

LAUDO SOBRE CONTROVERSIA SOBRE COMUNICADOS Nº 37 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1997 Y Nº 7 DEL 20 DE FEBRERO DE 1998 DEL DEPARTAMENTO DE OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR (DECEX) DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO EXTERIOR (SECEX): APLICACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS AL COMERCIO RECÍPROCO

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los veintiocho (28) días del mes de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTO:

Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) designada como "Controversia sobre Comunicados Nº 37 del 17 de diciembre de 1997 y Nº 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco".

RESULTANDO:

El Tribunal Arbitral

1. El presente Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, de 17 de diciembre de 1991, se halla integrado por los árbitros Dr. Juan Carlos Blanco (presidente), Dr. Guillermo Michelson Irusta y Dr. Joao Grandino Rodas, nacionales respectivamente de Uruguay, Argentina y Brasil.

2. El presidente fue notificado de su designación el 29 de enero de 1999 y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 1 de febrero de 1999. Fijó su sede en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Adoptó sus Reglas de Procedimiento. Invitó a las Partes a designar respectivamente a sus Representantes y a constituir sus domicilios en la ciudad de Montevideo. Invitó asimismo a las Partes a someter al Tribunal por su orden los escritos de presentación (Reclamante) y de contestación (Reclamada). Las Representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos. Los escritos fueron presentados por las Partes y recibidos por el Tribunal, haciéndolos éste conocer, cada uno, a la otra Parte. Las pruebas documentales presentadas por cada Parte fueron admitidas, comunicadas a la otra Parte y agregadas al expediente. Las Partes fueron escuchadas en audiencia del Tribunal.

3. Las notificaciones y comunicaciones a las Partes, así como el recibo de los escritos y comunicaciones de las Partes, fueron realizados por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

4. El 15 de marzo de 1999 el Tribunal resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes esa decisión, de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Brasilia y el artículo 21 del Reglamento de éste.

5. Las actuaciones del Tribunal que preceden a este laudo, consignadas en Actas y anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento (art. 6) corren agregadas a estos autos.

Representantes de las Partes

6. La República Argentina ha designado como su Representante a la señora Ministro María Cristina Boldorini y como alterno al Dr. Daniel Andrés Lipovetzky y la República Federativa de Brasil ha designado como su Representante al señor Ivan Ramalho.

Alegaciones de las Partes

A) La República Argentina como Parte Reclamante manifiesta:

Circunstancias y Hechos

7. El Comunicado N° 37/97 que 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 licencia no automática o a licencia automática con condiciones o procedimientos especiales y el Comunicado N° 7/98 que cumple análoga función con respecto al sector lácteo son considerados como una restricción al comercio intrazona que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio.

8. El Comunicado N° 37/97 distingue entre operaciones de importación y productos objeto de una importación. El artículo 1 establece el trámite administrativo correspondiente a operaciones de importación y el Anexo I enumera las operaciones sujetas al mismo. Todas ellas están sujetas a licencia no automática (LNA). El artículo 2 establece el trámite administrativo correspondiente a productos objeto de importación. En el Anexo II se especifican los productos que están sujetos a licencia automática en tanto cumplan condiciones o procedimientos especiales (LAC) y los productos que están sujetos a licencia no automática (LNA). Entre éstos, un reducido número de posiciones también requiere el cumplimiento de condición o procedimiento especial.

9. En los productos sujetos a LAC se indica la condición o procedimiento a cumplir:

a. Exigencias zoosanitarias o sanitarias establecidas por el Ministerio de Agricultura y Abastecimiento; b. Número de registro de la empresa en el Ministerio de Trabajo; y c. Número de registro del producto o período de validez otorgado según los casos por el Ministerio de Salud Pública o por el Ministerio de Agricultura y Abastecimiento.

En los productos bajo el régimen de LNA se indica el órgano administrativo para la presentación y análisis de la solicitud de importación. Si éstos además requieren el cumplimiento de una condición o un procedimiento serán algunos de los indicados en las letras a, b y c de este numeral.

En el Anexo II algunos capítulos de la NCM categorizados en forma global como LA tienen

sin embargo dentro de ellos algunas posiciones con tratamiento administrativo LNA, diferente al general. Estas posiciones representan en muchos casos los productos donde se concentran las exportaciones argentinas.

10. Lo establecido en el Comunicado N° 37/97 da como resultado el tratamiento global de cada capítulo de la NCM en la forma que señala en el cuadro, lo que ilustra el empeoramiento de las condiciones de acceso al mercado brasileño para productos argentinos, con respecto a las condiciones vigentes en 1995 y 1996. Señala en este sentido los cambios ocurridos de:

--LA a LAC cap. 07 "Hortalizas, plantas, raíces y tubérculos"; cap. 08 "Frutas y frutos comestibles, cortezas de cítricos, melones o sandías"; cap. 33 "Aceites esenciales y resinoides, preparaciones de perfumería, de tocador o de cosmética"; y cap. 34 "Jabón, preparaciones para lavar, ceras artificiales, productos de limpieza, preparaciones para odontología a base de yeso fraguable".

--LAC a LNA cap. 64 "Calzados, polainas y artículos análogos, y sus partes"; cap. 84 "Máquinas, aparatos y artefactos mecánicos, y sus partes"; y cap. 85 "Máquinas, aparatos y material eléctrico, y sus partes".

--LNA a LNA con condición o procedimiento especial cap. 01 "Animales vivos"; y cap. 53 "Las demás fibras textiles vegetales".

11. Para demostrar el agravamiento de las condiciones de acceso destaca algunos casos paradigmáticos:

--Harina de Trigo. La autorización previa para la importación aplicada a la posición 1101.00.10 había sido clasificada entre las restricciones no arancelarias a eliminar listada en los Anexos a la Decisión CMC N° 3/94 y lo fue por Circular N° 393/94. Sin embargo, el Comunicado N° 37 sujeta a todos los productos incluidos en la subposición 1101.00 a LNA, reimponiendo la restricción.

--Parafina. La autorización previa para importar había sido eliminada el 29 de julio de 1996 por la Portaria del Departamento Nacional de Combustibles y el requisito es reinstalado por el Comunicado N° 37.

12. El Comunicado N° 7/98 se refiere al sector lácteo. Amplía el número de autoridades

que analizan diez posiciones del sector, se requiere LNA para "otros quesos de pasta semidura" y se establece LNA para "leche entera excluyendo la de cabra".

13. El Comunicado N° 23/98 de 24 de agosto de 1998 eliminó el Anexo II del Comunicado N° 37 que contenía el listado de los productos con el correspondiente tratamiento administrativo LAC o LNA y lo reemplazó por una remisión al Tratamiento Administrativo del Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX). De esta forma los productos sujetos a LAC o LNA no constan en una norma consolidada sino que el importador debe recurrir a la información registrada en el sistema informático SISCOMEX. Basta un simple registro en el sistema informático para modificar el tratamiento que se otorga a un producto, sin publicidad en norma alguna.

14. Esta situación incrementa la incertidumbre para los operadores económicos por la discrecionalidad que da para aplicar y modificar el sistema de licencias. Se agrega a la inseguridad resultante de que los comunicados impugnados no establecen los criterios para otorgar o denegar las licencias ni fijan plazo para hacerlo. Tampoco se explicita qué sucede cuando las condiciones o procedimientos especiales no se satisfacen. La inseguridad desalienta al exportador y crea una protección adicional no arancelaria a las compras internas en Brasil. A ello se suma el costo de la licencia (60 dólares de EUA) que debe abonarse por cada posición incluida en la factura.

15. La entrada en vigor del Comunicado N° 37 determina una incidencia grave ya que el 61% de los principales rubros de exportación argentinos a Brasil (20 capítulos de la NCM) pasaron a estar sujetos a LNA (52%) o a LAC (9%), según muestran el cuadro A y la Prueba Documental I. Además, con relación a otros cinco capítulos cuyo destino principal es Brasil, el Comunicado N° 37 establece la LNA para el 55% de los productos contenidos en los mismos (Cuadro B). En síntesis, el Comunicado N° 37 empeoró las condiciones de acceso al mercado brasileño.

