

LAUDO II

LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA RECLAMACION DE LA REPUBLICA ARGENTINA AL BRASIL, SOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCION Y EXPORTACION DE CARNE DE CERDO

En la ciudad de Asunción del Paraguay a los 27 días de setiembre de 1999, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la República Argentina y el Brasil sobre la existencia de subsidios a las exportaciones de carne de cerdo, se reúne con la finalidad de deliberar y dictar su decisión.

El tribunal está compuesto por su Presidente Dr. Jorge Peirano Basso, de la República Oriental del Uruguay y por los Dres. Atilio Aníbal Alterini y Luiz Olavo Baptista, árbitros indicados respectivamente por la República Argentina y el Brasil, países de los cuales son ciudadanos y residentes.

El Tribunal fue constituido de acuerdo con el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, modificado por el Protocolo de Ouro Preto, y la Dec. N° 17/98 del Consejo Mercado Común.

RESULTANDO:

Inicio del procedimiento ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR

1. La controversia se inició con la notificación de la reclamación presentada al Brasil por la Sección Nacional de la República Argentina, en la XXII reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR en agosto de 1997, por "Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo". Comenzó entonces la primera etapa de negociaciones entre las partes, prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.
2. Una vez agotado el plazo establecido en el Protocolo de Brasilia, sin que se obtuviese el resultado esperado, la República Argentina elevó su reclamación a la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) en la XXV reunión. En la segunda etapa del procedimiento, no habiéndose llegado a una solución satisfactoria solicitó el arbitraje, instalándose el Tribunal Arbitral.

Constitución del Tribunal Arbitral

3. El artículo 7 numeral 1 del Protocolo de Brasilia dispone: "Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los Capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente protocolo".
4. El Tribunal Arbitral es la segunda etapa de un iter que en este caso ya ha tenido sus dos primeras fases desarrolladas regularmente. Establece también el artículo 9 del Protocolo de Brasilia que el procedimiento arbitral tendrá lugar ante un Tribunal Arbitral ad hoc, compuesto por tres árbitros pertenecientes a la lista referida en el artículo 10.
5. Fueron designados árbitros el Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini por la Argentina, el Profesor Doctor Luiz Olavo Baptista por Brasil y el Profesor Doctor Jorge Peirano Basso, de Uruguay, Presidente del Tribunal Arbitral. No hubo objeciones o impugnaciones de las partes en cuanto a la elección de los árbitros.

6. Los árbitros aceptaron el cargo y firmaron la declaración a que se refiere la Decisión N° 17/98 del Consejo Mercado Común (CMC), la cual se halla archivada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
7. Constituido el Tribunal, el día siete de abril de 1999, dictó las Reglas de Procedimiento conforme lo establece el artículo 15 del Protocolo de Brasilia, lo cual se comunicó a las partes.
8. Las reglas aseguran el derecho de manifestarse y el principio del contradictorio, y en audiencia presentar y debatir argumentos, pruebas y contrapruebas. Las reglas se orientan a que el proceso se realice de forma expeditiva y económica.
9. Las partes solicitaron conjuntamente dos veces la suspensión del curso del proceso, a lo cual el Tribunal accedió.
10. El primer pedido de prórroga, por 60 días corridos, fue solicitado el 16 de abril de 1999, venciendo el plazo el 15 de junio del mismo año. El tribunal determinó como fecha límite para la presentación de las pretensiones de las partes, el 27 de junio de 1999.
11. El 16 de junio, nuevamente las partes solicitaron una prórroga por 30 días adicionales, que fue concedido por el Tribunal Arbitral. La culminación del Proceso Arbitral se fijó para el 27 de setiembre de 1999.
12. Los Estados Partes presentaron sus respectivos escritos, informando al Tribunal sobre las instancias cumplidas anteriormente y expusieron los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones.
13. Los representantes y asesores por ellos designados ante el Tribunal Arbitral, comparecieron a la audiencia que fue realizada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR el día 7 de setiembre de 1999, presentando sus respectivos argumentos y pruebas. Asimismo, respondieron las preguntas formuladas por los Arbitros, cerrándose la fase probatoria.
14. Después de la audiencia la República Argentina presentó un escrito ampliatorio, confiriéndose traslado del mismo al Brasil. Los árbitros decidieron no examinar los nuevos elementos presentados, tomando en consideración solamente aquellos argumentos ya expuestos en instancias anteriores.
15. Dicho esto, se pasa a examinar las posiciones de las partes y sus argumentos de hecho y de derecho.

Reclamo de la República Argentina

16. La reclamación hecha por la República Argentina trató inicialmente sobre los procedimientos y normas brasileñas que entiende caracterizan subsidios a la exportación de carne de cerdo, solicitando la corrección por parte del Brasil de esa normativa, por considerar que causa distorsiones que afectan la competitividad de los productos argentinos.
17. Dicha práctica, según entiende, sería violatoria de los compromisos asumidos por los Estados Partes en el Tratado de Asunción, principalmente el de la obligación de garantizar las condiciones equitativas de competitividad para los agentes económicos de la región.
18. La reclamación señala las medidas que constituirían subsidios. Posteriormente, ante la CCM, fueron presentados nuevos hechos y argumentos.

19. El reclamo presentado inicialmente se refería a la existencia de stocks públicos de maíz (CONAB), al PROEX y a los Anticipos de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipos de Contratos de Exportación (ACE). Después, la República Argentina agregó nuevos argumentos referidos a este último ítem e introdujo un nuevo reclamo referido al Crédito Presunto de IPI (Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados).

20. En esencia, la argumentación argentina con relación a la CONAB es la siguiente:

La República Argentina cuestionó el sistema brasileño de stocks públicos de maíz para la compra, almacenamiento y venta del producto, así como la forma de administración del mismo por la CONAB, que incluye fijación de precios de liberación de stocks (PLE), lo cual permitiría la transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos.

