y de nación más favorecida a las importaciones del Mercosur, por lo cual esa norma no significa la prohibición de introducir nuevas restricciones, y en todo caso debía probarse el efecto restrictivo de las medidas adoptadas por Brasil.

Como resultado de lo argumentado, el gobierno de Brasil solicitó al Tribunal que declarara improcedente la reclamación interpuesta por la República Argentina, por ser los Comunicados cuestionados compatibles con los compromisos establecidos por el Tratado de Asunción y por las normas Mercosur aprobadas en consecuencia.

Decisión del Tribunal Arbitral

Finalmente, el 28 de Abril de 1999 se conoció el laudo del Tribunal Arbitral que, persuadido por la solidez de ambas argumentaciones, expresó en primer lugar que para resolver la cuestión de fondo utilizaría una línea no coincidente con ninguna de las partes y que recogería los aportes de ambas.

Esta controversia fue resuelta, tal como lo expresa el mismo Tribunal,⁷ bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur, es decir que el Tribunal

⁵ Consolidación de la Unión Aduanera y transición al Mercado Común, Anexo I al Acta de la V Reunión del CMC, Colonia del Sacramento del 17/1/94 .

⁶ El tratamiento de las restricciones no arancelarias en el Tratado de Asunción (anexo I art.10) y en ACE 18 (art.11) se basan en la práctica de ALADI de establecer Notas Complementarias para listar las restricciones no tarifarias que los países mantienen a pesar de la liberación comercial, incluyendo allí medidas de naturaleza diferente, restrictivas del comercio o no.

⁷ Conclusiones 85 numeral (I)

puso de manifiesto y reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico Mercosur, un ordenamiento jurídico propio bajo cuyas normas debían interpretarse las relaciones recíprocas que emanaban de las mismas

El Tribunal considera que el enfoque teleológico se torna indispensable en los Tratados que conforman procesos o mecanismo de integración en donde los derechos y obligaciones no se agotan en un solo acto, sino que conforman un proceso dinámico dentro de una realidad de cambio.

Pone además de manifiesto la importancia de los principios de pacta sunt servanda y de buena fe en el cumplimiento de estos Tratados, que hace extensiva a la actividad de los Estados, necesaria para poner en funcionamiento las normas en ellos contenidas.

Como corolario de la interpretación teleológica y en relación con la misma, el Tribunal toma para la interpretación del Derecho del Mercosur el concepto de efecto útil, este significa *escoger entre varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin.*

Recoge esta idea agregando que la consideración del objeto y el fin en los tratados de integración dentro de los parámetros fijados, es un factor de seguridad jurídica, en especial con respecto a la libre circulación de bienes, elemento fundamental en la construcción de estos procesos de integración económica.

En este marco conceptual, el Tribunal aborda su tarea y delimita el objeto de la controversia, el cual considera que se centra en una discusión acerca de la compatibilidad entre un determinado régimen de licencias para las importaciones y el sistema normativo del Tratado de Asunción.

Analiza el Tratado de Asunción y su sistema normativo, el tema de la postergación del Mercado Común, la eliminación de restricciones no arancelarias y las medidas arancelarias anteriores y posteriores.

Finalmente, por el voto unánime de sus tres miembros decide que el régimen de licenciamiento deberá ajustarse a los siguientes criterios:

-El programa de liberación comercial del Mercosur comprende tanto el abatimiento de aranceles como de restricciones no arancelarias y las Partes están obligadas a completar ambos aspectos en la misma fecha.

-La postergación en la conformación del Mercado Común no deroga la obligación de eliminar aranceles y RNAs, y la eliminación total de ellos debe ocurrir, a más tardar, el 31 de Diciembre de 1999.

-La obligación de eliminar RNAs no alcanza a las medidas comprendidas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, siempre que ellas estén efectivamente destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos al comercio; además, las medidas bajo el art.50 deben armonizarse.

-La obligación de eliminar RNAs alcanza tanto a las existentes a la celebración del Tratado de Asunción como a las posteriores, sean estas nuevas o reestablecidas.

Para concluir decide que el plazo para el acogimiento a estos criterios de licenciamiento brasileño será el 31 de Diciembre de 1999.

Conforme al laudo del Tribunal Arbitral, Brasil establece mediante un Comunicado interno estableció que las licencias de importación para productos de origen o procedencia del Mercosur, cuyo análisis sea responsabilidad del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX), fueran concedidas en forma automáticas.

II.A Comentarios

El dictado del primer laudo arbitral en el Mercosur por el voto unánime de sus tres miembros resultó relevante no sólo porque puso en funcionamiento el mecanismo jurídico para solucionar las controversias entre los Estados del Mercosur, sino también porque por primera vez puso bajo análisis y consideración jurídica lo actuado por los mismos, constituyéndose en el primer paso dado hacia la consolidación jurídica del proceso de integración.

También resultó trascendente la sólida argumentación de los árbitros, que por primera vez debieron analizar y aplicar la normativa existente, sus fundamentos jurídicos claros y precisos en cuanto a los conceptos que deben manejarse dentro de un espacio de integración dieron lugar a interpretaciones jurisprudenciales que aunque en el Mercosur no resultan obligatorias para los siguientes Tribunales ad-

hoc, permitieron comenzar a formar una base jurisprudencial que sentó conceptos y principios de interpretación que, hoy sabemos, fueron tomados en consideración por los siguientes Tribunales.

El tribunal tomó el concepto de *continuum integratif* a partir del cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, es decir, en este caso, desde una realidad ordenada en función de un proceso de integración en donde los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración, sino una guía concreta para la interpretación y para la acción.

En el Tratado de Asunción, los fines y el objetivo de conformar un mercado común se hallan vigentes y la interpretación de su normativa debe guiarse por el principio *in dubio pro communitate*, citado en el marco conceptual del laudo y especialmente pertinente cuando en parte de la estructura jurídica se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos que necesitan cubrirse.

III.- El Segundo Tribunal Arbitral del Mercosur

Controversia sobre el otorgamiento de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo.

III.A. Conceptos Preliminares: Subvenciones y Medidas Compensatorias

Es importante, antes de comenzar el análisis del presente caso, precisar el concepto de subvención, que es un instrumento de política comercial que por lo general es usado por los Estados para promover industrias consideradas cruciales para su economía.

La intervención del Estado en el comercio normalmente tiene lugar en razón de lograr una mayor rentabilidad en determinados sectores.

De todos modos, cualesquiera sean los motivos por los cuales son otorgados estos subsidios, lo cierto es que inciden en el mejoramiento del nivel competitivo de las exportaciones que se originan en determinado territorio, pero generalmente causan o amenazan con causar daño grave en la producción nacional y afectan al país que importa ese producto subvencionado con el cual no puede competir en igualdad de condiciones.

Técnicamente, se considera subvención a todo programa o práctica gubernamental que beneficie a ciertas empresas o sectores económicos.

Esta ayuda puede ser otorgada en forma directa por su gobierno o a través de una entidad privada, que le permite la colocación de sus productos en el mercado internacional.

Tanto en el orden multilateral a través de las normas de la OMC como en el orden regional los distintos Tratados de Integración Económica contemplan y conceptualizan este instrumento.

El II Tribunal Arbitral del Mercosur, considerando que durante la Ronda Tokio-aún durante la vigencia del GATT- se elaboró el antiguo código sobre subsidios y Medidas Compensatorias y que su defectuosa regulación dio origen a muchas controversias(en particular entre Estados Unidos y la Comunidad Europea), decidió aportar una definición de subsidio tomando la que aportó la Ronda Uruguay .

El *Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias* de la OMC, en su art.1º, proporciona una definición de *subvención* considerando que existe subvención cuando *haya una contribución del gobierno que implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones (por ejemplo, garantías de préstamos), cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales), cuando el gobierno proporcione bienes o servicios- que no sean de infraestructura general- o compren bienes, cuando el gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descriptas..., cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del art. XVI del GATT 94 y con ello se otorgue un beneficio.*

El art. 2º del Acuerdo trata la especificidad y determina mas puntualmente los términos establecido en el artículo anterior, el Tribunal los aporta a su considerando entendiendo que en el ámbito de la OMC se han señalado tres condiciones básica para la existencia de un subsidio: una de ellas es que exista una contribución financiera del gobierno que puede ser hecha por un gobierno o por un organismo público; la segunda condición es la existencia de un beneficio entendido como una ventaja otorgada a una empresa o rama de la producción a

través de una acción de gobierno; y la tercera condición es que el subsidio sea específico, considerando que es específico si la autoridad o la legislación pertinente explícitamente limita el acceso a un subsidio para cierta rama de la producción o ciertas empresas.