Fundamentos Jurídicos

16. Los Comunicados N°s 37, N° 7 y N° 23 establecen medidas administrativas

equivalentes a restricciones lo que implica un incumplimiento de los compromisos establecidos en el Tratado de Asunción (TA), su Anexo I y el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE 18); la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 3/94 (CMC N° 3/94), y la decisión del Consejo del Mercado Común N° 17/97 (CMC N° 17/97).

17. El TA expresa que el mercado común implica, entre otras cosas, eliminar los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias y cualquier otra medida equivalente (art.1) y que durante el período de transición el Programa de Liberación Comercial consistirá en rebajas arancelarias acompañadas de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, para llegar al 31/12/94 con arancel cero y sin restricciones no arancelarias sobre todo el universo arancelario (art. 5a).

El Anexo I al TA refuerza los compromisos al acordar las Partes eliminar a la fecha indicada los gravámenes y demás restricciones al comercio recíproco (art. 1), indicando que se entenderá por restricciones "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. 2). En el mismo Anexo I se dispone que las Partes podrán aplicar sólo hasta esa fecha las restricciones que declaren en las Notas Complementarias al Acuerdo de Complementación que las Partes celebrarán en el marco del Tratado de Montevideo 1980 (art. 10).

Brasil incluyó en las Notas Complementarias al ACE 18 los pedidos de guía de importación (PGI) que eran autorizados por la Cartera de Comercio Exterior (CACEX). El PGI se mantuvo en aplicación hasta el 31/12/96 en que fue sustituido por el Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX).

La República Argentina no cuestiona la implantación del SISCOMEX pero objeta que se incluyan en él, o se pretendan incluir, requisitos de LAC o de LNA, por entender que constituyen restricciones equivalentes a las ya eliminadas guías de importación. Queja que se profundiza ante la ampliación de productos sometidos a esas condiciones, consolidados en las Circulares N° 37/97, N° 7/98 y N° 23/98.

La aplicación del régimen fijado en las Circulares es violatorio de la obligación de eliminar las restricciones al comercio o medidas de efecto equivalente e implica el incumplimiento de los compromisos asumidos en el TA (arts. 1 y 5a), en el Anexo I al TA (arts. 1 y 10) y

en el ACE 18 (arts. 1 y 11).

18. La decisión CMC 3/94 estableció un compromiso de "stand still" en materia de restricciones no arancelarias. Las Partes, hasta tanto no se alcance la total armonización de esas restricciones, se comprometen a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo (art. 4). La decisión CMC 17/97 reitera este compromiso en el art. 6. Las Circulares cuestionadas son incompatibles con el compromiso de stand still ya que: a. el sistema de licenciamiento que establecen agravó la situación existente con las guías de importación, b. el sistema de LAC y LNA no estaba en vigencia cuando se aprobó la decisión CMC 3/94 y c. el nuevo sistema reinstala restricciones anteriores en condiciones más gravosas que las previamente vigentes. Estas nuevas limitaciones han incidido negativamente en las exportaciones argentinas. Sin embargo, la sola existencia de las medidas contenidas en las Circulares produce un resultado general inhibitorio del comercio al privar de seguridad y certidumbre jurídica. El Protocolo de Brasilia en este sentido habilita al particular a presentar su reclamo ante el solo dictado de la medida sin necesidad de demostrar efectos negativos de la misma (art. 25). Similar solución se adopta en otros ámbitos internacionales.

19. En relación con algunas manifestaciones efectuadas en el Comité Técnico reunido de conformidad con el art. 3 del Anexo al Protocolo de Ouro Preto, sostiene que el sistema de guías de importación fue oportunamente objetado como resulta de la Prueba Documental II; que el problema de las licencias no se limita a algunos productos especiales o a ciertas operaciones sino que las licencias se aplican en forma generalizada; y que los exportadores argentinos deben cumplir trámites adicionales de mayor complejidad. Reitera asimismo que una interpretación funcional del TA debe tomar en cuenta el objeto y el fin del mismo para interpretar el alcance de los compromisos que contiene, así como debe evaluarse la obligación de eliminar restricciones según las Notas Complementarias del propio Tratado y del ACE 18.

Conclusiones Generales

20. Los Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98 han incrementado el número de capítulos y de productos de la NCM sujetos a LNA o a LAC. Se ha reintroducido la exigencia de autorización para productos que habían sido eximidos de ella y se exige LAC a otros que no se encontraban en esa situación. Los exportadores deben cumplir trámites adicionales y más complejos que los vigentes antes de los Comunicados.

La incidencia de las medidas alcanza al 61% de las exportaciones argentinas y a productos de los cuales Brasil es el mercado principal. El SISCOMEX aumenta la incertidumbre pues un registro informático puede cambiar el tratamiento. Los operadores desconocen los criterios para aprobar o denegar las licencias.

21. La interpretación de los compromisos en el MERCOSUR debe encuadrarse en la finalidad del TA y sus instrumentos complementarios. Los Comunicados atentan contra los propósitos y principios del TA y afectan la reciprocidad. La exigencia de LNA o LAC viola el compromiso de eliminar las restricciones no arancelarias (arts. 1 y 5 del TA, arts. 1 y 10 de su Anexo I y arts. 1 y 11 ACE). La eliminación de las guías de importación fue seguida de la aplicación del SISCOMEX acompañado de un sistema de LAC y LNA que se generalizó a muchos capítulos y productos de la NCM. La reintroducción de restricciones y la adición de nuevas exigencias resultan violatorias del compromiso de stand still (Decisiones CMC N°s 3/94 y 17/97). La sola existencia de las exigencias establecidas a través de los Comunicados implica incumplimiento. La sucesión de incumplimientos perjudica el proceso de integración del MERCOSUR.

Ofrece y produce prueba

Objeto de la controversia y petitorio

22. El objeto de la controversia es la vigencia y aplicación de los Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98 de la República Federativa de Brasil los cuales rechaza la República Argentina por ser manifiestamente incompatibles con los compromisos establecidos en el TA y en la normativa MERCOSUR aprobada en consecuencia.

23. Pide se disponga que el gobierno de la República Federativa de Brasil, en el plazo a

que hace referencia el art. 21 del Protocolo de Brasilia implemente 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.

B) La República Federativa de Brasil como Parte Reclamada manifiesta:

Objeto de la Reclamación

24. El objeto de la reclamación son solamente las Circulares Nros. 37/97 y 7/98, no debiéndose considerar ningún hecho o argumento relacionado con el Comunicado N° 23/98, instrumento que no constaba en los términos originales de la reclamación. Su inclusión sería una ampliación del objeto de la reclamación, a la luz del art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia que considera escritos de presentación y de contestación tramitados en las etapas iniciales del procedimiento, antes de la instalación del Tribunal Arbitral, con el fin de evitar una ampliación extemporánea del objeto que crearía una situación desigual para las Partes.

Hechos

25. El nuevo modelo de licenciamiento fue implantado por el gobierno brasileño a partir de la vigencia en enero de 1997 del SISCOMEX, un sistema de concepción moderna que utilizando los medios informáticos proporciona agilidad y transparencia a las importaciones. Sustituye al sistema de las guías de importación emitidas necesariamente antes del embarque y tramitadas manualmente ante un agente único, CACEX. La adopción del nuevo sistema representa un reconocimiento de las reglas y prácticas internacionales de comercio. El Comunicado N° 37 condensa los perfeccionamientos de la normativa realizados para adecuarla al nuevo contexto internacional.

26. El Comunicado N° 37 fue concebido como un manual de informaciones para los importadores siguiendo los criterios de transparencia aceptados por la comunidad internacional y no establece reglas nuevas. Su estructura se ajusta a los criterios de la OMC previstos en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Licenciamiento de las

Importaciones. Prevé sólo dos procedimientos para el licenciamiento de las importaciones: automático (LA) y no automático (LNA). En el Anexo II da la lista de los productos sujetos a LNA y también informa sobre productos que con LA están sujetos a procedimientos en la fase de despacho aduanero. En estos últimos el licenciamiento es de hecho instantáneo y equivale a un registro estadístico. Sólo da información necesaria al importador sobre controles -inspecciones sanitarias, por ejemplo- que ya existían antes de la vigencia del nuevo sistema. Además, las referencias en el Anexo II a capítulos no siempre significan que la totalidad de los bienes comprendidos en el mismo están sujetos a LNA. En resumen, la mayor parte de los ítems tarifarios están sujetos a LA, que es aprobada instantáneamente, con una finalidad de registro estadístico.