Esta transferencia se produciría por medio de la estabilización de precios de maíz en los períodos de entre zafra, evitando el alza de los mismos. En los ciclos de precios altos en el mercado internacional, el mecanismo neutraliza los efectos del aumento en el mercado interno brasileño, en beneficio de los productores locales de cerdos, permitiéndoles adquirir el cereal a precios inferiores a los vigentes en el mercado internacional.

La República Argentina entiende que este es un incentivo sectorial, cuyo beneficio se transfiere a las exportaciones de carne de cerdo destinadas al mercado regional, permitiendo la venta de estas mercaderías a precio inferior al que tendrían si no hubiese intervenido la CONAB. Por eso, concluye que la carne de cerdo exportada de Brasil para el MERCOSUR, incorpora un subsidio perjudicando la producción argentina, por las importaciones de productos subvencionados.

Esa práctica constituiría una violación por parte de Brasil de la Decisión CMC N° 10/94 que prohíbe ciertos tipos de incentivos a la producción y a la exportación.

21. Programa de financiamiento de las exportaciones (PROEX)

La segunda reclamación de la Argentina refiere al PROEX, programa brasileño de asistencia financiera de las exportaciones de bienes y servicios que opera a través de dos modalidades:

a) Equivalencia de tasas de interés

Este sistema consiste en el pago de la diferencia entre la tasa de captación de recursos admitida por el Banco Central de Brasil y una tasa mínima internacional de captación (la referencia es el LIBOR).

El financiamiento otorgado por el BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social) establece un spread que es llamado ecualización, que es financiado por el Tesoro Nacional con recursos establecidos anualmente por el Poder Ejecutivo.

b) Financiamiento de exportaciones de bienes y servicios

Este sistema se realiza a través del PROEX, mediante el descuento de los títulos representativos en las exportaciones a plazo. El monto financiado alcanza el 85% del principal y la tasa de interés cobrada por los préstamos corresponde a la tasa libor, conforme es divulgada por el Banco Central de Brasil.

El uso del PROEX en cualquiera de sus dos modalidades de operaciones de exportación al MERCOSUR, constituye según el reclamante un incentivo brasileño a la exportación, prohibido por la Decisión CMC N° 10/94. Ello, porque representa un subsidio a los bancos financiadores, destinado a beneficiar a los exportadores. Por lo tanto, constituye una intervención directa del Gobierno Brasileño que subsidia el diferencial de tasas a los bancos que operan con el programa, utilizando fondos que provienen del Tesoro Nacional. El diferencial de tasas de interés da al exportador brasileño una ventaja

financiera, que le permite exportar a un precio inferior al que resultaría si las operaciones financieras fueran hechas a las tasas de interés internas vigentes para las ventas destinadas al mercado interno.

22. Uso de otros instrumentos financieros (ACC y ACE)

Reclama Argentina, que las exportaciones brasileñas se benefician también de otros mecanismos promocionales de financiamiento a las exportaciones contraviniendo lo preceptuado por la Decisión CMC N° 10/94.

Los instrumentos financieros usados son el Adelanto de Contrato de Cambio (ACC) y un Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) los cuales son pactados entre empresas exportadoras y bancos comerciales del Brasil.

Alega la reclamante que la intervención estatal, mediante la utilización de los mecanismos de ACE y ACC, permite a los exportadores brasileños contratar con los bancos comerciales, tasas de interés del 12% al 15% al año, en dólares. La tasa de interés interna estaría próxima al 30%.

Los ACC y ACE ofrecen tasas de interés reducidas porque el Gobierno Brasileño interviene en el mercado financiero sancionando normas que eximen a las entidades financieras de las obligaciones de orden fiscal y monetario.

Estos privilegios abaratan el costo de los préstamos que son hechos con tasas de interés reducidas artificialmente, a un nivel inferior al que debería regir en condiciones de mercado.

La República Argentina afirma que la Dec. CMC N° 10/94 no habilita a los Estados Partes a implementar mecanismos de promoción de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo.

En el caso de los ACC y ACE esos incentivos serían:

a) Arbitraje de tasas de interés

La diferencia entre las tasas de interés de mercado y las obtenidas a través de ACC y ACE, daría causa a la práctica del arbitraje de tasas de interés.

La ganancia derivada del arbitraje financiero, permitiría la posibilidad al exportador brasileño de reinvertir los recursos obtenidos a través de ACC y ACE a tasas de interés internas en reales. De esta forma, habría una ganancia obtenida en función de la diferencia entre las tasas de interés interna y externa, producida por el mecanismo del subsidio.

b) Exoneración del IOF

El Decreto N° 2219 de mayo de 1997, que reduce la alícuota del impuesto sobre las operaciones financieras (IOF) de 25% al 0% para las operaciones de cambio vinculadas a las exportaciones de bienes y servicios, sería un incentivo a los bancos para que concedieran los ACC y ACE. La Portaria del Ministerio de Hacienda N° 05/99 excluye las operaciones de cambio del aumento generalizado de las alícuotas de IOF, manteniendo la ventaja.

c) Exoneración de encaje

La circular del Banco Central N° 2534 de 11/01/95 que elimina el requisito de encaje en las operaciones ACC y ACE, sería otra forma de incentivar a los bancos para que den ventajas a los exportadores.

23. Crédito Presunto de IPI (Restitución de PIS/COFINS)

A través de esta concesión el Gobierno Brasileño devuelve al productor exportador, el valor de las contribuciones de PIS y COFINS de las compras de materias primas y productos intermedios de los bienes destinados a la exportación. Esta restitución es

realizada a través de un "Crédito Presumido de IPI" equivalente al 5,37% sobre el costo de los insumos de la cadena productiva.