III.B. Legislación Sobre Subsidios en el Mercosur

En el Mercosur la Decisión N° 10/94 sobre *Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur*, en su artículo 10 expresa que *serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los art. 6, 7, 8 y 9,⁸ la devolución, suspensión, o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o eximidos.*

En su art. 1 expresa que *los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del GATT y en forma compatible con la presente disposición.*

Además, en su art. 12° afirma de manera expresa que *los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona* y, a continuación, enuncia las excepciones que se refieren al financiamiento a las exportaciones de bienes de capital a largo plazo que podrán otorgarse bajo las condiciones expuestas en el art.4, devolución o exención de impuestos indirectos y regímenes aduaneros especiales.

Si bien la redacción de la Decisión N° 10/94 es anterior a la actual definición de subsidio dada por el Acuerdo surgido de la Ronda Uruguay, no contraría ninguna disposición, es simplemente un poco más estricta, teniendo como

⁸ art. 6 "Los Estados podrán eximir del pago de tributos internos indirectos a los bienes destinados a la exportación".art.7 "Los Estados podrán conceder a sus exportadores esquemas de draw-back, o admisión temporaria, comprendiendo la suspensión, exención o restitución de los impuestos que inciden sobre las mercaderías destinadas al perfeccionamiento, fabricación, complementación o acondicionamiento de otra a ser exportada",art.8 "Los Estados podrán conceder a sus exportadores el régimen de depósito aduanero en la exportación, en las modalidades común y de régimen extraordinario..."art.9 "Los Estados podrán conceder el régimen de depósito industrial a un determinado establecimiento de una industria con el objeto de importar, con suspensión de tributos y bajo control aduanero, mercaderías que después de ser sometidas a operaciones de industrialización sean destinadas al mercado común..."

propósito la liberalización progresiva del comercio y la eliminación de los obstáculos que pesan sobre él en el Mercosur.

Cabe recordar que, de acuerdo a lo previsto en la Decisión N° 21/ 98,⁹ a partir del 31 de Diciembre de 2000 no pueden aplicarse los regímenes de draw-back y admisión temporaria para el comercio intra-zona que estaban previstos en la Decisión N° 10/94.

Dentro del marco del relanzamiento del Mercosur, el CMC dicta la Decisión N° 31/00¹⁰ que reconoce la normativa existente como las Decisiones N° 21/98, 11/94 y 10/94¹¹ y las Resoluciones N° 20/95¹² y 38/95¹³ del GMC.

Esta Decisión en su considerando expresa que el Mercado Común que los Estados han decidido constituir requiere disciplinas comunes en materia de incentivos, y que el establecimiento de condiciones favorables para las inversiones provenientes de extazona estimulará la cooperación económica y favorecerá el proceso de integración; en consecuencia, por medio de la misma se instruye al Grupo Mercado Común a elaborar una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación.

La Decisión expresa que esta propuesta deberá orientarse hacia la limitación del uso de incentivos que crean distorsiones en la asignación de recursos en el ámbito subregional, y deberá contemplar la eliminación de los incentivos a las exportaciones intrazona. La propuesta debía ser considerada por el GMC antes del 31 de Marzo de 2001, para ser luego elevada en la siguiente Reunión Ordinaria del CMC.

En virtud de la falta de acuerdo en los plazos previstos, el CMC dicta la Decisión N° 16/01 y prorroga el plazo hasta el 31 de Mayo de 2003, debiendo esta propuesta ser elevada en la XXIV Reunión .del CMC.

⁹ Mercosur/CMC/DEC N° 21/98. Productos sujetos al Régimen de Origen Mercosur

¹⁰ CMC N° 31/00 Incentivos a la Inversión, a la producción y a la exportación, incluyendo zonas francas, admisión temporaria y otros" regímenes especiales".

¹¹ Dec.10/94 "Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur" Dec.11/94

¹² Mercosur/GMC/RES. N° 20/95. Estructura del GMC

¹³ Mercosur/GMC\RES N° 38/95. Pautas negociadoras de los subgrupos de trabajo, reuniones especializadas y grupos ad-hoc.

Todas estas dilaciones y la falta de claridad en la normativa existente provocan una apreciación diferenciada con respecto a la relación entre la Decisión N° 10/94 y la Decisión N° 31/00 utilizadas en las argumentaciones de las Partes en el IX Laudo sobre incentivos previstos en la Ley Uruguaya N° 13.695 a los productos industrializados de lanas destinados a los Estados Parte del Mercosur.

Uruguay entiende que la Decisión N° 10/94 ha quedado en condición suspensiva en virtud de la Decisión N° 31/00 que, al proveer el futuro establecimiento de disciplinas comunes respecto de los incentivos intra-zona que se elaborarían a partir de una futura propuesta de los Estados Parte, provoca una situación que a criterio de Uruguay conduciría a que la exigibilidad de lo dispuesto por el art.12 de la Decisión N° 10/94 ha quedado sujeto a condición suspensiva hasta tanto se elabore la propuesta definitiva para eliminar los incentivos intra-zona.

Por su parte, el IX Tribunal, después de analizar el caso presentado, asume que se está en presencia de un incentivo a la exportación y que este no encuadra en las excepciones del art.12 de la Dec. N° 10/94 y, al evaluar la relación de estas dos normas, considera que *el CMC lejos de pretender someter, implícitamente, la clara y precisa prohibición del art.12 de la Dec. N° 10/94 en lo concerniente a los incentivos a las exportaciones intrazona a una condición suspensiva, supedita la referida prohibición a ulteriores intervenciones normativas... que el GMC se compromete a facilitar para otorgar mayor eficacia a esta prohibición a través de oportunos disciplinamientos dirigidos a reforzar la seguridad y la transparencia en su operatividad, e incluso destinada a avanzar y profundizar en ella abordando la progresiva eliminación de las excepciones vigentes.*¹⁴

Para finalizar este panorama de la legislación existente en el Mercosur sobre subvenciones, cabe recordar la Decisión N° 14/02 del Consejo del Mercado Común dictada en el marco de la XXII Reunión de este órgano (Buenos Aires el 5 de Julio de 2002). Esta Decisión hace un significativo aporte en cuanto a definir de manera expresa la relación existente entre la normativa Mercosur y la normativa OMC respecto de las subvenciones.

¹⁴ Ver fundamentos apartado 55

A través de esta Decisión se adopta en el ámbito del Mercosur el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio para el tratamiento de las subvenciones y medidas compensatorias en el comercio intrazona.

El artículo 2 en concordancia con el ítem 2 del art. 1 del Protocolo de Olivos, establece la opción de Foros, al expresar que, en caso que surja una controversia sobre la aplicación en el comercio intra-zona del Acuerdo antes mencionado, los países podrían convenir de común acuerdo el foro ante el cual resolverla.

De no llegarse a un acuerdo, la controversia podrá resolverse en el ámbito de la OMC o conforme al régimen de solución de controversias vigente en el Mercosur.

Y también de manera coincidente con lo expresado en el Protocolo de Olivos, considera que esta elección de foro es excluyente, es decir que, una vez que se opta por un sistema de solución de controversias, el otro queda excluido.

Esta Decisión entró en vigencia simultánea en los Estados Parte 30 días después de la fecha de su aprobación, y no necesitó ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados atento a que el Acuerdo mencionado se encontraba incorporado a sus respectivas legislaciones.¹⁵

La aprobación de la Decisión N° 14/02 permitió incorporar al acervo jurídico del bloque las disciplinas que regulan esta temática a nivel multilateral; con anterioridad a ella sólo eran mencionadas referentemente, como lo hacía el artículo 1° de la Decisión CMC N° 10/94.¹⁶

III.C. Tratamiento Actual de la Temática

El tema de la aplicación de subsidios es actualmente tratado por el Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias (CDCS)¹⁷ que trabaja de manera sostenida

¹⁵ Argentina Ley 24.425/94 // Brasil Decreto 1355/94// Paraguay Ley 444/94 /// Uruguay Ley 16.671/94

¹⁶ Dec.10/94.art.1" Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del GATT y en forma compatible con lo dispuesto en la presente decisión"

¹⁷MERCOSUR/CMC/DEC N° 17/96 en esta Decisión el CMC considerando que el Comité Técnico No. 6 (Prácticas Desleales de Comercio y Salvaguardias) de la Comisión de Comercio estaba encargado de la elaboración de instrumentos de política comercial común en las áreas de defensa comercial y salvaguardias, y que el mismo concluyó las negociaciones relativas al proyecto de "Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes

en negociaciones tendientes a la elaboración final del marco normativo común en materia de investigaciones por subvenciones y medidas compensatorias.

El Comité acompaña las reuniones técnicas entre organismos de Defensa Comercial de Argentina y Brasil, que se realizan con la presencia de delegaciones del CCM y el GMC, en las que también participa el SGT N° 2 *Aspectos Institucionales*.