27. En comparación con el régimen anterior de guías de importación, éste se basaba en el criterio de que la totalidad de los bienes estaban sujetos a guía, salvo algunas excepciones, mientras que el sistema actual adopta el criterio opuesto: prefiere dar la lista de la minoría de los productos, aquéllos sujetos a LNA. En la mayoría el licenciamiento es automático e instantáneo.

28. El Comunicado N° 7 solamente incluye en el Anexo II del Comunicado N° 37 determinados productos lácteos como sujetos a LNA. Los productos encuadrados en el capítulo 04 están sujetos a controles zoonosanitarios establecidos con anterioridad a los Comunicados Nros. 37 y 7.

29. El Comunicado N° 23, aunque fuera del alcance del Tribunal, es una norma de carácter puramente operacional: no amplió ni redujo la lista de productos sujetos a licenciamiento, se limita a indicar dónde se puede encontrar esa lista. La información que es pública está disponible inmediatamente para el importador, dentro de SISCOMEX.

30. Responde a la afirmación argentina de que el nuevo sistema cambia el tratamiento de productos importados sometiéndolos a peores condiciones de acceso al mercado brasileño:

--Productos que pasaron de LA a LAC. La figura de LAC no existe: el licenciamiento automático es siempre automático. Las alegadas "condiciones" en los cap. 7, 8, 33 y 34

son procedimientos sanitarios vigentes desde antes de la Circular N° 37.

--Productos que pasaron de LAC a LNA. El Comunicado N° 37 no introdujo un nuevo sistema de licenciamiento para el capítulo 64. Redujo el universo de 14 mercaderías sujetas a LNA a 10 en un total de 33 subítems tarifarios. Los productos sujetos a LNA en los cap. 84 y 85 ya constaban en normas anteriores. El 80% de las exportaciones argentinas del cap. 84 son efectuadas por LA. El 20% restante tiene el tratamiento previsto en las Notas Complementarias al ACE 18. Los productos sujetos a LNA tuvieron un desempeño bastante superior al de los productos importados con LA. En el cap. 85 solamente los productos sujetos a LNA de SECEX fueron incluidos por el Comunicado N° 37. Los demás ya constaban en disposiciones anteriores. Los ítems incluidos por esta Circular corresponden al 26.30% de las importaciones de ese capítulo y no al 100% como alega Argentina.

--Productos que pasaron de LNA a LNA con condiciones especiales. En el cap. 01 se trata nada más que de la inclusión de normas anteriores relativas a exigencias fitosanitarias. En el cap. 53 se aplica el tratamiento propio de las fibras textiles naturales. No hay daño pues no hubo importaciones de fibras textiles argentinas en los últimos cuatro años.

31. Comenta los casos presentados por Argentina como paradigmáticos del efecto negativo del Comunicado N° 37:

--Harina de trigo. El gobierno de Brasil eliminó el régimen de anuencia previa a cargo del DAP del Ministerio de Hacienda y Planeamiento previsto en las Disposiciones Especiales de las Notas Complementarias de ACE 18.

--Parafina. Consultando el Tratamiento Administrativo de SISCOMEX el importador verificará que la parafina se importa con LA. La participación argentina en los suministros a Brasil de este producto pasó del 2.85% al 61.15% , de 1997 a 1998, creciendo un 1.131%.

32. Contesta las informaciones presentadas por Argentina sobre la incidencia de los Comunicados en los principales capítulos NCM, utilizando estadísticas de 1998 las que demuestran que no hay daño para las exportaciones argentinas a consecuencia de dichos Comunicados y presenta los resultados de los cuadros elaborados (Anexo I prueba

documental). Responde a las conclusiones a las que llega Argentina de que los regímenes de LNA y de LAC abarcan el 61% del total comercializado en 1997 de los 20 principales capítulos NCM en orden de valor. Utilizando datos referidos al mismo universo de productos, pero correspondientes al ejercicio 1998, las importaciones de productos sujetos a hipotéticas restricciones crecieron más que los no sujetos a ellas, representando el 89.3% de las ventas totales, siendo esa participación del 88% en 1997.

De ahí que el porcentaje de incidencia de los Comunicados DECEX pasa del 61% al 63%. Trabajando sobre ese porcentaje resulta que: el 8.7% corresponde a productos LAC pero este tratamiento no supone traba alguna, es licenciamiento automático puro y simple y sólo representa procedimientos en fase de despacho aduanero de carácter fitosanitario o previstos en las Notas Complementarias ACE 18; el 13.01% corresponde a productos referidos genéricamente en la presentación argentina e interpretados erróneamente como LNA cuando en verdad tienen licenciamiento automático; el 14.82% corresponde a requisitos fitosanitarios o tratamientos especiales contenidos en las Notas Complementarias a ACE 18; y 9.45% comprende cuatro productos (trigo, algodón, maíz y arroz) provistos tradicionalmente por Argentina y cuyo volumen de ventas en general ha crecido anualmente. Por tanto, los controles rechazados en la presentación argentina pasan a influir apenas 7.3% de las exportaciones de los 20 productos principales. Este porcentaje se reduce más todavía si se considera que todos los tratamientos administrativos considerados fueron adoptados antes de la Circular Nº 37, objeto original de la reclamación. Del total de US\$ 7.172.930 mil exportados por Argentina bajo los 20 capítulos principales, apenas US\$ 219.671 mil (3.1% de este total y 2.7% del total de las exportaciones argentinas) corresponden a ítems incluidos por la Circular Nº 37 en el LNA a cargo de SECEX todos ellos justificados y relativos a productos donde no hay indicios de perjuicios comerciales para Argentina.

33. Concluye que la evolución de las importaciones evidencian que Brasil no pone obstáculos al comercio en general y mucho menos al MERCOSUR o a Argentina específicamente, cuyo crecimiento es mayor que en el resto de los intercambios. Los datos revelan que el MERCOSUR es socio preferencial de Brasil. El intercambio crece, especialmente entre Argentina y Brasil.

Fundamentos Jurídicos

Examen de las normas invocadas por la Reclamante

Tratado de Asunción (TA) y ACE 18.

34. El TA puede ser considerado un acuerdo marco, instrumento internacional en el cual se trazan los objetivos y los mecanismos para alcanzarlos, cuyas disposiciones en general programáticas no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables. El objetivo de conformar al 31/12/94 un Mercado Común debía ser alcanzado gradualmente mediante acuerdo de las Partes sobre las normas y políticas al efecto.

35. Bajo este prisma deben ser comprendidos el art. 5 que establece un programa de liberación comercial para llegar a esa fecha "con un arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario" y el Anexo I al TA que, en esa línea, establece los compromisos específicos del programa de liberación. Posteriormente las Partes procedieron a una reevaluación conjunta y consensuada del plazo previsto para conformar el Mercado Común y establecieron el compromiso de conformar al 1/1/95 una unión aduanera y no un mercado común (Consolidación de la Unión Aduanera y Transición al Mercado Común, Anexo I al Acta de la V Reunión del CMC, Colonia de Sacramento, 17/1/94). Como corolario, resultaron redefinidos los otros objetivos y cronogramas que estaban condicionados a la meta original, entre ellos la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias dentro del MERCOSUR. 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, pese a que el cronograma de desgravación del comercio intra-zona estaba definido en detalle en el Anexo I al TA (CMC Decisiones N°s 5/94 y 24/94). Esta reordenación del MERCOSUR implicó alteraciones en su propio tratado constitutivo, al punto que el Protocolo de Ouro Preto formalizó en su art. 53 los cambios ocurridos al disponer la derogación de las disposiciones del Tratado de Asunción que estén en conflicto con dicho Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el CMC durante el período de transición.