El subsidio según el reclamante es el siguiente:

- a) La devolución (5,37%) es superior al pago de PIS y COFINS, en los casos de productos e insumos que no requieren varias etapas de elaboración como la carne de cerdo. Esto representa para la empresa productora o exportadora el otorgamiento de un crédito fiscal que excede el débito efectivamente incurrido en las contribuciones sociales y que permite ofrecer un precio menor, transformándose en una ventaja competitiva para los productores brasileños de carne de cerdo.
- b) De acuerdo con las normas vigentes del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de OMC, el PIS y COFINS por ser contribuciones sociales no pueden ser restituidos.

Además, la restitución de estas contribuciones no se incluye entre las excepciones previstas en el art. 12 del Dec. CMC N° 10/94.

Respuesta del Brasil

24. Desde el inicio del procedimiento, el Brasil niega la admisibilidad de las reclamaciones argentinas.
25. El Gobierno Brasileño alegó como cuestión preliminar que el argumento referente al "Crédito presumido de IPI" y los argumentos adicionales sobre ACC y ACE no constaban en el objeto del Reclamo Argentino. Entiende que 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 Brasilia, solo deben ser considerados los hechos y los argumentos presentados al inicio de la reclamación.

La respuesta brasileña contesta la argumentación argentina en cuatro aspectos:

26. Sistemas de stocks públicos de maíz

Examinando esta cuestión, el Brasil rechaza la afirmación de Argentina de que ha existido violación de la Decisión CMC N° 10/94, puesto que ésta se refiere a incentivos a las exportaciones y no a incentivos a la producción. Si hubiese incentivo, alega, no sería a la exportación sino a la producción 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, Brasil afirma que hasta el presente no hay norma del MERCOSUR que prohíba el sistema de stocks públicos de maíz o el mantenimiento de precios de productos agrícolas.

Sostiene además, que no hay relación entre la formación y la venta de los stocks y los supuestos incentivos a las exportaciones. Como la venta se hace en licitaciones públicas, el precio de venta es el precio de mercado establecido en las mismas.

Argumenta el gobierno brasileño, que las ventas son hechas por valor no inferior a las condiciones vigentes de mercado, y por ende, no hay beneficio a los productores de carne de cerdo en el sentido del art. I del ASMC.

Afirma que los precios de maíz en el mercado brasileño, acompañan la tendencia de los precios existentes en los mercados externos de referencia y presenta una serie histórica de precios de maíz, para demostrar que estos estaban habitualmente por encima de los precios externos de referencia. Y si hubiese algún beneficio, éste favorecería tanto a las

ventas externas de carne de cerdo, como a las ventas del mercado doméstico, no configurándose el subsidio.

Concluye el Gobierno Brasileño, 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.

Manifiesta finalmente que la Decisión CMC N° 10/94 es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado.

27. Programa de financiamiento a las exportaciones (PROEX)

Para el gobierno brasileño no procede la reclamación argentina del PROEX, porque el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio aprobó la Portaria N° 93 de 23/03/99 estableciendo la imposibilidad de utilizar el PROEX en sus dos modalidades, para las exportaciones de bienes de consumo destinados al MERCOSUR.

Reafirma su posición sosteniendo que no utilizó el PROEX en las exportaciones de bienes de consumo para los países de MERCOSUR.

28. Uso de otros instrumentos financieros (ACC y ACE)

De acuerdo con la respuesta brasileña, las operaciones de ACC y ACE se realizan internamente en la esfera privada, sin intervención del sector público y no suponen contribuciones financieras por parte del gobierno, no existiendo concesión de ningún beneficio. Además el ACC y ACE no son operaciones de crédito, sino una anticipación de precio de compra de moneda extranjera por los bancos.

Entiende también que no procede la afirmación de la reclamante, sobre la eximición a los ACC/ACE del mecanismo de encaje obligatorio regulado por el Banco Central.

a) Arbitraje de tasas de interés.

Con relación a la alegación argentina de que fue creado un sistema de arbitraje para favorecer a los exportadores de carne de cerdo, Brasil contesta afirmando que no hay ningún mecanismo formal de ese tipo creado o administrado por el Gobierno. Existe apenas una realidad de mercado, que es el costo de oportunidad para el caso que el exportador pueda efectuar transitoriamente inversiones en el mercado financiero nacional, pudiendo obtener ganancias por el diferencial de tasas, hasta el momento de destinar los recursos a la producción de la mercadería exportada.

La desnaturalización de la operación de ACC está prohibida por la reglamentación del Banco Central, aplicándose una pesada multa en caso de incumplimiento del compromiso del exportador de embarcar la mercadería.

b) Exención de IOF

Con relación a la exención de IOF, sostiene Brasil que la alícuota de este impuesto es cero, debido a que para la legislación brasileña no constituye financiamiento. Afirma el gobierno brasileño que los ACC y ACE son compras, a término de divisas, realizadas por los bancos y las operaciones de venta de moneda extranjera, a esos efectos, no están sujetas al IOF.

Explica que si no hubiera embarque de mercadería y el contrato de cambio fuera cancelado, en ese caso, la operación sería pasible del IOF.

c) Exoneración del encaje obligatorio para los bancos

Expresa el Brasil, que no procede tampoco la argumentación de la reclamante sobre el privilegio de la exención del encaje obligatorio, conferido a los ACC/ACE por el Banco Central.

En el caso de ACC/ACE no existe el encaje obligatorio del Banco Central de acuerdo con la regla general aplicable a todas las operaciones financieras pasivas.

29. Crédito presunto de IPI (Impuesto a los Productos Industrializados)

Para el Gobierno Brasileño no hay subsidio ni violación de la Decisión CMC N° 10/94 porque las contribuciones PIS y COFINS configuran tributación indirecta y por tanto su restitución es permitida tanto por la Decisión CMC N° 10/94 como por las reglas de OMC.

El PIS/COFINS es un tributo indirecto para el sistema jurídico brasileño en razón de la caracterización de su hecho generador. A su vez, la operación de crédito presunto es solamente un registro de débito/crédito no pudiendo haber un reintegro superior al pago efectuado. Por ende, no hay subsidio a la exportación.