En estas reuniones, entre otros puntos de Agenda, se trata consecuentemente el tema de los procedimientos y criterios de análisis en las investigaciones sobre dumping, subvenciones y salvaguardias contra terceros países y las condiciones de aplicación de estos instrumentos dentro del esquema.

Sin embargo, a pesar del relevamiento de los incentivos aplicados a todos los niveles de gobierno- que los Estados acordaron realizar para elaborar un marco que establezca disciplinas en la materia- y a la realización de varias reuniones en las cuales se intercambiaron listados de incentivos propios y luego listados cruzados identificando los que a criterio de los países resultaban más distorsivos, a la fecha todo este trabajo no se ha plasmado en una nueva norma que regule la materia.

III.-D. Desarrollo del Caso

Cuando todavía no se había conocido el laudo del Primer Tribunal Arbitral del Mercosur, Argentina demanda nuevamente a Brasil, solicitando una vez más la intervención de un Tribunal Arbitral para resolver una disputa comercial con su socio.

A tal efecto, el 7 de Abril de 1999 se constituyó el Segundo Tribunal Ad-Hoc del Mercosur, que dictó las reglas de procedimiento conforme a lo establecido en el art.15 del Protocolo de Brasilia, lo cual fue comunicado a las partes en litigio para que presentaran sus respectivos escritos.

de Países No Miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur)". Decide Art. 4 – A efectos de la aplicación del Reglamento adjunto, crear el “Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias” e instruir a la Comisión de Comercio del Mercosur a atribuir al referido Comité las funciones necesarias para el cumplimiento de sus tareas, así como determinar su composición y modalidades de funcionamiento. XI CMC – Fortaleza, 17/12/96

El procedimiento arbitral fue iniciado por la República Argentina ante la reclamación efectuada por la Asociación Argentina de Productores Porcinos, la Sociedad Rural Argentina, la Cámara de Exportadores de la República Argentina y Confederaciones Rurales Argentinas, ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de la República Argentina, al amparo de lo dispuesto por el capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

Demanda de Argentina

La reclamación hecha por la República Argentina trató inicialmente sobre los procedimientos y normas brasileñas que entendía constituían subsidios a la exportación de carne de cerdo.

La Argentina consideraba que esta práctica debía ser corregida ya que afectaba la competitividad de los productos argentinos y era, además, violatoria de los compromisos asumidos por los Estados Partes en el Tratado de Asunción, principalmente la obligación de garantizar las condiciones equitativas de competitividad para los agentes económicos de la región.

En esta ocasión, el Gobierno Argentino cuestionó el sistema brasileño de stocks públicos de maíz para la compra, almacenamiento y venta de ese producto.

De igual forma, cuestionó, la administración del mismo por la CONAB, que incluía fijación de precios de liberación de stock (PLE), lo cual permitía la transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos, permitiéndoles adquirir cereales a precios inferiores a los vigentes en el mercado internacional.

La reclamante consideraba esta práctica como un incentivo sectorial, cuyo beneficio se transfería a las exportaciones destinadas al mercado regional, permitiendo la venta de estas mercaderías a precio inferior al que tendrían si no hubiese intervenido la CONAB.

Por lo tanto la Argentina llegó a la conclusión de que la carne de cerdo exportada de Brasil para el Mercosur incorporaba un subsidio, perjudicando de esta manera la producción argentina por las importaciones de los productos subvencionados.

La segunda reclamación de la Argentina se refiere al PROEX¹⁸ este programa opera a través de dos modalidades, equivalencia de tasas de interés y financiamiento de exportaciones de bienes y servicios.

El uso del PROEX, en cualquiera de sus dos modalidades de operaciones de exportación al Mercosur, constituye, según la reclamante, un incentivo brasileño a la exportación, es una intervención directa del gobierno brasileño que subsidia el diferencial de tasas a los bancos que operan con el programa, utilizando los fondos que provienen del Tesoro Nacional.

El diferencial de tasas de interés le otorga al exportador brasileño una ventaja financiera, permitiéndole exportar a un precio inferior al que resultaría de las operaciones financieras realizadas a tasas de interés internas vigentes para las ventas destinadas al mercado interno.

La Argentina reclama además el uso por parte de Brasil de otros incentivos, y alega que la intervención estatal mediante la utilización de los mecanismos de Adelantos de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipos de Contratos de Exportación (ACE), los cuales son pactados por empresas exportadoras y bancos comerciales del Brasil permite a los exportadores brasileños contratar con los bancos comerciales tasas de intereses menores que las internas.

Todas estas prácticas constituirían, según surge de la argumentación argentina, una violación por parte de Brasil de la Decisión CMC N° 10/94, que prohíbe cierto tipo de incentivos a la producción y a la exportación y no habilita a los Estados Partes a implementar mecanismos de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo.

Respuesta de Brasil

Desde el inicio del procedimiento, Brasil niega la admisibilidad de las reclamaciones argentinas. Alega como cuestión preliminar que el argumento referente al *Crédito presumido de IPI* y los argumentos adicionales sobre ACC y ACE no constan en el objeto de reclamo argentino.

Por lo cual de acuerdo con lo establecido en el art.28 de la Decisión CMC N° 17/98 que reglamenta el procedimiento arbitral instituido por el Protocolo de

¹⁸ PROEX. Programa brasileño de asistencia financiera de las exportaciones de bienes y servicios.

Brasilia, solo deben ser considerados los hechos y los argumentos presentados al inicio de la reclamación.

En cuanto al sistema de stocks públicos de maíz, el Gobierno brasileño afirma que las compras gubernamentales sostienen los precios del maíz y no tienen como objeto beneficiar a los productores de cerdos en la adquisición de este insumo.

Asimismo, afirma que hasta el presente no existe normativa del Mercosur que prohíba el sistema de stocks de maíz o el mantenimiento de precios de productos agrícolas.

Alega que la práctica de sostén de precios al productor agrícola, fue comunicada a la OMC y es lícita de acuerdo con las reglas de esta organización. Afirma que los precios del maíz en el mercado brasileño acompañan la tendencia de los precios externos, que la venta se hace por licitaciones públicas y el precio resulta el establecido por el mercado.

Estas ventas son hechas por valor no inferior a las condiciones vigentes del mercado, y, por ende, no hay beneficio a los productores de carne de cerdo.

Manifiesta finalmente que no existe violación de la decisión CMC N° 10/94, ya que ésta se refiere a incentivos a las exportaciones y no a incentivos a la producción, y agrega que dicha resolución es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado.

Por otra parte, el gobierno brasileño considera que no procede la reclamación argentina del PROEX, ya que una disposición del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio estableció que este sistema, en sus dos modalidades, no será utilizado para las exportaciones de bienes de consumo destinadas al Mercosur.

En cuanto a los usos de instrumentos financieros ACC y ACE, sostiene que no son operaciones de crédito, sino una anticipación de precios de compra de moneda extranjera por los bancos.

Afirma, que se realizan internamente en la esfera privada, sin intervención del sector público, y, por lo tanto, no suponen contribuciones financieras de parte del gobierno, no existiendo concesión de ningún beneficio.

Decisión del Tribunal

Antes de fundamentar su decisión, el Tribunal hace una detallada descripción de los aspectos del procedimiento, precisa el objeto de la litis y detalla con precisión el marco jurídico aplicable.

Considera que el objeto de la controversia se divide sustancialmente en tres materias básicas, las cuales surgen de la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur:

-La aplicación del Sistema de Stocks Públicos de Maíz establecidos por la Ley N° 8171 del 17 de Enero de 1991 y por la Portuaria Interministerial N° 182 del 22 de Agosto de 1994 del Gobierno de Brasil, que implica la concesión de subsidios incompatibles con las normas del Mercosur.

-El reclamo vinculado al Programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX), tanto en sus modalidades de financiamiento de exportaciones de bienes como de ecualización de tasas.

-La discusión respecto de si las exoneraciones y reducciones tributarias y la exoneración del encaje obligatorio a los mecanismos de ACC y ACE, constituyen subsidios a la exportación prohibidos por la normativa Mercosur.

El Tribunal consideró que el reclamo vinculado al Crédito presunto del Impuesto a los Productos Industrializados estaba fuera del objeto del proceso, ya que no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

Por todo lo expuesto, y en virtud de los fundamentos expresados el Tribunal decide:

-Por mayoría, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina relativo a la aplicación del Sistema de la CONAB por el Brasil.

-Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de

financiamiento para Exportaciones (PROEX), aceptada por Brasil expresamente, y en su mérito declarar, que a partir del 29 de Marzo de 1999 solo podrán ser objeto de financiamiento (PROEX), las exportaciones con destino Mercosur que involucren bienes de capital a largo plazo que observen las condiciones de plazo y de tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes.