36. El tratamiento de las restricciones no arancelarias en el TA (Anexo I, art. 10) y en ACE 18 (art. 11) se basa 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. El compromiso de eliminarlas, de acuerdo con los arts. citados, debería implementarse en el ámbito de un Mercado Común. Permaneciendo la conformación de éste todavía como un objetivo de largo plazo, no hay obligación de eliminar ninguna de las medidas en las Notas Complementarias de Brasil, entre las cuales se incluían la necesidad de guías de importación y de diversas autorizaciones previas. Aun cuando el compromiso de eliminar las restricciones estuviera desvinculado del "ámbito del Mercado Común" no implicaría la eliminación de todas las medidas listadas en las Notas Complementarias sino sólo de las medidas que constituyeran restricciones al comercio, listadas o no. Por eso, las Partes del MERCOSUR, al avanzar en el tema de las medidas no arancelarias en el contexto de la zona de libre comercio y de la unión aduanera abandonan la noción de eliminación de todas las restricciones no arancelarias y pasan a trabajar con la noción de eliminación o armonización de restricciones no arancelarias (CMC, Decisión N° 3/94). En virtud del art. 53 del Protocolo de Ouro Preto, esta Decisión derogó el art. 10 del Anexo I al TA. Los expertos uruguayos en el Comité Técnico que examinó la reclamación argentina sostuvieron conclusiones en la misma dirección.

Decisiones CMC Nros. 3/94 y 17/97

37. La Decisión N° 3/94 reconoce que no todas las medidas no arancelarias pueden o deben ser eliminadas, en tanto algunas son necesarias para cumplir objetivos justificados de políticas públicas. En consecuencia establece, al lado del proceso de eliminación, el objetivo paralelo de la armonización. La noción de que se lidia con medidas tanto restrictivas como no restrictivas se va consolidando: la denominación de "Restricciones No Arancelarias" pasa a ser "Medidas y Restricciones No Arancelarias". A la vez, la Decisión N° 3/94 establece un tratamiento puntual para el tema de las medidas y restricciones no arancelarias.

No constituye primordialmente un conjunto de reglas sino un listado de medidas y restricciones a las que se asocia caso por caso el propósito de armonización o de

eliminación. En algunas medidas se acepta simplemente su mantenimiento, clasificándolas como "justificadas". El MERCOSUR no dispone de un conjunto de normas sobre licencias de importación como lo tiene la OMC. El único registro de compromiso asumido referente al mecanismo de guías de importación y su sucesor el mecanismo de SISCOMEX fue su registro por el CT-8 como medida 53 en su inventario de medidas y restricciones no arancelarias y nunca fue identificada como una restricción. Se encuentra por tanto fuera del ámbito de la Decisión N° 17/97.

38. No proceden las alegaciones de la Reclamante de que los Comunicados N°s 37/97 y 7/98 violan el compromiso de no adoptar restricciones no arancelarias al comercio en el MERCOSUR que estaría establecido en los arts. 4 y 6 de las Decisiones N°s 3/94 y 17/97, respectivamente. El compromiso es de no establecer restricciones, no haciendo referencia a medidas no arancelarias, conceptos claramente distinguidos a lo largo del texto de toda la Decisión N° 17/97. Además, el compromiso allí asumido no se sustenta por sí solo y sólo tiene sentido en el cumplimiento del art. 10 del Anexo I al TA y de la Decisión CMC N° 3/94. Por otro lado, para que una medida específica sea considerada restricción no arancelaria, sujeta a un compromiso de eliminación, es necesario que sea identificada por la Comisión de Comercio. El tratamiento de las medidas no arancelarias es específico para cada una, dependiendo el compromiso de eliminar alguna de ellas de negociaciones intergubernamentales en un foro como la Comisión de Comercio.

39. En cuanto al art. 4 de la Decisión CMC N° 3/94, el mismo no se refiere a un compromiso de stand still sino a un compromiso de tratamiento nacional y de nación más favorecida para las importaciones dentro del MERCOSUR. Suponiendo, ad argumentandum, que fuera válida la alegación de que hubiera un compromiso de stand still, éste no podría implicar una inmovilización de las prácticas administrativas de comercio exterior o detener su evolución, ni considerar una restricción la introducción de un sistema de control informático e integrado como el SISCOMEX. La propia Reclamante estableció después de las Decisiones invocadas importantes medidas de administración comercial como la inspección pre-embarque y las licencias automáticas del formulario informativo de importación. Por otra parte, sería necesario que la Reclamante demostrara la condición de más restrictiva para el comercio recíproco de las nuevas medidas. Para

ello, de acuerdo con el art. 2, letra b del Anexo I al TA y el art. 3, letra b del ACE 18, se requiere que la medida impida o dificulte el comercio recíproco, en comparación con las reglas vigentes anteriormente. La Reclamante no presenta hechos concretos que prueben que es así. Invoca el art. 25 del Protocolo de Brasilia que habilita las reclamaciones por la sanción o aplicación de medidas de carácter restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal. Pero mientras el carácter discriminatorio o de competencia desleal de una medida puede apreciarse antes de su aplicación, el carácter restrictivo sólo puede apreciarse por su efecto en la realidad. No habiendo en el MERCOSUR reglas sobre licencias o procedimientos administrativos de importación, toca a la Reclamante probar el carácter restrictivo.

Ningún caso específico pudo ser presentado en un flujo de US\$ 9 billones anuales, siendo las variaciones un fruto de la dinámica del mercado y de la menor actividad de la economía brasileña. Aunque se admitiera el compromiso de stand still, no se prueba que la introducción del procedimiento de licencias implique condiciones más restrictivas que las anteriores.

Conclusiones

40. Los Comunicados en cuestión incluyen alteraciones en el tratamiento de las licencias de un número infinitamente menor que el pretendido por Argentina: apenas parte de los capítulos 84, 4, 85, 11 y 39, correspondientes al 2.7% de las exportaciones argentinas a Brasil, no tenían el tratamiento previsto en dichos Comunicados. Estos consolidan diversos controles (sanitarios, fitosanitarios, seguridad) preexistentes y en muchos casos agilitan su aplicación evitando, por ejemplo, que se realicen en la frontera.

41. La Reclamante no presenta elementos que permitan inferir que los Comunicados provocan un efecto restrictivo del comercio.

42. No cabe considerar por el Tribunal el Comunicado N° 23/98, pero de todos modos éste en nada altera la estructura del sistema de licencias de importación y, al contrario, asegura la transparencia del mismo.

43. El TA depende para su ejecución de la adopción gradual de normas con compromisos específicos. El TA y el ACE 18 fueron modificados por normas posteriores tanto en el sistema como en el cronograma para la consideración de las medidas y restricciones no arancelarias.

44. La Decisión N° 3/94 y normas posteriores distinguen entre medidas y restricciones no arancelarias y las tratan de la manera siguiente: no todas deben ser eliminadas; deben ser tratadas caso por caso pues no hay tratamiento genérico ni reglas generales; la identificación y el tratamiento de cada una es resultado de un ejercicio conjunto y negociado dentro de los órganos del MERCOSUR. Ni el SISCOMEX, ni los Comunicados en cuestión fueron identificados como restricción no arancelaria ni fueron clasificados como medida a eliminar. El art. 6 de la Decisión N° 17/97 se refiere a no aplicación de restricciones no arancelarias pero no a medidas no arancelarias. El art. 4 de la Decisión 3/94 no prohíbe la introducción de nuevas restricciones no arancelarias (stand still). Aunque se admitiese el compromiso stand still, éste no puede impedir los cambios adecuados a la realidad comercial y a la tecnología y sería preciso comprobar el carácter más restrictivo de las medidas adoptadas.

Petitorio

45. Que el Tribunal declare improcedente la reclamación interpuesta por la República Argentina por ser los Comunicados cuestionados compatibles con los compromisos establecidos por el TA y por las normas MERCOSUR aprobadas en consecuencia.