30. Conclusiones de CCM

De acuerdo con lo establecido en el art. 21 del Protocolo de Ouro Preto y su Anexo, la Comisión de Comercio de MERCOSUR en la reunión del 3 de febrero de 1998 (Acta N° 1/98) examinó la reclamación, y ante la imposibilidad de llegar a una solución consensuada convocó a un Comité Técnico para analizar la controversia.

Finalmente, en la reunión realizada el 3 de marzo de 1998 (Acta N° 2/98) los miembros del comité Técnico no habiendo llegado a una solución común, presentaron sus conclusiones por separado, dando lugar a que las partes iniciaran la etapa arbitral.

CONSIDERANDO

Aspectos de Procedimiento

31. El presente Tribunal ha sido constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia y su Reglamento, y con el Protocolo de Ouro Preto. En particular han sido sustanciadas las etapas previas al arbitraje requeridas por el Protocolo de Ouro Preto, ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (Reuniones agosto de 1997, diciembre de 1997 y marzo de 1998), reunión bilateral de Estados (octubre de 1997), Comité Técnico (marzo de 1998), y Grupo Mercado Común (XXIX Reunión).
32. El procedimiento arbitral ha sido 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 Cap. IV del Protocolo de Brasilia.
33. El Protocolo de Brasilia trata dos tipos de controversias: a) las que surgen entre los Estados Partes (Capítulo I, II, III, y IV) y b) las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares (Capítulo V y IV).
34. En ambos casos, el texto prevé un procedimiento compuesto de tres etapas necesarias y sucesivas. La culminación de cualquiera de las dos primeras etapas no produce efectos jurídicos salvo el de habilitar la instancia siguiente. Y en ambos casos, la tercera etapa constituye un arbitraje, el que está regulado por las mismas disposiciones.
35. Lo precedentemente expuesto merece ser destacado por cuanto evidencia que el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan solo de la etapa arbitral. En cambio, no se encuentra presente en las etapas previas.
36. En lo que refiere específicamente a los procedimientos para la solución de controversias promovidos a impulso de particulares –como ocurre en la especie- estos deberán aportar

a la Sección Nacional correspondiente elementos de juicio que le permitan comprobar la verosimilitud de la violación del orden jurídico aplicable, así como la existencia o amenaza de perjuicio.

37. Al respecto, dispone el num. 1 del art. 26 del Protocolo de Brasilia que “Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”. Agrega el num. 2 de la misma norma que “Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio”.
38. Del claro tenor de la disposición precedentemente transcrita se desprende que la Sección Nacional analiza lo que en el Derecho procesal se llama el “fumus bonis juris” es decir, en qué elementos se apoya la verosimilitud del derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio. Claramente, se está en una etapa en la cual todavía no ha entrado a funcionar el procedimiento arbitral; su único efecto es —en caso de que la valoración de la Sección Nacional sea positiva— habilitar el paso a la etapa siguiente. Superadas favorablemente las etapas previas, recién se ingresa al procedimiento arbitral, de naturaleza jurisdiccional.
39. De acuerdo con el art. 25 del Protocolo de Brasilia, el procedimiento previsto a impulso de los particulares, tiene lugar únicamente con motivo de la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común”. El Protocolo de Ouro Preto agrega a este artículo las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 43. párrafo único).
40. En el marco del proceso arbitral propiamente dicho rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan. Tal como ocurre en los Derechos Procesales Internos, la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares, no exonera de la prueba debida a ser rendida en el proceso principal.
41. A juicio del Tribunal, en consecuencia, no basta que se alegue la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal contra el sistema normativo del MERCOSUR, sino que es necesario además que los Estados Partes prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de dicha violación.
42. A los efectos de la resolución de la controversia, el Tribunal habrá de considerar y valorar la prueba ofrecida por las partes en el presente procedimiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con las Reglas de Procedimiento adoptadas por el mismo.

Objeto de la litis

43. El procedimiento de solución de controversias en el MERCOSUR se desenvuelve en diferentes fases. Si no hubiera acuerdo en la etapa de negociación diplomática, se deja paso a la segunda etapa que es arbitral. Estos procedimientos forman parte de un mismo iter, destinado a encontrar una solución al conflicto.
44. El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en

la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas. Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias del MERCOSUR.

45. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esto no significa que las partes no puedan complementar y profundizar la argumentación en que se base su reclamación u oposición, en su caso, dado que esto no es más que ejercer su derecho de defensa.
46. Es importante recordar aquí el laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del MERCOSUR (del 28 de abril de 1999, No. 53) "... Es claro, que tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, impone que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla".
47. 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, vinculadas a la existencia o no de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo por Brasil.
48. El primer punto de controversia es el relativo a si la aplicación del Sistema de Stocks Públicos de Maíz establecidos por la Ley No. 8.171 de 17/01/91 y por la Portaria Interministerial No. 182, de 22/08/94 del Gobierno del Brasil implica la concesión de subsidios incompatibles con las normas del Mercosur.
49. El segundo punto de la controversia es el reclamo vinculado al Programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX), sancionado por el Gobierno del Brasil mediante la ley No. 9.198 del 1/6/91 tanto en sus modalidades de financiamiento de exportaciones de bienes y servicios como de ecualización de tasas.
50. El tercer punto de controversia es el relativo a la utilización de los mecanismos de ACC (Anticipo de Contrato de Cambio) y ACE (Anticipo de Contrato de Entrega) por parte de los exportadores brasileños.

En esta materia, la reclamación original de la República Argentina no especificaba en qué consistían los subsidios a la financiación de exportaciones por parte del Gobierno del Brasil, limitándose a señalar el efecto económico que dichos mecanismos generaban en las tasas de interés y en la posibilidad de arbitraje financiero. No obstante, en la presentación realizada ante este Tribunal, la República Argentina especificó cuáles eran los mencionados subsidios, sosteniendo que los mismos consistían en exoneraciones y reducciones tributarias y exoneración de encajes.