-Por unanimidad, no hacer lugar al reclamo presentado por la Argentina con relación a los mecanismos de ACC y ACE, aplicados por Brasil.

-Por unanimidad, dispone que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado; la compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes.

III. E. Comentarios

El proceso arbitral que acabamos de desarrollar, que finalizó con un resultado desfavorable para la República Argentina se convocó en medio de una grave crisis que acababa de desatarse dentro del Mercosur.

La economía más grande dentro del esquema había devaluado fuertemente su moneda, en Enero de 1999, Brasil había decidido alterar su esquema cambiario y el Real se depreció al 40 por ciento. Conjuntamente, inicia un proceso de reajuste macroeconómico y, a modo de amortiguar los problemas de competitividad, modifica sus aranceles de importación ante terceros países, que altera las preferencias respecto de sus socios en el Mercosur y provoca sustanciales variaciones en el crecimiento y en los flujos de comercio en el esquema.

Argentina, cuya economía transitaba por un proceso recesivo, decidida a desligarse de los coletazos de la crisis brasileña, proyecta dolarizar su economía y, a la vez, intenta moderar las reclamos y presiones de los sectores competitivos más afectados.

En Abril de 1999, en auxilio de la siderurgia nacional, dispone medidas antidumping contra el acero brasileño, y el 7 de Abril queda constituido el

Tribunal que decidirá la controversia que acabamos de analizar para resolver un litigio con Brasil en el sector porcino.

Mientras se tramitaba el mismo, Brasil toma algunas medidas que de alguna manera parecen responder a las actuaciones argentinas; en el mismo mes de Abril inicia conversaciones unilaterales con la Comunidad Andina y decide subsidiar la instalación de una planta automotriz en el nordeste de su país.

A pesar de ello las etapas programadas para el desarrollo del proceso de integración se cumplen al menos cronológicamente y, en julio de 1999, se realiza la Cumbre Presidencial, en la cual se acuerda completar la unión aduanera antes de Diciembre de 1999 e iniciar la proyectada convergencia macroeconómica.

Significativamente, en el mismo mes de Julio, Argentina dicta la Resolución N° 861/99, por la cual establece la aplicación de medidas de salvaguardia a los productos textiles consistentes en la fijación de cupos anuales a la importación de tejidos de algodón y sus mezclas originarias de Brasil, esta medida provocó que Brasil demande a Argentina solicitando la constitución de un Tribunal Arbitral para dirimir el conflicto, el cual analizaremos seguidamente.

Se podrían seguir detallando distintas actuaciones encontradas entre Argentina y Brasil, sin embargo, las antes mencionadas son suficiente ejemplo de la actitud desafiante entre los dos economías mayores del Mercosur, que parece ir mas allá del simple descreimiento y evidencian -a través de estas soluciones de mercado corte nacionalista- un desinterés en la práctica que no condice con los firmado en los documentos que comprometen las actuación conjunta.

En este marco, donde evidentemente era impensable el poder superar cualquier divergencia surgida por medio del acercamiento de las partes, se reúne por segunda vez un Tribunal Arbitral ad-hoc del Mercosur, permitiendo desarrollar nuevamente la función jurisdiccional para resolver una controversia surgida entre Argentina y Brasil.

La labor interpretativa de este segundo Tribunal, aunque muy criticada por la doctrina local, permitió nuevamente identificar los derechos y las obligaciones de los Estados Parte, permitió observar al Mercosur desde lo jurídico y consolidar los conceptos vertidos en el laudo anterior en cuanto a la existencia de un Derecho del Mercosur tanto originario como derivado,-el cual según expresa el Tribunal- deberá ser cumplido bajo la óptica integradora de los conceptos del Derecho Internacional y en el convencimiento de los compromisos asumidos.

IV. El Tercer Tribunal Arbitral del Mercosur

Controversia entre Argentina y Brasil por aplicación de medidas de salvaguardia en productos textiles

IV.A. Conceptos preliminares sobre salvaguardias

Las cláusulas de salvaguardia son un importante instrumento de política comercial, ellas proporcionan una disciplina convencional ante situaciones críticas que pueden presentarse durante una relación comercial.

Están destinadas a corregir situaciones que devienen del incremento en el intercambio comercial, es decir circunstancias que no son directamente imputables al comportamiento de ninguna de las Partes, sino que provienen, por ejemplo, de un incremento en el flujo de importaciones, quiere decir que se atienden al comercio leal entre partes contratantes y no ponen énfasis en la conducta del país exportador, sino en la situación por la que atraviesa el país importador.

Las cláusulas de salvaguardia propiamente dichas no hacen referencia a situaciones derivadas de un incumplimiento o inobservancia de las normas del tratado, esto es lo que las diferencia de los llamados instrumentos de defensa comercial, entre los que podríamos encontrar las medidas antidumping y las medidas compensatorias.

Las disposiciones que las implementan pueden encontrarse insertas tanto en tratados bilaterales en materia económica, como en tratados de integración económica. En la mayoría de los casos son tratados de ejecución prolongada, cuyos derechos y obligaciones se van cumpliendo a partir de la concreción de sucesivos actos jurídicos hasta llegar al objetivo buscado.

Esta proyección en el tiempo hace suponer que durante el desarrollo de estos tratados puedan sobrevenir circunstancias especiales que impidan el cumplimiento del mismo, y es allí donde son operativas las cláusulas de

salvaguardia de acuerdo a la modalidad especificada en el tratado que las contiene

Es decir que las cláusulas de salvaguardia inciden de manera muy particular sobre los lazos comerciales creados a partir de la firma de acuerdos comerciales. En este sentido, se diferencian de otros instrumentos utilizados en la práctica comercial ya que permiten regular el grado de vinculación de las obligaciones convencionales en función de circunstancias económicas peculiares por las que pueda atravesar una de las Partes obligadas.

Estas cláusulas posibilitan la adopción de medidas que signifiquen la derogación momentánea de determinadas normas del tratado que, de continuar, agravarían el deterioro de la situación económica de uno de los contratantes y desvirtuarían la finalidad perseguida con la firma del mismo.

En los tratados comerciales o de base económica firmados entre Estados en la búsqueda de una liberación del comercio, cuando se verifican determinadas circunstancias económicas perjudiciales en la economías nacionales o en algún sector productivo de los Estados firmantes, las cláusulas de salvaguardia serán operativas de acuerdo a la modalidad establecida y permitirán restablecer de modo limitado y transitorio aquellas barreras tarifarias o comerciales que el tratado, en el cual se encuentran insertas, contemplaba reducir o eliminar.

Aplicación de Cláusulas de Salvaguardia en las Uniones Aduaneras

Esta problemática en el orden comercial ha llevado a la discusión en torno a la factibilidad de implementar salvaguardias en los espacios de integración económica y, en especial en las uniones aduaneras.

Salvaguardias positivas que permitieran mejorar la posición de los mercados nacionales, dándoles la oportunidad de convergir en la creación de una política común con una coordinación plena que permita una participación equitativa que beneficie por igual a todos los Estados parte de esa unión.

O bien, por el contrario que la aplicación de estas medidas se vería como inconveniente al ser los procesos de integración económica una búsqueda de liberar el comercio entre las Partes, cuya base son las reglamentaciones comunes y coordinadas, lo que imposibilitaría contemplar la aplicación este tipo de

medidas, que en la práctica se traducen como una restricción - aunque momentánea y acotada- del comercio.

Mucho se ha escrito en respuesta a este interrogante, que también ocupó un lugar en los considerando del III Tribunal Arbitral del Mercosur, y formó parte del reajuste estructural del GATT en orden de potenciar la competencia entre los mercados internacionales a partir del fortalecimiento del sistema de comercialización.

Sin embargo, el Acuerdo sobre salvaguardias no permitió aclarar si el concepto de reglamentaciones al comercio englobaba o no a las restricciones cuantitativas, o si en el contexto de una unión aduanera los miembros se encontraban imposibilitados de aplicarse medidas de salvaguardia.¹⁹

Conjugándose estas premisas con los conceptos vertidos en el art XXIV inciso 8 del GATT 94, que define las uniones aduaneras y zona de libre comercio expresando que las mismas son compatibles con las reglas unilaterales, el Acuerdo sobre salvaguardias destaca que ninguna disposición del mismo *prejuzga la interpretación de la relación existente entre el art .XIX²⁰ y el párrafo 8 del art XXIV.*

En el caso que seguidamente analizaremos, Brasil argumenta que, una vez conformada la unión aduanera en el año 1999, existe una prohibición genérica para la aplicación de salvaguardias dentro del Mercosur, y sostiene que éstas no pueden coexistir con el régimen de una unión aduanera porque resultaría contradictorio con el libre comercio pretendido en el mismo.