CONSIDERANDO

Los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La presente instancia arbitral

46. Este Tribunal, según resulta de lo expuesto en los párrafos 1 a 5 y de los demás

antecedentes y actuaciones que obran en autos a su respecto, ha sido constituido regularmente de conformidad con el Protocolo de Brasilia y su Reglamento y con el Protocolo de Ouro Preto, habiéndose dado cumplimiento a los requisitos y condiciones previstos en dichos instrumentos para conformar la presente instancia arbitral. En particular han sido substanciadas las etapas previas al arbitraje requeridas por el Protocolo de Ouro Preto, ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (Reunión XXVIII, abril de 1998), un Comité Técnico de la CCM (Reuniones en mayo y junio de 1998) y el Grupo Mercado Común (Reunión XXXI).

47. La actuación del Tribunal, registrada en el expediente y en sus Actas, se ha cumplido de acuerdo con lo preceptuado por los mencionados instrumentos internacionales y por las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Tribunal. Las Partes han completado totalmente la actividad que a cada una correspondía ante el Tribunal, de conformidad con las normas establecidas en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, el Reglamento del Protocolo de Brasilia y las Reglas de Procedimiento del Tribunal. En consecuencia, y estando dentro del plazo previsto en el art. 20 del Protocolo de Brasilia, el Tribunal se halla en plena capacidad para adoptar esta decisión sobre la controversia de autos, con la forma y efectos establecidos en los artículos 20 y 21 del Protocolo de Brasilia y en el art. 22 del Reglamento de ese Protocolo.

Criterio General

48. Desea el Tribunal señalar su particular aprecio por la manera como las Partes han conducido la defensa de sus respectivas posiciones. La incuestionable convicción que han demostrado en apoyo de sus puntos de vista no ha sido óbice para una actuación en un todo ceñida a la más estricta lealtad procesal. Esto, unido a la brillante argumentación y al exhaustivo suministro de elementos de prueba, ha facilitado y enriquecido grandemente la labor de los árbitros. Acorde con tales antecedentes y con la forma como se resolverá esta controversia, el Tribunal decidirá que los gastos de esta instancia arbitral sean sufragados en la forma y proporción previstas en el art. 24 del Protocolo de Brasilia.

49. En cuanto al fondo del asunto, la solidez de ambas argumentaciones ha persuadido al

Tribunal de la necesidad de desarrollar la fundamentación de su decisión en una línea argumental no coincidente con ninguna de las Partes, aun cuando recogiendo aportes de las dos.

La profundidad y amplitud de las fundamentaciones jurídicas alegadas, además, indica claramente que la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto, art. 41), interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común.

50. Por lo demás, la cuestión planteada ante este Tribunal, referida a la compatibilidad o no con el sistema del TA -si hay incumplimiento o no de la normativa MERCOSUR- de un determinado régimen de importaciones, no puede ser abordada como una mera aplicación mecánica de disposiciones reunidas en un código o texto unificado. Implica necesariamente el realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva, por acumulación de disposiciones tomadas en el curso de un complejo proceso de decisiones políticas y jurídicas, insertas en una realidad económica cambiante.

Se trata, en efecto, de lo que Panayotis Soldatos llama un “continuum integratif” en el cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración (Le Système Institutionnelle et Politique des Communautés Européennes Dans un Monde en Mutation, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 115 a 117). En el mismo sentido, cabe señalar que los tratados y en especial los relativos a sistemas de integración establecen, como lo dice Antonio Remiro Brotons, “un régimen que resulta del conjunto de sus disposiciones, forma un todo del que no podrían dissociarse las distintas cláusulas para ser consideradas por separado” (Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, Tomo 2, p. 310 a 315).

51. En ese contexto el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el

propio Tribunal un elemento del ordenamiento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia anticipa que las controversias requieran una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos (art. 1).

Objeto

52. A la luz del criterio establecido se observa que la cuestión materia de la controversia es, en su sustancia, una discusión acerca de la congruencia jurídica -la compatibilidad- entre un determinado régimen de licencias para las importaciones y el sistema normativo del Tratado de Asunción.

Las referencias a los diversos instrumentos administrativos en los cuales dicho régimen se halla plasmado, aunque útil a los efectos de identificarlo y de conocer sus características, no hacen a la esencia de la controversia que gira en torno a la interpretación de si ese régimen, donde quiera que estuviere corporizado, es compatible con la normativa aplicable. Corrobora este criterio el contenido de las discusiones mantenidas en las etapas previas a esta instancia, ante la CCM y el GMC, haciéndose mención en cada una de ellas a las normas sobre licenciamiento existentes en el momento. De ahí que el Tribunal considerará en su decisión todos los instrumentos administrativos relacionados con el régimen de importaciones. Abonan este criterio otros elementos.

53. Todos esos instrumentos -los Comunicados N°s 37/97, 7/98 y 23/98- han sido invocados en el escrito de presentación el que, junto con el de contestación, determinan el objeto de la controversia (Reglamento del Protocolo de Brasilia, art. 28 y Reglas de Procedimiento del Tribunal, art. 11). Es claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla. Pero, en el caso, no hay ingreso de ninguna cuestión nueva. La inclusión del Comunicado N° 23/98 no altera los términos del planteo efectuado ante la CCM y el GMC y la discusión es substancialmente la misma.

54. A su vez, en términos puramente formales, el Comunicado N° 37/97 vigente ahora -y parte no objetada de la controversia- contiene el tratamiento a las importaciones indicado por el Comunicado N° 23/98. Es así que si bien no podrá ampliarse la controversia a aspectos o temas no planteados en las instancias previas a la arbitral, tampoco podrá dejarse de considerar en ésta la materia discutida en las etapas previas en razón de cambios en los actos jurídicos que contienen aquella materia, si la cuestión controvertida se mantiene en los nuevos actos jurídicos como es en este caso. Una solución contraria llevaría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo.

55. Retomando pues el núcleo de la controversia, será tarea del Tribunal decidir sobre la compatibilidad del régimen de licenciamiento con el conjunto normativo del MERCOSUR, examinando el punto bajo el criterio general de interpretación fijado.

Marco conceptual internacional

56. En primer lugar ha de considerarse el principio de cumplimiento de los tratados -pacta sunt servanda- “norma fundamental” originaria del Derecho Romano, aceptada por clásicos como Anzilotti, Kelsen y Verdross y recogida por primera vez en un texto positivo de Derecho Internacional en el artículo 26 de la Convención de Viena. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que dicho cumplimiento deberá realizarse de buena fe, principio este unido al de pacta sunt servanda en el artículo citado y ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (Conforme Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 275 a 279; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press, Second Edition, p.119 a 120). Incluyendo en el concepto de buena fe no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, cosas que no están evidentemente en juego en la especie, sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar

los fines comunes convenidos. De no tener en cuenta esta perspectiva finalista “de un tratado marco se haría así un tratado bloqueado” en la expresión de Robert Lecourt (*L'Europe des Juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 235)

57. El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido. Es que no se trata de “un derecho acabado” al decir de Lecourt (*Op. cit.* p. 237), sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico, como enseña Fausto Quadros, procura garantizar que las normas “sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración” (*Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisboa, 1984, p. 426 a 427). En el mismo sentido Lecourt (*Op. cit.* p. 237) anota que en estos instrumentos internacionales existe “la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados” y derivar de los textos “todas las consecuencias razonables”.

58. Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues. Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción. Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla que Quadros define como “*in dubio pro communitate*”, y en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias (Cf. Quadros, *op. cit.* p. 429 a 430 y Lecourt, *op. cit.* p. 241 a 247).

59. Naturalmente la labor interpretativa en todo caso parte del texto de los instrumentos internacionales en su sentido ordinario, del contexto de esos instrumentos y del conjunto normativo que forman (Protocolo de Ouro Preto, art. 41) pero teniendo en cuenta su objeto y fin con el sentido y alcance ya expresados (Conforme Antonio Remiro Brotons, op. cit. p. 310 y De la Guardia y Delpech, op. cit. p. 318 a 325). En esta perspectiva la interpretación teleológica, como indica Brotons, se halla controlada por su combinación operativa con los otros métodos y, en sí misma, al asociar las nociones de objeto y de fin que equilibran sus contenidos reales e ideales (Op. cit. p. 313).