Si bien el Estado Parte tiene la obligación de detallar con precisión el objeto de la reclamación al momento de la promoción del reclamo inicial, presentándose dudas respecto al cumplimiento de dicho requisito por parte de la República Argentina, este Tribunal se inclina por admitir en el presente caso las aclaraciones y nuevas fundamentaciones realizadas por dicha Parte.

Por tanto, el tercer punto de controversia lo constituye 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 del MERCOSUR.

51. Este Tribunal entiende que el reclamo vinculado al Crédito presunto del Impuesto a los Productos Industrializados (IPI) mediante el cual se reintegran en las exportaciones las

contribuciones del Programa de Integración Social (PIS) del Programa de Formación del Patrimonio del Servicio Público (PASEP) y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social (COFINS) está fuera del objeto del proceso. Dicho reclamo no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

52. Antes de pasar a considerar los puntos objeto del litigio, conviene precisar las fuentes normativas que el Tribunal deberá considerar para la resolución del presente conflicto.

Marco Jurídico Aplicable

53. El Protocolo de Brasilia enuncia las fuentes normativas del Mercosur, disponiendo en su artículo 19: "El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.
54. El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 41). Dicho Tratado esclarece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) "tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país" (art. 42).
55. La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios. Cabe a este respecto recoger la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR reafirmada en el Laudo del Tribunal Arbitral AD-HOC (de fecha 28 de abril de 1999, num. 57), el cual destaca que: "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"; y núm. 65 que dice: "...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". Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso.
56. La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR "los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia" (art. 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual

requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional.

57. En un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En éste ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de ALADI y en un círculo más interno, las normas del MERCOSUR. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración.
58. En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común N° 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de Incentivos a las Exportaciones por parte de los Países Integrantes del MERCOSUR, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del MERCOSUR, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.
59. A la luz de dicho sistema normativo es que deberá abordarse la dilucidación de la controversia planteada, a cuyos efectos resulta indispensable desentrañar el concepto de subsidio, tanto en el ámbito internacional de la OMC, como en el regional del MERCOSUR.

Concepto de Subsidio

60. Fue durante la Ronda de Tokio, aún durante la vigencia del GATT, que se elaboró el antiguo Código sobre Subsidios y Medidas Compensatorias. Su defectuosa regulación dio origen a muchas controversias, en especial entre Estados Unidos y la Comunidad Europea, lo cual determinó que la Ronda Uruguay del GATT abordara la definición de un nuevo concepto de subsidio.
61. En el ámbito de la OMC, se ha señalado que la existencia de subsidios requiere de la configuración de tres elementos: la existencia de una contribución financiera del gobierno, la existencia de un beneficio y que el subsidio sea específico.
62. Conforme al art. 1 del ASMC, la existencia de una contribución financiera puede ser hecha por un gobierno o por un organismo público y debe implicar alguna de las siguientes hipótesis: a) 1) (i) una contribución de fondos (como donaciones, préstamos y aportaciones de capital); o una transferencia directa o potencial de fondos; o la asunción de una obligación (como garantía de préstamos); (ii) una condonación o no recaudación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían (como en el caso de incentivos fiscales o créditos fiscales); (iii) el suministro de bienes o servicios (que no sean de infraestructura general) o la compra de bienes; (iv) la realización de pagos por el gobierno para un mecanismo de financiación o la encomienda por el gobierno a una entidad privada una o varias de las funciones antes descriptas que normalmente incumbirían al gobierno; a) 2) la existencia de alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.
63. La segunda condición para que exista un subsidio es la existencia de un beneficio. El beneficio ha sido entendido como una ventaja, dada a una empresa o rama de producción, a través de una acción del gobierno, en términos más ventajosos que la práctica usual de mercado.
64. La tercera condición es que el subsidio sea específico (art. 2). Para determinar si un subsidio es específico a una empresa o rama de producción, o un grupo de empresas o

ramas de producción, dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, deben ser aplicados los siguientes principios: 2.1. a) el subsidio es específico si la autoridad o la legislación pertinente explícitamente limita el acceso a un subsidio para ciertas empresas o ramas de producción. b) El subsidio no es específico si la autoridad o la legislación establecieren criterios objetivos o condiciones de elegibilidad para el subsidio o para su cuantía, en la medida que la elegibilidad sea automática y claramente determinada por la ley, reglamento o documento oficial. c) En la determinación de la especificidad otros factores pueden ser considerados como: el uso de un programa de subsidios para un número limitado de empresas, o el uso predominante del subsidio por ciertas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subsidios a determinadas empresas y la forma como la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder el subsidio. 2.2) Se considerará específico en la medida que el subsidio sea limitado a ciertas empresas localizadas dentro de una región geográfica determinada, de la jurisdicción de la autoridad otorgante.

65. En el ámbito de la OMC, tres categorías de subsidios han sido establecidas: prohibidos (rojos), recurribles (amarillos) y no recurribles (verdes). Para cada categoría, diferentes tipos de recursos han sido previstos.

i) *Subsidios rojos o prohibidos*

Dos tipos de subsidios son considerados rojos o prohibidos: a) los subsidios supeditados *de jure o de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones; b) los subsidios vinculados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición única o entre otras varias condiciones. El Anexo I del ASMC contiene una Lista Ilustrativa de Subsidios a la Exportación.

En el caso de subsidio prohibido, dos tipos de recursos fueron previstos. Si un miembro tuviera razones para creer que otro miembro concede o mantiene un subsidio prohibido, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultas. También podrá pedir el establecimiento de un panel para analizar el conflicto, dentro del Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC y, si fuera el caso, aplicar contramedidas apropiadas en caso que el otro miembro no termine con la práctica del subsidio.

ii) *Subsidios amarillos o recurribles*

Son considerados subsidios recurribles aquellos que causan daño a la rama de producción nacional de otro miembro o perjuicio grave a los intereses de otro miembro o anulación o menoscabo de las ventajas concedidas directamente o indirectamente a otros miembros, en particular de las ventajas de las concesiones tarifarias.