Argentina cuestiona esta afirmación y cita como ejemplo a uno de los esquemas de integración mas avanzado en el cumplimiento de los objetivos propuestos, afirmando que la Unión Europea eliminó la aplicación de salvaguardias intra-zona cuando logró conformarse como unión monetaria.

¹⁹Atento a la exclusión del art. XIX entre las excepciones permitidas art. XXIV 8 del GATT 94 enuncia el libre comercio con ciertas excepciones explícitas (no mencionadas en el XIX ni en el ATV) se refiere a lo esencial de los intercambios comerciales en los territorios de las uniones aduaneras. El Acuerdo sobre salvaguardias en su art. II expresa solo las condiciones de aplicación de salvaguardias en las uniones aduaneras, entendiéndose que una unión aduanera podrá aplicar una medida de salvaguardia como entidad única o en nombre de un Estado Miembro.

²⁰ Medidas de salvaguardias

Para una correcta evaluación del asunto es importante recordar que a partir, del 1° de Enero de 1999 fecha de finalización del Régimen de Adecuación Final²¹ que modificó el programa de liberación comercial, el Mercosur debería convertirse en una unión aduanera.

Sin embargo, al día de hoy sigue calificándose como una unión aduanera incompleta, o imperfecta, como algunos autores prefieren llamarla debido a que no se ha completado la liberalización del universo arancelario.

La pregunta es, entonces, que trato y consideración deberá otorgársele a un instrumento de política comercial como las salvaguardias dentro de un esquema integrado que, podríamos decir, sigue en un período de transición, recorriendo de la mejor manera posible el camino hacia la concreción definitiva de los objetivos propuestos, los cuales, para lograr la liberalización del comercio en distintas etapas, necesitan la concreción de la coordinación en las distintas áreas que permita acompañar la prosecución del proceso.

La reglamentación y el uso de salvaguardias en el Mercosur

Independientemente de la normativa originaria del Mercosur que en el Anexo IV del Tratado de Asunción establecía con plazo perentorio la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia en las relaciones comerciales entre los Estados Parte del Mercosur, no existía -al momento de dictarse el presente Laudo en análisis, ni tampoco en la actualidad- una norma específica proveniente del derecho derivado que permitiera aplicar, tal como lo afirma este tercer Tribunal Arbitral, una medida de salvaguardia en el sector textil dentro del esquema.

En consecuencia, el Tribunal sostiene que, en tanto los Estados Parte del Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar de manera expresa la aceptación de medidas de salvaguardia intra-zona, están inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral.

²¹ El Régimen de Adecuación Final se encuentra en la Dec.CMC 5/94 y en la Res.48/94 GMC estos documentos indican que los productos comprendidos en la lista de excepciones podrán gozar de un plazo de desgravación lineal y automático partiendo de los respectivos aranceles nominales totales vigentes a la fecha, ese plazo tendrá una duración de cuatro años para Argentina y Brasil y cinco para el Paraguay y Uruguay. Los productos sujetos al régimen de salvaguardias del TA gozaran de un plazo final de desgravación que tendrá una duración de cuatro años contados desde el 1° de Enero de 1995 para todos los Estados Parte.

La Resolución N° 861/99 del Ministerio de Economía de la República Argentina se dicta teniendo en consideración lo solicitado por la Federación Argentina de Industrias Textiles (FITA), que presentó ante este Ministerio²² un pedido, de aplicación del mecanismo de salvaguardias de transición del art. 6 del ATV.²³

Se considera procedente la aplicación de esta medida en virtud de la investigación realizada por la Comisión Nacional de Comercio Exterior Argentina,²⁴ que determina que el aumento de las importaciones de estos productos a causado daño en esta rama de la producción nacional y determina los niveles de cuota a aplicar al producto en estudio.

Sin embargo, no fue esta la primera ocasión en que la aplicación de salvaguardias y la falta de legislación mercosureña respecto de la aplicación de las mismas en las relaciones comerciales entre los socios produce divergencias y actuaciones unilaterales dentro del esquema.

El dictado de la Resolución N° 911/99 del Ministerio de Economía de la República Argentina establece una salvaguardia a importaciones originarias y procedentes de países Miembros de la ALADI.

El dictado se sustenta en la Resolución N° 70/87 del Comité de Representantes de la ALADI, que otorga la posibilidad de aplicar salvaguardias con carácter supletorio respecto de los ACE celebrados por los países en el marco de esta Asociación, cuando estos no hayan adoptado normas específicas en la materia.

En su momento se escucharon voces encontrada que sostenían que en el caso del Mercosur no eran procedentes, ya que este esquema había adoptado medidas en el anexo IV del Tratado de Asunción al momento de constituirse; por otra parte, se sostuvo que, habiendo estas dejado de estar vigentes al 31 de Diciembre de 1994, en realidad no se contaba con normas que específicamente las permitieran.

Esta resolución fue dictada en un momento de gran tensión dentro del esquema, en parte surgido por la devaluación de la moneda brasileña, que quizás hubiese merecido que la normativa Mercosur contemplara la posibilidad de

²² Pedido FITA//.Exp.061-008736/98 registro del Ministerio de Economía.

²³ ATV// Acuerdo sobre Textiles y Vestido de la OMC, actualmente en revisión

²⁴ CNCE// Acta de Directorio N° 507 de fecha 14 de Abril de 1999

aplicar salvaguardias específicas destinadas a corregir situaciones provenientes de devaluaciones monetarias, instrumento usados con frecuencias en nuestros países; en esta consideración, el Acuerdo de Cartagena²⁵ las incorpora en su texto.

El dictado de esa resolución sin normativa mercosureña específica que la sustentara dio lugar nuevamente a un acuerdo presidencial que permitió, como en otras ocasiones, zanjar situaciones tensas dentro del esquema.

Resultado del acuerdo entre Carlos Mennen y Fernando Henrique Cardoso, Argentina dicta la Resolución N° 955/99, en la que se exceptúa a los países del Mercosur de la aplicación de salvaguardias de las ALADI.

A modo de completar esta ejemplificación, cabe mencionar las resoluciones dictadas por la República Argentina en torno a la comercialización de calzados dentro del país, medidas que, atento al esquema de integración, deberían de haberse consensuado con los mecanismos y grupos de trabajo pertinentes, tratando de ver el modo que ellas no produjeran un efecto negativo general y en algún país en particular.

Sin embargo, como sabemos, en este sector también de alta sensibilidad dentro del Mercosur, estas resoluciones fueron dictadas atento a reclamaciones sectoriales apoyadas por la Cámara de la Industria del Calzado Argentina, y ellas fueron condicionando el comercio de Calzado que los fabricantes argentinos veían amenazado por las importaciones provenientes de Brasil.

La Resolución N° 508/99²⁶ referida a las condiciones a las que debería ajustarse todo calzado que se comercializara en Argentina, junto con la N° 977/99²⁷ que instrumenta un procedimiento de tramitación de licencias para la importación de calzado, provocan la reacción de los fabricantes brasileños, que vieron suavizada la situación a partir del dictamen que concluyó en forma negativa para nuestro país por las salvaguardias de calzados presentadas en la OMC.

²⁵ Acuerdo de Cartagena art.80 " Si una devaluación monetaria efectuada por uno de los países miembros altera las condiciones normales de competencia, el país que se considere perjudicado podrá plantear el caso a la Junta.....verificada la perturbación el país perjudicado podrá adoptar medidas correctivas de carácter transitorio mientras subsista la alteración". puede verse el uso de salvaguardias en los Tratados de integración en América en Bertoni Liliana"Mercosur, cláusulas de salvaguardia y fallos arbitrales" cap II.

²⁶ Resolución 508/99 publicada en el Boletín Oficial 09/ 08/99n° 29204, pag. 7

²⁷ Resolución 977/99 Publicada en Boletín Oficial 11/08/99 n°29206 pag.8

Las conclusiones del Panel sostuvieron que *la investigación de la Argentina no proporcionaba ningún fundamento jurídico para la aplicación de medidas de salvaguardias definitivas en el sector, ni de cualquier otra medida de salvaguardia.*

La apelación hecha por Argentina fue rechazada y el dictamen ratificado; a pesar de ello la presión de las industrias nacionales hizo que el Gobierno argentino prorrogase la aplicación de cupos máximos para el calzado deportivo.

Todas estas discusiones toman constante actualidad ya que el Mercosur aún no ha decidido su posición frente a la aplicación de estas medidas intra-zona, que -hace ya tiempo- cada vez más se consideran como necesarias para el buen funcionamiento del esquema, situación que analizaremos al finalizar el estudio del presente caso.