60. La consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración, dentro de los parámetros fijados, es además un factor de seguridad jurídica, como anota Lecourt (Op. Cit. p. 243) y en especial con respecto a la libre circulación de bienes elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista. Siendo los objetivos permanentes y no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas).

61. Como corolario de la interpretación teleológica y en relación con la misma, la jurisprudencia comunitaria, señala Quadros (Op. cit. p. 427), aplica el concepto de efecto útil o de eficacia mínima de las normas. Brotons (Op. cit. p. 313) a su vez, glosando los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, concluye que el efecto útil significa “escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin”.

62. Por último, este Tribunal considera que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales.

63. Es con este marco conceptual interpretativo que el Tribunal aborda su tarea.

El Tratado de Asunción y su sistema normativo

64. Los conceptos expuestos se aplican sin violencia al TA y demás normas que configuran el sistema de integración del MERCOSUR. La arquitectura del TA y de sus Anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo. Como señala Sergio Abreu (*El Mercosur y la integración*, fcu, Montevideo, 1991 p. 47) el TA va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y “un derecho operativo” constituido por compromisos concretos. Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran salto adelante. A su vez, el sistema del TA ha sido ratificado, desarrollado y perfeccionado en el Protocolo de Ouro Preto.

65. En el diseño de esta solución jurídica y política que reconoce con sabiduría dónde se hallan algunos de los principales escollos para la integración, el programa de liberación tiene un papel central y es una pieza estratégica en la configuración del MERCOSUR. Dotando al desmantelamiento de las RA y NA de un carácter irreversible y de una fecha final común para completarlo totalmente, fuera de la voluntad de los propios Estados, los autores del TA aseguraban un rápido avance de la liberación comercial. De esta manera la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el mercado común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración.

66. Congruentes con esta interpretación los cinco Anexos al TA contienen obligaciones

concretas y autoejecutables. Tres de ellos se refieren a aspectos medulares del comercio (I Liberación comercial, II Origen y IV Salvaguardias) y definen concretamente el régimen de cada uno de ellos y las obligaciones específicas de las Partes al respecto. Los otros dos Anexos III Solución de controversias y V Grupos de Trabajo apuntan también a facilitar el comercio. Se demuestra así la voluntad de despejar desde el comienzo posibles obstáculos, dictando al efecto reglas precisas y obligatorias. El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el MERCOSUR.

67. Corroborar esta inteligencia del régimen el contraste de esta definición precisa, que contiene obligaciones concretas y exigibles en el campo comercial, con los otros instrumentos señalados en el artículo 5 del TA para constituir el MC: coordinación de políticas macroeconómicas, arancel externo común y acuerdos sectoriales. En estos casos, no se fija un régimen o una meta concretos como ocurre en los Anexos I, II y IV, o sea, respectivamente, en el programa de liberación comercial, los requisitos de origen y las cláusulas de salvaguardia. Se indica sólo la gradualidad y la convergencia de la coordinación macroeconómica con la desgravación arancelaria y la eliminación de las RNA. Es decir, se subraya el papel rector en el proceso de integración del efectivo desmantelamiento de las restricciones A y NA, a cuyo ritmo se ha de acompasar el avance en las demás áreas de ese proceso de integración. La importancia capital del programa de liberación es subrayado hasta al punto que en caso de denuncia del TA, cesarán para el Estado que la ejerza los derechos y obligaciones emergentes de su condición de Parte, “manteniéndose los referentes al programa de liberación” por un lapso de dos años (TA, arts. 21 y 22)

68. El programa de liberación, por su parte, se forma indisolublemente con la vertiente arancelaria y la no arancelaria. El TA y su Anexo I lo reconocen así al darle el mismo tratamiento a ambas, con una fecha común de finalización. Advirtiendo sus características diferentes, no se impone un mismo mecanismo para llegar al desmantelamiento de unas y otras restricciones.

En el caso de las RA se establece un calendario de desgravaciones lineales que opera automáticamente y en forma progresiva hasta llegar al arancel cero. En el caso de las

RNA, reconociendo implícitamente las dificultades de su desarme no se fija un procedimiento específico para hacerlo efectivo. Pero se dispone que ha de estar totalmente cumplido en la misma fecha que el desarme arancelario.

No se indica pues, como en el caso de las RA, un procedimiento determinado para alcanzar el resultado deseado. Se deja a las partes la libertad de determinar qué procedimiento seguirán para hacerlo, si unilateral por cada Estado o colectivamente mediante negociaciones y, aún, el ritmo de la eliminación. Pero la libertad de las Partes se limita a eso. No queda al arbitrio de las Partes decidir si la eliminación de las RNA se hará efectiva o no.

Como tampoco queda a su arbitrio la fecha en la que dicha eliminación ha de estar finalizada. La fecha no es otra que la misma señalada para las RA, el 31-12-94. Las partes están en consecuencia obligadas a eliminar las RNA y a hacerlo en la fecha indicada, simultáneamente con la caída de todos los aranceles a cero. Hay por consiguiente una obligación concreta para las partes al respecto y no una mera indicación programática o declarativa (Más adelante se verá la incidencia de la postergación del MC en esta obligación así caracterizada).

69. Conclusión lógica pues, como dice Gustavo Magariños (Comercio e Integración, fcu, Montevideo, 1994, tomo III, p. 169), “Las restricciones no arancelarias están comprendidas en los programas de liberación de los sistemas de integración y su eliminación es forzosamente obligatoria.” Señalando el autor que la variedad de esas medidas y la dificultad para identificarlas las “han convertido en una de las principales armas comerciales de la actualidad”. Al punto que Soldatos (Op. cit. p. 125 a 126) compara dichas medidas con la mitológica Hidra de Lerna, por su capacidad de regenerarse y de multiplicarse. Es por ese motivo que necesariamente han de integrar los programas de liberación y han de correr la misma suerte que las restricciones arancelarias. Sería imposible un régimen con desmantelamiento arancelario total en el cual las RNA permanezcan y, aún, pudieran ser colocadas u ampliadas ad libitum, por decisión unilateral de cualquiera de las Partes.

70. El tratamiento del tema en el TA es congruente con este criterio. El programa de liberación “consistirá en rebajas arancelarias.... acompañadas de la eliminación de

restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio... para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario” dice el art. 5a del TA. La eliminación de los aranceles y de las restricciones no arancelarias son aspectos indisolublemente unidos entre sí como partes de un mismo instrumento para llegar a la libertad de los flujos comerciales: ambos son considerados en los mismos artículos del TA (art. 1 párrafo segundo y 5a) y, en esos artículos y en el artículo 10 del Anexo I al TA reciben igual disciplina normativa en cuanto a la obligatoriedad del desmantelamiento y de una fecha común para materializarlo, ambas cosas al margen de la voluntad de los Estados Partes, es decir, con el carácter de una obligación precisa y concreta. Cabe anotar en el mismo sentido que, tanto el artículo 10 del Anexo I al TA como el artículo 11 del ACE 18, cuyos textos son similares, al regular el tema de las RNA lo hacen relacionándolas siempre con el programa de desgravación, poniendo de manifiesto otra vez el vínculo inseparable entre desgravación arancelaria y eliminación de RNA.

71. Hay una sincronía inseparable entre la eliminación de aranceles y la eliminación de las restricciones no arancelarias, que el TA recogió en las disposiciones citadas, fijando para ambas idéntica fecha de finalización e igual profundidad en su alcance al abarcar en los dos casos la totalidad del universo arancelario. Se determina así un paralelismo entre el proceso de eliminación de unas barreras y otras, de tal modo que aunque se admita una cierta diferencia en la velocidad del desmantelamiento de las restricciones arancelarias y no arancelarias, así como procedimientos diferentes para hacerlas efectivas, al final del proceso ambas, obligatoriamente, han de estar eliminadas. Eso es precisamente lo que preceptúan el artículo 5a del TA, el artículo 10 del Anexo I al TA y el artículo 11 del ACE 18.