En el caso de los subsidios recurribles, dos tipos de recursos fueron previstos: la celebración del mecanismo de consultas; o el pedido de establecimiento de un panel dentro del Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC, con el objetivo de conseguir el fin de la práctica de subsidios.

En el caso que el subsidio estuviera causando daño a la industria doméstica, el miembro puede iniciar una investigación interna para la aplicación de medidas compensatorias, dentro de las reglas establecidas por el Acuerdo.

iii) *Subsidios verdes o no recurribles*

El Acuerdo establece que se considerarán no recurribles los siguientes subsidios: a) Los subsidios que no sean específicos; b) Los subsidios que sean específicos pero que cumplan las condiciones establecidas en el Acuerdo. El Acuerdo agrega que no serán recurribles los siguientes subsidios, aunque sean específicos: la asistencia a actividades de investigación en determinadas condiciones; la asistencia para regiones

desfavorecidas situadas en el territorio de un miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional, con determinadas condiciones de renta *per capita* y desempleo; la asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos, con determinadas condiciones.

En el caso de subsidios no recurribles, dos tipos de recursos fueron previstos en el Acuerdo. El mecanismo de consulta, cuando el miembro tenga razones para creer que tal programa ha tenido efectos desfavorables graves para su rama de producción nacional, capaces de causar un perjuicio difícilmente reparable o si fuera el caso, someter el asunto al Comité sobre Subsidios, que puede recomendar alteraciones al programa de forma de eliminar sus efectos adversos.

66. En el ámbito regional, la Decisión N°10/94 en su art. 1 estipula 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 Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión". Si bien la redacción de la Decisión N°10/94 es anterior a la actual definición de subsidios del ASMC dada por la Ronda Uruguay, no contraría ninguna disposición del nuevo sistema de la OMC, sino que es más estricta, siendo su propósito el de la liberalización progresiva del comercio y eliminación de los obstáculos que pesan sobre el libre comercio entre las Naciones del MERCOSUR.

67. La Decisión N°10/94 contiene previsiones expresas sobre determinados incentivos a la exportación, tales como: beneficios cambiarios (art. 3), créditos de fomento y financiamiento a las exportaciones por parte de los Estados Miembros (art. 4), reintegro de impuestos indirectos (art. 5), exención del pago de tributos internos indirectos (art. 6), régimen de admisión temporaria (art. 7), depósito aduanero (art. 8), depósito industrial (art. 9) y excepciones (art. 12). La Decisión expresamente dispone en su art. 10 que "Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los Artículos 6, 7, 8 y 9 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".

68. A la luz de dicho marco conceptual se deberán considerar los puntos objeto de controversia.

Sistema de regulación de stock de maíz (CONAB)

69. La República Argentina alega la existencia de subsidios a la producción de carne de cerdo por parte del Brasil mediante el sistema de la CONAB de constitución y mantenimiento de stocks reguladores y estratégicos creados por la Ley No. 8171/91 y las Portarias Interministeriales 657/91 y 182/94, cuyos beneficios se trasladarían a las exportaciones de carne de cerdo.

70. La República Argentina cuestiona dicho sistema, entre otras razones, por la circunstancia de que el precio al que la CONAB vende la mercadería no guardaría relación con el que compra, lo cual determinaría la posibilidad de venta a un precio inferior al de compra, absorbiendo el Tesoro Nacional el importe de la diferencia.

71. Sin perjuicio de que no ha sido probado en el presente procedimiento arbitral que se haya producido alguna transferencia de recursos del Tesoro Nacional al CONAB en algún período concreto, sino que por el contrario de las pruebas aportadas por los Estados Partes surge que en el período enero 90 / noviembre 98 el precio interno del maíz estuvo por encima de los precios internacionales -con la excepción de unos meses (marzo/setiembre 1996)- y que tampoco fue probado de qué forma incidiría una eventual

transferencia de recursos del Tesoro Nacional en los precios de exportación de carne de cerdo, cabe igualmente realizar algunas consideraciones generales respecto del sistema, que cuestionan la existencia de subsidios no permitidos por la normativa del ASMC o del MERCOSUR.

72. En primer lugar, el sistema de la CONAB ha sido instituido con carácter general para constituir y mantener stocks reguladores y estratégicos de diversos productos agrícolas, entre los cuales se encuentra el maíz, con el objetivo de garantizar la compra al productor, asegurar el abastecimiento y regular la estabilización del precio en el mercado interno. Dicho sistema implica un cierto grado de intervencionismo del Estado Brasileño en la agricultura –que más allá de su bondad o conveniencia, o incluso de su necesidad de armonización con las políticas agropecuarias de los restantes países miembros del MERCOSUR- reviste un grado de generalidad tal que trasciende totalmente la producción y la exportación de carne de cerdo.
73. Desde un punto de vista técnico, este Tribunal debe considerar si dicho sistema constituye una política específica para los productores de carne de cerdo de Brasil, tal como lo requiere el art. 2 del ASMC, considerando si el acceso a los beneficios del sistema está limitado a ciertas empresas o ramas de producción; o si la utilización del beneficio en la práctica está circunscripto a un número limitado de empresas o si crea una situación de hecho equiparable a la de derecho.
74. Pues bien, resulta claro que el beneficio no reviste tal carácter de especificidad. La circunstancia de que la venta se realice mediante licitaciones públicas, a las cuales tienen acceso todos los operadores del mercado, incluso otros sectores de la producción nacional brasileña, como asimismo operadores de otros países de la región, descarta toda posibilidad de especificidad.
75. Este Tribunal considera que el sistema de la CONAB tampoco configura un incumplimiento del art. 11 de la Decisión N°10/94, el cual dispone que los Estados Parte “instrumentarán las medidas que resulten necesarias para evitar que otros incentivos sectoriales, regionales o tributarios, que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva / exportadora, se apliquen al comercio intra-regional”. Dicha norma, además de no resultar directamente aplicable al sistema de la CONAB, requiere de implementación, no siendo directamente invocable como generadora de derechos u obligaciones concretas.
76. Por los fundamentos expuestos, no se hará lugar a la reclamación del Gobierno de la República Argentina en materia de sistema de stocks públicos de maíz de la CONAB.