La reglamentación de las salvaguardia extrazona en el Mercosur

Al entonces Comité Técnico n° 6 de Prácticas Desleales y Salvaguardias dependiente de la CCM, se le había encomendado la elaboración de dos proyectos: uno referido a prácticas desleales (dumping y subsidios) y otro referido a la aplicación de medidas de salvaguardia contra terceros países; los trabajos se realizaron siguiendo los lineamientos de los Acuerdos de la OMC.

Después de sucesivas prórrogas en la presentación de estos trabajos, finalmente en el año 1996, en la Cumbre del GMC realizada en Fortaleza, fue debatido el Reglamento Común relativo a la aplicación de Salvaguardias a las importaciones provenientes de países no Miembros del Mercosur.

En esa oportunidad, Argentina consideró oportuno tratar también las salvaguardias intra-zona y propuso a los demás Estados Parte la realización de un estudio sobre mecanismos excepcionales para la aplicación de salvaguardias intra-zona, pero esta propuesta Argentina no obtuvo consenso.

El Reglamento quedó aprobado por la Decisión N° 17/96, en él se establece la posibilidad de aplicar salvaguardias extra-zona, entendidas estas como las medidas previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio del GATT 1994 y conforme al Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial de Comercio OMC.

La Decisión CMC N° 17/96 que aprobó el *Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países No Miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur)*, fue dictada en idioma portugués y, en su art. 3 se instruyó a la Comisión de Comercio del Mercosur a elaborar la versión en español del mencionado Reglamento.²⁸

En cuanto a las condiciones de aplicación, el capítulo II del Reglamento expresa que el Mercosur podrá adoptar una medida de salvaguardia para un producto, como entidad única o a nombre de uno de sus Estados Partes.

Y se podrán aplicar cuando la investigación determine que las importaciones de determinado producto aumenten en cantidades tales – en términos absolutos o en relación a la producción doméstica del MERCOSUR o de uno de sus Estados Partes – y tal situación cause o amenace con causar daño grave, ya sea a la producción interna del MERCOSUR o de uno de sus Estados Partes de productos similares.

En el caso de la adopción de medida de salvaguardia como entidad única, los requisitos para la determinación de la existencia de daño grave o de amenaza de daño grave, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 4º, deberán basarse en las condiciones existentes en el MERCOSUR considerado en su conjunto.

Cuando se trate de la adopción de la medida de salvaguardia en nombre de un Estado Parte, los requisitos para la determinación de la existencia de daño grave o de amenaza de daño grave, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 4º, deberán basarse en las condiciones existentes en ese Estado Parte y la medida se limitará a éste.

Las medidas de salvaguardia serán aplicadas al producto importado independientemente de su procedencia, exceptuándose el caso al que se refiere el art. 82 y el art.81 respecto a los productos textiles, en los que se aplicará -en lo que corresponda- las disposiciones del Acuerdo sobre Agricultura y del Acuerdo sobre Textiles y Vestimenta, de la OMC.

En cuanto al sistema de solución de controversias, el Capítulo XI en su art.87, somete las divergencias relativas a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Reglamento a lo dispuesto

²⁸.Decisión N° 4/97. En el año 1997 el CMC por Decisión N° 4/97 aprueba la Fe de Erratas de la versión en portugués del Reglamento aprobando la versión en español y la versión en portugués del mismo

en el Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias y en el Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR, previsto en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto.

Habiendo quedado el Protocolo de Brasilia derogado por el actual sistema establecido en el Protocolo de Olivos, entendemos deben someterse a él.

La Decisión N° 17/96 estuvo presente en los considerandos de la Resolución N° 861/99 del Ministerio de Economía de la República Argentina, que toma lo establecido en el artículo 81 del Reglamento, que expresa *en los casos de los productos agrícolas y textiles, y cuando correspondiera, se aplicarán las disposiciones del acuerdo sobre Agricultura y del acuerdo sobre textiles y el Vestido de la OMC*, y que en su art.6 establece la posibilidad de aplicar, en determinadas circunstancias salvaguardias de transición.

Sin embargo, atento a lo dificultoso que se torna conocer la normativa vigente en el Mercosur, el Tribunal se vio en la necesidad de solicitar a las Partes una respuesta escrita respecto a la vigencia de la Decisión N° 17/96.

En las respuestas escritas,²⁹ ambas partes respondieron que esta Decisión no había sido incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales, con lo cual no tenía vigencia Mercosur al momento de tramitarse el presente caso, situación que aún persiste en la actualidad.

IV.B.- Controversia- Cuestión Previa.

Nuevamente, una controversia entre Argentina y Brasil y la falta de legislación mercosureña para ser aplicada al caso concreto, convocaron la reunión de un Tribunal ad-hoc para resolverla.

El Tribunal debió en esta oportunidad abocarse a resolver una cuestión preliminar antes de decidir su actuación, ya que Argentina planteó ante el Tribunal la inexistencia de disputa o controversia a ser resuelta.

Argentina consideró que el régimen de solución de controversias del Mercosur (es decir el Protocolo de Brasilia) no era de aplicación al caso en cuestión entendiendo que no existía conflicto de normas o de interpretación de normas del Mercosur.

²⁹ Respuesta escrita de Argentina y Brasil a la pregunta número dos del Tribunal, 16 de Febrero de 2000

Basó su argumentación en la inexistencia de una norma Mercosur que regulase la aplicación de salvaguardias sobre productos textiles provenientes de otro Estado parte. Con lo cual, al no existir reglamentación o norma que regule la circunstancia planteada no existe norma que regule el objeto que dio lugar a la controversia en cuestión, por lo tanto, no puede existir conflicto.

La República Argentina sostiene entonces que al no existir obligación bajo la normativa Mercosur, no puede haber incumplimiento bajo la misma y, por lo tanto, el Tribunal no tiene jurisdicción al respecto de la causa presentada.

En orden de considerar la cuestión previa presentada por Argentina, el Tribunal considera que en primer lugar debe definir que es una controversia dentro del ordenamiento jurídico Mercosur.

Con este propósito evalúa el contenido del Derecho originario y el Derecho derivado, y llegó a la conclusión que tal definición no la proporciona el Tratado de Asunción, ni por el Derecho derivado de la actividad de los órganos.

El Tribunal busca entonces una respuesta fuera del marco regulatorio del Mercosur pero dentro del contexto de principios y disposiciones aplicables al Derecho Internacional, que en virtud del artículo 19 del Protocolo de Brasilia son aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del Mercosur.

En esta fuente normativa, encuentra que la Corte Permanente de Justicia Internacional sostiene que una controversia es *un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes*.³⁰

En consecuencia, el Tribunal entiende que en este caso *la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación, que el reclamo de una de las partes se opone al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la resolución N° 861/99 del Ministerio de Economía de la Argentina con relación a la normativa Mercosur*.

Basándose en estas consideraciones, el Tribunal concluye que las diferentes posiciones asumidas por las Partes con respecto a salvaguardias aplicadas por la

³⁰ Caso Mavrommatis. Concesiones Mavrommatis en Palestina, PCIJ, serie A, n2, p. II. "a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties"

Argentina con relación a la normativa Mercosur, son suficiente evidencia para considerar que la controversia presentada ante él, cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia.

Desarrollo del caso

Objeto de La Controversia

El Tribunal Arbitral entiende que la controversia en su conjunto radica en la interpretación de la normativa Mercosur respecto del tratamiento de productos textiles y en si la aplicación de salvaguardias está permitida en las uniones aduaneras.

En consecuencia, identifica el objeto de la controversia y considera que este se centra en el reclamo presentado por el gobierno de Brasil respecto de la resolución N° 861/99³¹ del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, que establece una medida de salvaguardia consistente en la fijación de cupos anuales a la importación de tejidos de algodón y sus mezclas, originarias de la República Federativa del Brasil.

Escrito de Reclamación de Brasil

Una vez cumplimentadas las instancias previas³² al arbitraje, el 13 de Noviembre de 1999 el Gobierno de Brasil solicitó la constitución del Tribunal Considerando que:

-La medida tomada por Argentina es contraria al libre comercio acordado entre los Estados parte del Mercosur.

³¹ Esta resolución fue publicada el 13/7/99 y entró en vigor el 31/7/99 con una vigencia de tres años. Un análisis detallado de la misma se puede ver en este mismo cap.en item 3b, su texto se encuentra en el anexo documental de este capítulo.

³² La primera etapa consistió en negociaciones directas que comenzaron con el requerimiento de Brasil el 23/7/99 y con posterioridad el 5/8/99. En esta etapa no se llegó a ninguna solución, lo que motivó en una segunda etapa el requerimiento de Brasil ante el GMC en Septiembre de 99, éste estudio la cuestión en su XXXV Reunión sin llegar a ninguna resolución

-La medida es discriminatoria porque no fue invocada contra otros Estados que exportan textiles a la Argentina y que no son parte del Mercosur.