La postergación del Mercado Común. Una nueva fecha.

72. La postergación del MC no determina la extinción de esta obligación pero determina que ella ya no sea más exigible en la fecha señalada del 31-12-94, postergada de común acuerdo por las Partes. Su vinculación y la del programa de liberación comercial, en el TA y su Anexo I, con la fecha en que el MC debía estar conformado era coherente con el plan

original de llegar en una sola y breve etapa -el período de transición, entre 1991 y 1994- al mercado común que era por entonces la etapa final y única del proceso del MERCOSUR. Por eso todo el sistema creado por el TA, no solamente el programa de liberación, fue relacionado con el objetivo de establecer el mercado común y con la fecha en la que éste debía estar conformado. A vía de ejemplo, el art. 3 del TA limita al período de transición el régimen de origen y de salvaguardias; el artículo 5 hace lo propio con los instrumentos principales para constituir el MC; y el artículo 8 lo hace en la letra a. con respecto a la obligación de evitar afectar los intereses de las Partes en las negociaciones que realicen entre sí. Aún después del 31-12-94 subsiste la vigencia de esas disposiciones que son habitualmente aplicadas y sobre las cuales las Partes han basado su acción y el desarrollo de los respectivos regímenes. Tampoco hay nada en la naturaleza de las cosas que haga incompatible de hecho o de derecho la liberación comercial intrazona con la unión aduanera. Al contrario, en una secuencia racional de un proceso de integración, en el “continuum integratif” se complementan y en general aquélla precede a ésta. Como dice Soldatos, la “unión aduanera es la segunda etapa de liberalización que se suma a aquélla de la zona de libre comercio” (Op. cit. 129). Por lo demás, ninguna norma expresa ha derogado la obligación de proceder al desmantelamiento no arancelario.

73. El cambio ocurrido en el objetivo inmediato del MERCOSUR y en el calendario sostiene esta conclusión. Los Estados Partes advirtieron que no podrían llegar a tiempo para cumplir el objetivo de tener conformado el MC el 1 de enero de 1995.

Como es notorio, a comienzos de 1994 se estaba muy lejos de alcanzar la libre circulación de todos los factores (art. 1 párrafo segundo del TA) y de la coordinación de las políticas macroeconómicas (art. 5b), en tanto que el arancel externo común (art. 5c) aunque accesible, no había sido determinado. Solamente la desgravación arancelaria había avanzado rápidamente por virtud del sistema de rebajas automáticas, aunque subsistían excepciones y dificultades sobre algunos productos más sensibles.

74. En consecuencia, las Partes debieron reevaluar en ese momento el sistema del TA. El resultado de este ejercicio planteado en el documento titulado “Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común” (Acta CMC 02/93, Colonia del Sacramento, enero 1994) fue recogido principalmente en el Protocolo de Ouro Preto y en varias

decisiones del CMC (Nºs 13/93, 3/94, 5/94, y 24/94).

75. Varias conclusiones fluyen de ese conjunto normativo, aplicables al caso en examen: El sistema del TA subsiste aunque haya tenido modificaciones. El mismo TA prevé el cambio de sus instituciones (art. 18), tiene una duración indefinida (art. 19) y establece procedimientos de denuncia (art. 21 y 22), todo ello evidencia de continuidad.

El régimen que surge es una continuación del anterior y se integra al mismo, fusionándose para conformar en definitiva un único conjunto normativo e institucional. El Protocolo de Ouro Preto, OP, según explica su preámbulo se adopta “en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18” del TA y reafirma “los principios y objetivos” de éste. Define, asimismo, como fuentes jurídicas del MERCOSUR al TA, sus protocolos, instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos celebrados en el marco de esas normas (OP, art. 41). Las instituciones de Ouro Preto son en lo principal las mismas del TA fortalecidas y desarrolladas, adaptadas a las transformaciones ocurridas (OP, preámbulo). Se determina que OP es parte integrante del TA y que la adhesión y la denuncia al Protocolo se harán de acuerdo con las normas del TA (art. 48 y 50).

El objetivo de la conformación de un MC permanece, aunque más distante y sin una fecha concreta de cumplimiento. Se reafirma el objetivo de la unión aduanera, tomando ésta el lugar del mercado común como referencia en el proceso de integración del MERCOSUR y como punto de partida para el cómputo de plazos (Acta CMC 2/93 y su Anexo I, CMC Decs. Nºs 5/94 y 24/94).

La intención de las Partes queda claramente ilustrada en el comunicado de los Presidentes al término de la reunión de Colonia del Sacramento, el que, como declaración consensuada de las Partes es un elemento válido de interpretación (Cf. Antonio Remiro Brotons, op. cit. p. 311): “Los Presidentes reafirmaron decididamente los principios, objetivos y plazos previstos en el Tratado de Asunción, para avanzar en forma coordinada, equilibrada y sostenida hacia el establecimiento de la Unión Aduanera y sentar las bases de la conformación del Mercado Común” (numeral 4).

76. Corresponde analizar a la luz de estos elementos la situación jurídica del programa de liberación instituido en los arts. 1 y 5a del TA, 10 del Anexo I al TA y 4 al 11 del ACE 18. Habiendo una continuidad del sistema del TA con los instrumentos y decisiones

posteriores al punto de configurar un único y mismo sistema, la expiración del plazo pactado originariamente, 31-12-94, sin que se hubiera completado el desmantelamiento arancelario y no arancelario y sin que se hubiera conformado el mercado común no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el TA.

Más aún, las Partes han reafirmado expresamente la vigencia del art. 10 del Anexo I al TA y de las obligaciones que emergen del mismo, como surge de CMC Dec. N° 17/97 de 17 de diciembre de 1997, especialmente el art. 6. Indudablemente tales obligaciones no serán ya exigibles en esa fecha, vinculada a una etapa del proceso de integración que se ha postergado por común acuerdo de los Estados Partes. Pero éstos han reafirmado su compromiso de llevar adelante el programa de liberación, manteniendo en la nueva configuración del proceso dentro del MERCOSUR el papel central de la liberación comercial como piedra angular de la estrategia de integración. Posición enteramente congruente con las decisiones adoptadas por el CMC al definir el “Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera”(CMC Decs. 5/94 y 24/94).

77. Dicho régimen en efecto, al tiempo de resolver algunas de las dificultades que se habían presentado en la eliminación de los gravámenes arancelarios y en el régimen de excepciones y salvaguardias, establece un plazo final para completar, mediante desgravaciones lineales y automáticas, la total eliminación de los aranceles en el comercio intra-MERCOSUR. El plazo, que comienza a correr el 1-1-95, es de cuatro años para Argentina y Brasil y de cinco para Paraguay y Uruguay, expirando por consiguiente para la totalidad del MERCOSUR el 31-12-99. A esa fecha la totalidad de los productos del universo arancelario circularán en el área libre de gravámenes arancelarios. La misma regla rige en los gravámenes parancelarios que de conformidad con el art. 2 de CMC Dec. N° 24/94 no podrán aplicarse a los productos comprendidos en el Régimen de Adecuación.

78. Habría una contradicción con el fin del programa de liberación y con su papel central en la arquitectura del MERCOSUR si, abandonando el paralelismo entre la eliminación de RA y RNA, se llegara al desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedara al arbitrio unilateral de las Partes que podrían así mantener indefinidamente las restricciones no arancelarias e incluso aumentarlas. En tal hipótesis perdería todo

sentido el programa de liberación y el fundamento mismo del MERCOSUR estaría en crisis. Habría en ese caso un vaciamiento del contenido del proceso de integración, privándolo de la efectividad del programa de liberación. Se perdería lo que Lecourt (Op. cit. p. 240 a 241) llama “la plenitud del efecto útil” de las disposiciones y del régimen que determinan.

79. Una interpretación armónica del sistema, congruente y no contradictoria con los fines y objetivos declarados y acordados por las Partes, lleva a que el desmantelamiento NA ha de ocurrir necesariamente en paralelo con el arancelario y ha de concluir junto con éste, conforme fue definido en el TA, su Anexo 1 y el ACE 18 y como está impuesto por la naturaleza de ambos, indisolublemente unidos en la liberación del comercio: faltando uno, será inútil el otro. Ello deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la que se completa el programa de liberación comercial luego de la revaluación del MERCOSUR realizada por los Estados Partes.