PROEX

77. El sistema de Programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX) sancionado por el Gobierno del Brasil mediante la ley N° 9.198 del 1/6/91 y posteriormente derogado por la Medida Provisoria N° 1.771-25 del 8/4/99, se halla fuera de discusión entre las partes, luego que Brasil manifestó que la Portaria MDIC 93 del 23 de marzo de 1999 “torna insubsistente el objeto de la Reclamación en lo que a ella se refiere” (Memorial presentado ante este Tribunal Arbitral).
78. El Representante de ese país, en la audiencia celebrada el día 7 de setiembre de 1999, manifestó que “el petitorio de Argentina está cumplido”, porque Brasil ha decidido no permitir la utilización del PROEX para el MERCOSUR en cualquiera de sus modalidades, esto es, sustancialmente, la de financiación a las exportaciones y la de equalización de tasas de interés, para las exportaciones de bienes de consumo en el MERCOSUR.

79. En consecuencia, corresponde resolver este aspecto de la controversia declarando que Brasil entiende cumplida la pretensión de la República Argentina al haber prohibido la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX) en cualquiera de sus modalidades, para bienes de consumo en el MERCOSUR (incluyendo las exportaciones de carnes porcinas).

Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y anticipo de Contrato de Exportación (ACE)

80. La República Argentina afirma que los mecanismos de financiación a las exportaciones de Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) creados por el Brasil, se benefician de reducciones o exenciones tributarias y de otro orden que resultan contrarias a la Decisión del CMC N°10/94.
81. El Brasil sostiene en cambio que los mecanismos de ACC y ACE son instrumentos de mercado de los bancos privados y no mecanismos de financiamiento ofrecidos por el Gobierno y no constituyen subsidios en los términos del artículo 1.1. del ASMC, no estando tampoco cubiertos por la Decisión N°10/94. Argumenta que el equívoco básico de la Reclamación argentina consiste en presuponer la naturaleza crediticia de las operaciones, cuando las ACC y ACE constituyen anticipos de entrega de valor, en moneda nacional, prevista en el contrato de compra o venta de cambio. Se trataría de la contrapartida anticipada de la obligación recíproca del exportador de entregar al banco moneda extranjera futura.
82. Este Tribunal no comparte la argumentación del carácter no crediticio de los mecanismos de ACC y ACE, en la medida que se trata de instrumentos financieros que tienen por efecto proveer financiamiento por parte de los bancos privados a los exportadores, que éstos deberán devolver al momento de cumplimiento o pago de la exportación.
83. Corresponde analizar, entonces, si las exoneraciones o reducciones tributarias establecidas por el Brasil constituyen incentivos a la exportación cubiertos por la Decisión N°10/94. Dichos beneficios consisten en la reducción de la alícuota del Impuesto a las Operaciones Financieras (IOF) del 25% a 0%, para operaciones de cambio vinculadas a exportaciones de bienes y servicios; la reducción a 0% de la alícuota de la Contribución Provisoria sobre Movimiento o Transmisión de Valores y de Créditos y Derechos de Naturaleza Financiera (CPMF) a los ACC; y la reducción a 0% de la alícuota del Impuesto a la renta sobre las ganancias en los casos de intereses y comisiones por créditos obtenidos en el exterior con destino al financiamiento de exportaciones y de intereses sobre el descuento en el exterior de títulos cambiarios de exportación y las comisiones relativas a dichos títulos. Asimismo, otro beneficio consiste en la exoneración del requisito de encaje obligatorio a las operaciones activas de ACC y ACE dispuesta por el Gobierno de Brasil, si bien el mismo ha sido suspendido.
84. El ámbito de aplicación de la Decisión N°10/94 sobre incentivos a las exportaciones está dado por su art. 1, el cual dispone: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión".
85. La remisión genérica a las normas del GATT, determina que resulte necesario analizar si las exoneraciones y reducciones en cuestión, configuran subsidios en el ámbito del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). A este respecto, el Anexo I del ASMC establece que serán considerados subsidios prohibidos la concesión por los gobiernos de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con este fin (o a aquellos que