-La medida no es compatible con las condiciones establecidas en el ATV³³ y que el OST³⁴

Atento a que el considerando de la resolución N° 861/99 expresa que la medida fue tomada basándose en el ATV y el art. 81 del reglamento común de salvaguardias, aprobado por decisión N° 17/96 del CMC.³⁵

La reclamante también solicita que el Tribunal declare la incompatibilidad de la aplicación de salvaguardias por un Estado parte del Mercosur, con base en el ATV de la OMC a las importaciones provenientes de otro Estado Parte, ya que en Diciembre de 1994, cuando las reglas para la estructura de la unión aduanera fueron redefinidas en el Mercosur, los Estados Parte no acordaron la aplicación del ATV como instrumento regulador del comercio intra-mercosur.

En su demanda, Brasil sostiene además que el art.81 del reglamento común de salvaguardias, utilizado por Argentina como fundamento legal para el dictado de la resolución en cuestión, se refiere a la aplicación de dichas medidas frente a terceros países (no miembros del Mercosur), y agrega que la Decisión N° 17/96 no estaba en vigor al momento de dictarse la Resolución N° 861/99 porque no había sido incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Parte.

Por otro lado, el art.98 de la Decisión N° 17/96 excluye expresamente la aplicación de salvaguardias a las importaciones originarias de los Estados Parte. Finalmente, Brasil requiere al Tribunal que disponga que el Gobierno Argentino revoque inmediatamente la resolución N° 861/99 y los actos administrativos concordantes.

La respuesta Argentina

³³ Acuerdo sobre Textiles y Vestido

³⁴ Órgano Superior de los Textiles

³⁵ Reglamento sobre salvaguardias aplicables a Estados no miembros del Mercosur, aprobado por decisión N° 17 del GMC- 17/12/96

Argentina entiende que existe una distinción relevante entre salvaguardias generales del art. XIX del GATT 94 que son aplicables a todos los países y las salvaguardias específicas para el sector textil previstas en el art.6 de ATV.

Este artículo crea un mecanismo específico de transición para textiles que permite la aplicación de medidas de salvaguardia en el comercio del sector y es aplicable miembro por miembro a todos aquellos Estados Miembros de la OMC.

Los Estados Parte del Mercosur, miembros de la OMC tienen el derecho de aplicar salvaguardias frente a terceros países y, en la medida que no existan compromisos posteriores en el Mercosur sobre este tipo de salvaguardias, ellas rigen también en el comercio intra-zona.

Argentina sostiene además que, al no estar estas medidas expresamente prohibidas por las disposiciones del Mercosur, nada obsta a que sean aplicadas al comercio intra-zona.

Sumado a esto, el Mercosur no cuenta con una política comercial común para el sector textil, con lo cual cada Estado aplica una política diferenciada de la que utilizan sus socios del Mercosur.

En cuanto al libre comercio acordado dentro del Mercosur, Argentina sostiene que la integración del sector textil al libre comercio es parcial, en tanto que solo a fines de 1999 se completó el desmantelamiento arancelario y continúan aún aplicándose restricciones no arancelarias al comercio intra-zona para los productos del sector, que tienen un tratamiento especial y están sujetos a ciertos instrumentos aplicados por los cuatro países.

En este sentido, la Argentina llama la atención sobre el hecho de que una medida de naturaleza cuantitativa, como la resolución N° 861/99, no afectó el tratamiento preferencial que se otorgó a los productos textiles brasileños.

Argentina sostiene sus argumentos basándose en la documental que acompañó como fundamento legal de su posición. Entre estos documentos se encontraba el anexo IV del Tratado de Asunción, a partir del cual Argentina sostiene que no es cierta la afirmación de Brasil que a partir del 1° de Enero de 1995 se encuentra prohibida la aplicación de salvaguardias intra-zona.

Argumenta que después de 1994, los Estados Parte no se manifestaron sobre el tema de las salvaguardias, no adoptaron normativa alguna, y existe desde

entonces en el Mercosur, un *vacío legal* sobre este tema, y en particular sobre la aplicación de las mismas a los productos textiles.

Como sustento de su posición, cita dos normas del Mercosur que se refieren a la posibilidad de aplicarlas: una es la Decisión N° 7/94 del GMC, que posibilita la aplicación de salvaguardias sobre productos incluidos en la lista de excepciones en caso de un súbito incremento de las exportaciones de estos productos -que impliquen daño o amenaza de daño grave- hasta el año 2001; la otra es la Decisión N° 8/94, que posibilita la aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos provenientes de zonas francas comerciales e industriales, zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas especiales, cuando sus importaciones impliquen un aumento imprevisto que causen daño o amenaza de daño.

Argentina considera que estas dos decisiones modifican el Tratado de Asunción y prevalecen sobre él en virtud del art.53 del Protocolo de Ouro Preto.³⁶

Por todo lo expuesto, Argentina solicita al Tribunal que declare improcedente las pretensiones brasileñas y solicita que rechace el pedido de derogación de la resolución N° 861/99 del Ministerio de Economía.

Puntos en cuestión

El Tribunal se encontró frente a diferentes posiciones entre las Partes en cuanto a la interpretación, aplicación y observancia de las distintas disposiciones dentro del Mercosur que ambos usaron como base de su argumentación. Detalladas esquemáticamente, las divergencias son las seguidamente:

Anexo IV del TA.

-Brasil lo interpreta como una clara prohibición de la aplicación de salvaguardias después del 1 de Enero de 1995.

³⁶art.53 “Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de Marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición”

-Argentina argumenta que puede haber salvaguardias dentro del Mercosur después del 1 de Enero de 1995.

Tratamiento del sector textil dentro del Mercosur.

-Brasil, sostiene que los productos textiles están cubiertos bajo tres sistemas de protección: listas de excepciones, régimen de salvaguardias y un Programa de Adecuación Final.

- Argentina, sostiene que los productos textiles alcanzados por la resolución N° 861/99 no estaban cubiertos por un sistema de protección.

Otras diferencias de interpretación.

Coexistencia de salvaguardias con una unión aduanera.

Integración del sector textil a la unión aduanera.

Interpretación de la Resolución N° 124/94 sobre el sector textil en el comercio extra-zona.

Actuación del Tribunal

Finalmente después de haber hecho un exhaustivo análisis de las cuestiones planteadas por las Partes y de la normativa citada y atinente al caso, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

En cuanto a la posibilidad de aplicar salvaguardias en el Mercosur, toma en consideración los artículos 1° y 5° del anexo IV del Tratado de Asunción que en opinión del Tribunal- formulan una prohibición general sobre la aplicación de salvaguardias al comercio intra-zona.

El art.1 posibilita a los Estados Parte, solo en casos excepcionales, aplicar salvaguardias al comercio intra-zona hasta una fecha cierta y definitiva: el 31 de Diciembre de 1994.

En consecuencia, los Estados Parte no podrán aplicar salvaguardias al comercio intra-zona a partir del 1° de Enero de 1995.

Con respecto al posible vacío normativo, el Tribunal considera que no existe tal, sino que hay una norma Mercosur que dispone, con alcance general, la prohibición de aplicar salvaguardias intra-zona a partir del 1° de Enero de 1995.

Esta prohibición solamente podrá ser exceptuada por medio de una norma específica dentro del ordenamiento jurídico del Mercosur que legitime la imposición de salvaguardias a los productos textiles.

Como conclusión, el Tribunal sostiene, *como regla general*, que será posible la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intra-zona en Mercosur en tanto haya una norma explícita que así lo autorice.

Tomando como punto de partida la existencia de una norma general que prohíbe las salvaguardias intra-zona, el Tribunal se abocó a precisar si existe o no una norma especial que genere una excepción que legitime la imposición de salvaguardias a los productos textiles afectados por la resolución N° 861/99 objeto de la controversia presentada ante él.

Encuentra que la normativa derivada Mercosur³⁷ presentada por las Partes en la presente controversia, no prevé un tratamiento especial para los productos textiles que permita siquiera considerar la licitud de la aplicación unilateral de medidas de salvaguardia en ausencia de una norma expresa acordada por la Partes.

En consecuencia, en tanto no se hayan acordado en forma expresa y conjunta la aceptación de dichas medidas, los Estados Parte están inhibidos de aplicarlas en forma unilateral. Sobre la base de su fundamentación jurídica el Tribunal decide:

- por unanimidad, que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.