Eliminación de restricciones no arancelarias

80. La demora en adelantar la eliminación de las RNA revela la existencia al respecto de varias dificultades unidas a su propia dificultad intrínseca. El programa de liberación comercial, aun ordenando tal eliminación y disponiendo que ello fuera simultáneo con el fin de las restricciones arancelarias, no especificó el procedimiento para hacerlo. En las NC al ACE 18 los Estados Partes registraron todas las medidas aplicables al comercio, vigentes a la fecha del TA, las que debían ser eliminadas al 31-12-94. Pero entre esas medidas se hallaban tanto las que implican restricciones al comercio de naturaleza no arancelaria como las que son ejercicio normal de competencias de los Estados sin finalidad comercial. Ello ha determinado una compleja discusión acerca de cuáles son las medidas restrictivas y cuáles no. Entre tanto el objetivo de la eliminación de las RNA, lejos de haber desaparecido, es reiterado consistentemente en el sistema normativo del MERCOSUR proponiéndose procedimientos diversos al efecto. Las normas vigentes contienen una solución para esta situación, coherente con los fines y objetivos del sistema del TA, y que el Tribunal acogerá.

81. El TA y su sistema normativo se hallan inscriptos en el TM 80, en cuyo ámbito y bajo la forma de un acuerdo de complementación económica de alcance parcial (ACE 18), son legitimadas las disposiciones preferenciales del MERCOSUR. En lo específico de las RNA, el ACE 18 en su artículo 11 admite la subsistencia hasta el 31-12-94 de aquellas contenidas en las NC. Se ha analizado ya el punto de la fecha concluyendo en que ésta ha de ser la del fin del Régimen de Adecuación. En cuanto al alcance de la eliminación de las RNA y medidas relacionadas con el comercio, ha de tenerse en cuenta el artículo 50 del TM 80 que señala las medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar para proteger determinados valores de naturaleza no comercial como la moralidad pública, la seguridad, el patrimonio artístico o lo relativo a materiales nucleares. Fluye claramente que sólo las medidas de esta naturaleza podrán mantenerse más allá de la fecha en que se completa la liberación comercial, con dos precisiones: (a) Aun así, sólo serán compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR, como en general con un proceso de integración, aquellas medidas efectivamente “destinadas” a proteger esos bienes -como lo dice el art. 11- no debiendo por tanto incidir en el comercio. Conclusión que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad, según recoge Soldatos (Op. Cit. p. 126), viene a confirmar al rechazar el establecimiento de condiciones o formalidades para la importación, cualquiera que fuere su forma, que distorsionen el comercio o “cuando esas medidas golpean más, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros o no están proporcionadas con el fin perseguido” y (b) Habrá de continuarse el proceso de armonización de esas medidas, como lo indican entre otras las Decisiones CMC 3/94 y 17/97. Todas las demás medidas no arancelarias aplicadas al comercio intra-MERCOSUR deberán ser eliminadas a más tardar al fin del plazo del período de adecuación.

Las medidas bajo el artículo 50 del TM, en su excepcionalidad, mantienen el paralelismo con las excepciones al desmantelamiento arancelario admitidas por los Estados, entre otros, en los sectores Automotriz y del Azúcar.

82. La mera incorporación a las operaciones de comercio exterior de nuevas tecnologías y la implementación de nuevos sistemas informáticos que se ajusten a las pautas establecidas en los párrafos precedentes no se consideran RNA.

Medidas NA anteriores y posteriores.

83. La línea argumental seguida por el Tribunal anticipa que la conclusión precedente abarca igualmente a las medidas contenidas en las NC al ACE 18 como a cualesquiera otras que se hubieran establecido o restablecido desde entonces. Reconociendo el papel central de la liberación comercial en el cumplimiento de los fines y objetivos del MERCOSUR, la naturaleza inseparable de sus vertientes arancelaria y no arancelaria y la obligación de eliminar totalmente las restricciones en ambas, concluyendo el proceso en la misma fecha, es un corolario natural de ello que no quepa restablecer restricciones no arancelarias eliminadas o imponer nuevas. Como no podrían restablecerse los aranceles.

84. Las Decisiones CMC N°s 3/94 (art. 4) y 17/97 (art. 6) son conformes a este criterio y reafirman la voluntad de las Partes de preservar la integridad del programa de liberación y su resultado de comercio libre sin restricciones dentro del MERCOSUR.

Conclusiones

85. La decisión del Tribunal se encuadra en las consideraciones precedentes y en el conjunto de las actuaciones de este procedimiento arbitral, todo lo cual debe considerarse parte de la decisión, y se sintetiza en los siguientes puntos:

- (i) La controversia planteada ha de situarse en el conjunto normativo del MERCOSUR, interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados asumieron en el contexto de un proyecto integrador común.
- (ii) La cuestión objeto de la controversia es la compatibilidad del régimen de licencias con el conjunto normativo del MERCOSUR.
- (iii) Los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aun en ausencia de normas de carácter supranacional.

- (iv) El TA y su sistema normativo contienen disposiciones que fijan objetivos y principios; que crean órganos para desarrollar la integración; y que establecen obligaciones concretas para los Estados. Entre éstas últimas se halla el programa de liberación comercial que debe ser completado tanto en lo arancelario como en lo no arancelario.
- (v) El programa de liberación comercial tiene un papel central en el TA y su sistema normativo al atacar el principal escollo tradicional para los esfuerzos de integración y al ser así sustento de las demás acciones en el MERCOSUR.
- (vi) El programa de liberación comercial está formado tanto por el abatimiento de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancelario como por la eliminación de todas las RNA y equivalentes. Las Partes están obligadas a completar ambos aspectos de la liberación comercial que están indisolublemente unidos y deberán hacerlo a la misma fecha.
- (vii) La postergación de la fecha de conformación del MC no deroga la obligación acordada en común por las Partes de eliminar totalmente las RA y NA, aunque obviamente deja de ser exigible el 31-12-94. Luego de la revaluación del MERCOSUR realizada por las Partes, la eliminación total de todas las RA y NA o medidas de efectos equivalentes u otras restricciones al comercio entre los Estados Partes deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación y con él el fin de las RA.
- (viii) La obligación de eliminar las medidas NA no alcanza a aquéllas comprendidas en el artículo 50 del TM 80, siempre que estén efectivamente destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos comerciales, según lo señalado en el párrafo 81. Las medidas bajo el artículo 50 deberán ser armonizadas.
- (ix) La obligación de eliminar las RNA alcanza tanto a las existentes al tiempo del TA como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas.

(x) La aplicación de las conclusiones precedentes al régimen de licencias determina a su vez lo siguiente:

--Las licencias automáticas son compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR en tanto no contengan condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero.

--Las licencias no automáticas solamente son compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR en tanto correspondan a medidas adoptadas bajo las condiciones y con los fines establecidos en el artículo 50 del TM 80 y con las precisiones establecidas en el numeral (viii) de estas conclusiones.

DECISIÓN:

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las normas y principios jurídicos aplicables, así como las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad-Hoc, en la “Controversia sobre Comunicados Nº 37 del 17 de diciembre de 1997 y Nº 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”, **acogiendo parcialmente la reclamación.**

Decide por unanimidad lo siguiente:

- I. El régimen de licenciamiento objeto de la controversia deberá ajustarse a los criterios establecidos en el numeral 85 precedente (Conclusiones), y en particular a sus párrafos (vi), (vii), (viii), (ix) y (x). El plazo al efecto será hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- II. Los costos del procedimiento arbitral serán sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente forma: Cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del

Arbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo, dentro de los treinta días de la notificación del laudo.

- III. Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y quedarán bajo su custodia.
- IV. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Dr. Juan Carlos Blanco
Arbitro Presidente

Dr. Guillermo Michelson Irusta
Arbitro

Dr. Joao Grandino Rodas
Arbitro