-por unanimidad, que la resolución N° 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina y los actos administrativos que en su

³⁷ Resolución GMC 124/94 comercio del sector textil extra-zona. Decisión GMC 7/94 posibilita la aplicación de salvaguardias sobre productos incluidos en la lista de excepciones en caso de un súbito incremento de las importaciones. Decisión 8/94 Aplicación de salvaguardias sobre productos provenientes de zonas francas, procesamiento de exportaciones y áreas aduaneras. Argentina considera que ambas Decisiones modifican el Tratado de Asunción y prevalecen sobre el en virtud del art. 53 del Protocolo de Ouro Preto, que expresa que quedan derogadas todas las disposiciones del TA que estén en conflicto con los términos de ese Tratado y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el CMC durante el período de transición. La Decisión 17/96 que aprueba el reglamento común de salvaguardias, utilizado por Argentina como uno de los fundamentos para dictar la Res.861/99

consecuencia fueran implementados, no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa Mercosur en vigor y, por lo tanto, deberán ser revocados.

IV. C. Comentarios

El Tercer Tribunal Arbitral del Mercosur, integrado por Gary N. Horlick, el Dr. José Carlos de Magalhaes y el Dr. Raúl Vinuesa, el 10 de marzo de 2000 pronunció su laudo por unanimidad, disponiendo que la República Argentina tendría 15 días para revocar las salvaguardias implementadas.

Una vez firme el texto del laudo y el de la aclaratoria solicitada por la República Argentina que el Tribunal expide con fecha 7 de Abril de 2000, el mismo resultó obligatorio para los países involucrados en la controversia.

En consecuencia, la República Argentina, cumpliendo con lo dispuesto por el Tribunal, el 11 de Abril de 2000 dicta la Resolución N° 265/00 del Ministerio de Economía por la que dispuso dejar sin efecto la medida de salvaguardia establecida en la Resolución N° 861/99.

Este tercer laudo emitido dentro del marco del sistema de solución de controversias establecido por el Protocolo de Brasilia pone de manifiesto la necesidad de fortalecer la normativa Mercosur, sobre todo aquella atinente a la implementación y uso de los instrumentos de política comercial dentro del esquema que dado su grado de avance no puede continuar profundizándose solo a partir de normas mutuamente consentidas.

Se necesitaba por ese entonces, y con más razón al día de hoy -después de ya pasados 16 años de su constitución-, contar con un avanzado nivel de coordinación en todas las áreas que se traduzca en una normativa común.

Estas consideraciones fueron tomadas en cuenta por el III Tribunal Arbitral que en sus considerandos expresa *las relaciones comerciales dentro de un sistema que busca estar altamente integrado como el Mercosur, deberán basarse en la regla de Derecho. En un sistema basado en la regla de Derecho, las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos*

jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno. La regulación del uso de medidas que afectan al comercio reviste una trascendencia primaria en el establecimiento del standard mínimo de certeza jurídica para todos los actores relacionados con el comercio dentro de una unión aduanera, pero además esta necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del Mercosur, sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio.

Ciertamente, la implementación de una política comercial común que contemple la totalidad de los sectores y los bienes objeto del comercio dentro del esquema de integración traducida en una norma Mercosur sería el grado óptimo deseado.

En tanto resulta de suma importancia contar con pautas de intercambios claras que no dejen lagunas jurídicas que permitan una libre interpretación basada en una normativa, que si bien puede resultar afin o de base como la normativa ALADI y OMC, ellas son solo fuentes complementarias.

IV.D.- Estado Actual del Sector Textil.

El conflicto del sector textil, sector sumamente sensible tanto en el Mercosur como a nivel internacional, provoca constantes desentendimientos entre los Estados.

En el ámbito internacional, el ATV traído por la argumentación argentina al caso que hemos analizado precedentemente permitió tener un referente del modo de utilización de las medidas de salvaguardia en el sector textil.

Dentro del Mercosur, al iniciarse el año 2004, nuevamente comienzan los planteos entre Argentina y Brasil. El gobierno brasileño considera que ha habido una restricción a la entrada de telas de demin, materia prima utilizada para la elaboración de los jeans; según el cálculo brasileño, durante ese año ingresaron 15 millones de metros de esa tela, lo que significó una disminución del 25 por ciento respecto del año 2003.

Esto generó negociaciones entre ambos países para poder evitar la controversia. No estando solucionada la normativa sobre la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardias, se comienza nuevamente a hablar de la posible

aplicación de licencias no automáticas,³⁸ y paralelamente se busca una alternativa viable desde la negociación sectorial en busca de un acuerdo mutuamente satisfactorio que evite las discusiones y un daño que puede ser permanente en el sector, ya por demás conflictivo que aún no resuelve su situación.

Las opiniones y discusiones en torno a la necesidad de aplicar salvaguardias en el Mercosur

Iniciado el año 2005 con situaciones conflictivas en el ámbito político brasileño y frente a un año electoral en la República Argentina, el Mercosur continuaba sin resolver problemas de base que fundamentalmente tenían que ver con la falta de coordinación sectorial que arrastraban conflictos pendientes, por ejemplo, los de la denominada línea blanca entre Argentina y Brasil en referencia a la comercialización de heladeras, lavarropas, secarropas y lavavajillas, y de productos no eléctricos, como calefones, cocinas y termotanques.

Estos conflictos pendientes, entre otros, llevan en el año 2005 a poner otra vez bajo consideración la posibilidad de dotar al esquema de algún instrumento de política comercial relacionado con prácticas que permitan conservar la reciprocidad de los intereses.

Ya en el año 2001, cuando la crisis y el descreimiento se habían instalado en el Mercosur, el Ministro Lafer decía: *En esta difícil etapa por la que atraviesa el Mercosur, el camino debe ser el de trabajar y enfatizar las salvaguardias de desempeño, que constituyen una medida de calibración que evita la desintegración del orden y permiten su funcionamiento en nuevas condiciones de temperatura y presión... en la constitución de tales salvaguardias necesitamos ser guiados por la sabiduría de las adaptaciones creativas, sin perder nunca el horizonte de visión de futuro, que nos oriente en torno de nuestro proyecto común.*³⁹

En el año 2005, los Estados, convencidos de la necesidad de instrumentar medidas conducentes a superar las coyunturas comerciales y fortalecer el crecimiento económico, se encontraban negociando. Brasil y Argentina

³⁸ I Laudo del Tribunal ad-hoc del Mercosur que las declara incompatibles con la normativa Mercosur

³⁹ Celso Lafer "Brasil-Argentina, una relación estratégica, su evolución y perspectiva en un mundo en transformación" conferencia Buenos Aires.14 de Agosto de 2001

destrabaron el diálogo respecto al tema de las salvaguardias comenzó una ronda de negociaciones bilaterales que pretendió dar forma definitiva al tema.

Argentina evitando el término *salvaguardias*, propuso la aplicación de *Cláusulas de Adaptación Competitivas* (CAC) como herramienta a utilizar ante un aumento desmedido de las importaciones que pueda producir daño en los sectores de las economías nacionales.

Por su parte, el Gobierno de Brasil, que anunció públicamente su aceptación de algún tipo de salvaguardia para los sectores sensibles, y en tanto se enfrentaba a una firme oposición de la Federación de Industriales del Estado de San Pablo (FIESP) a la introducción de este tipo de medidas en el Mercosur, sólo discutió seriamente el modo de implementación de las mismas.

Como resultado de estas tratativas, Argentina y Brasil firmaron un Protocolo Bilateral Adicional al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) N° 14, en el que implementan un procedimiento que permite la aplicación de lo que denominaron un Mecanismo de Adaptación Competitiva (MAC) cuando las importaciones del socio causen un daño importante o constituyan una amenaza sobre una rama de la producción nacional.

La firma de este Protocolo permite una doble lectura, no es errado sostener que la bilateralidad de este tipo de acuerdos entre los socios de un proceso de integración económico profundo tiende a desvirtuar el proyecto conjunto.

Sin embargo, este acuerdo en particular puede ser visto como un principio de avance en el esquema Mercosur, que se ve constantemente cuestionado y demorado en su crecimiento por las discusiones coyunturales de las dos principales economías del esquema.

Como conclusión, la falta de coordinación sectorial aún no pudo ser resuelta en el esquema integrado Mercosur, donde tampoco existe una normativa que permita aplicar cláusulas de salvaguardia intrazona.

Referencias bibliográficas

Bertoni, Liliana, *Laudos arbitrales en el Mercosur*. Buenos Aires-Madrid Editorial Ciudad Argentina 2006.

-----, *Mercosur, cláusulas de salvaguardia y fallos arbitrales*, Buenos Aires-Madrid Editorial Ciudad Argentina 2006.

Lafer, Celso, *Brasil-Argentina, una relación estratégica, su evolución y perspectiva en un mundo en transformación*, Conferencia Buenos Aires. 14 de Agosto de 2001