- tendrían que pagar si acudiesen a los mercados internacionales de capital para obtener fondos al mismo plazo, con las condiciones de créditos y en la misma moneda que los créditos a la exportación), o el pago de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos, en la medida que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación.
86. Similar disposición contiene la Decisión N°10/94, cuyo art. 4 dispone: “Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento a sus exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes”.
87. Si bien ambas normas se refieren a financiamientos otorgados por los Estados, lo cual no se da en el caso de los instrumentos de ACC y ACE, marcan igualmente un principio en cuanto al concepto de subsidio vinculado al financiamiento de exportaciones, el cual se configuraría en la medida que las condiciones de financiamiento se apartaran de las tasas de interés compatibles aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes. Parece claro, además, que no se podría realizar una violación indirecta de dichas normas internacionales. En tal caso habría subsidio, entre otros aspectos, porque el propio concepto de contribución financiera de los Estados contenido en el ASMC supone la condonación o no recaudación de ingresos públicos que en otro caso se percibirán (como en el caso de incentivos fiscales o créditos fiscales).
88. La configuración de subsidio, depende en consecuencia de elementos de hecho, vinculados en el caso al nivel de las tasas de interés efectivamente aplicadas mediante los instrumentos de ACC y ACE a las exportaciones de carne de cerdo.
89. La Decisión N° 10/94 sobre incentivos a la exportación no contiene previsiones expresas sobre los incentivos tributarios al financiamiento de las exportaciones en cuestión. Dichos aspectos se encuentran regulados, no obstante, dentro de la norma genérica contenida en el inc. 2 del art. 11, la cual dispone que los Estados Miembros instrumentarán las medidas que resulten necesarias para evitar que “otros incentivos sectoriales, regionales o tributarios, que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva / exportadora, se apliquen al comercio intraregional”. Se trata de un compromiso asumido por los Estados Miembros destinado a evitar que los incentivos no previstos en dicha norma distorsionen el desarrollo del comercio intraregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración.
90. Dicho compromiso ha sido materializado además mediante la institucionalización del mecanismo de consultas, al cual deberán recurrir los Estados Miembros para la creación o concesión de cualquier nuevo incentivo a las exportaciones por parte de alguno de los Estados Parte, a partir del 1.1.95, así como el mantenimiento de las existentes” (Dec. N° 10/94, art. 2). Asimismo, se ha previsto un mecanismo de reclamo ante los órganos del Mercosur, mediante el cual, el Estado que se viera afectado por la aplicación de incentivos, “presentará a la Comisión de Comercio del Mercosur los elementos probatorios a fin que dicho organismo, luego de evaluar la documentación presentada y en un plazo no superior a los noventa días, eleve sus conclusiones al Grupo Mercado Común” (Dec. N° 10/94, art. 14).
91. En consecuencia, la eventualidad de que se creen nuevos incentivos a la exportación fuera de los ya expresamente previstos y regulados, o que existan diferencias entre los Estados respecto a los existentes, cuenta con un mecanismo de consulta (Dec. N°10/94 art. 2) y de un procedimiento de reclamo (Dec. N°10/94 art. 14) que tiene como finalidad evitar y procurar solucionar distorsiones al desarrollo del comercio intraregional.

92. Sin dudas, dicha actividad de coordinación de las políticas de incentivos a la exportación, así como de otras medidas de coordinación macro-económica, resulta un imperativo que los Estados Miembros deberán cumplir en ejecución de los fines del Tratado de Asunción y de compromisos concretos, a fin de poder avanzar a un estadio superior de integración como lo es un Mercado Común.
93. Desde el punto de vista del presente arbitraje, sin embargo, es necesario determinar si los incentivos a la financiación a las exportaciones brasileñas de carne de cerdo, mediante los instrumentos de ACC y ACE beneficiados con la utilización de exoneraciones o reducciones tributarias y de política monetaria, han tenido efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación a la normativa que regula el MERCOSUR y si además generan perjuicio o la amenaza de un perjuicio a los particulares o sectores de actividad de los particulares que iniciaron la Reclamación (art. 25 y 26 del Protocolo de Brasilia).
94. Como vimos, dichos aspectos vinculados a la Reclamación de los particulares ha de ser objeto de prueba por el Estado Parte que presentó la reclamación, no existiendo en el caso elementos de convicción suficientes que prueben que los referidos instrumentos de financiación a las exportaciones, con los beneficios tributarios mencionados, generen perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de producción de carne de cerdos de la República Argentina.
95. Tampoco se ha probado que los exportadores brasileños de cerdos utilicen el referido mecanismo con la finalidad principal de realizar un arbitraje financiero, a efectos de usufructuar del diferencial de tasas existentes entre las tasas que se obtienen a través del ACC y ACE y las tasas del mercado financiero interno. No obstante, si se probara dicha circunstancia, demostrándose la afectación que dicho mecanismo tiene o podría llegar a tener en el precio de exportación, se comprobaría la existencia de perjuicio.
96. En función de lo anterior, este Tribunal habrá de desestimar el reclamo presentado por la República Argentina con relación a los incentivos de financiación mediante los mecanismos de ACC y ACE, por entender no suficientemente probados los perjuicios a los particulares que dieron inicio a la reclamación.

DECISION

Por lo expuesto, en virtud de los fundamentos expresados en los anteriores Considerandos, el Tribunal por unanimidad decide:

- I. Por mayoría, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina relativo a la aplicación del Sistema de la CONAB por el Brasil.
- II. Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX), aceptada por la República Federativa del Brasil expresamente, y en su mérito declarar, que a partir del 29 de marzo de 1999, solamente 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.
- III. Por unanimidad, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina con relación a los mecanismos de ACC y ACE, aplicados por la República Federativa del Brasil.

- IV. Por unanimidad, disponer 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. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, dentro de los treinta días de la notificación del laudo.
- V. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
- VI. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur y publíquese.

Dr. Jorge Peirano Basso
Arbitro Presidente

Dr. Atilio Aníbal Alterini
Arbitro

Dr. Luiz Olavo Baptista
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

ACLARACION DEL LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA RECLAMACION DE LA REPUBLICA ARGENTINA AL BRASIL, SOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCION Y EXPORTACION DE CARNE DE CERDO.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de octubre de 1999, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR que entiende en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre “Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo”, se reúne para considerar la solicitud de aclaración presentada por la República Argentina al Laudo Arbitral dictado con fecha 27 de setiembre de 1999.

Luego de analizar las aclaraciones solicitadas relativas a los seis puntos objeto de este recurso, el Tribunal por unanimidad decide:

A los puntos 1.1, 1.2 y 1.3: A su juicio, de los fundamentos del laudo expresados en los apartados 31, 43 y 47 resulta claro que el Tribunal hizo referencia concreta a las etapas previstas (negociación diplomática) como previas al arbitraje en el Protocolo de Ouro Preto (art 21 y Anexo), integrado al Protocolo de Brasilia, instrumento para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

A los puntos 2.1 y 2.2 Conforme a los fundamentos del laudo:

- a) el Tribunal considera que el objeto de la controversia queda definido por la reclamación original (apartados 44 y 47)
- b) los alcances del artículo 11 de las Reglas de Procedimiento de este Tribunal están precisados en el apartado 45, donde se expresa que las Partes , con posterioridad a su reclamación u oposición tienen derecho a complementar y a profundizar la argumentación en que basan su argumentación a su oposición, lo cual concierne al ejercicio del derecho de defensa
- c) la presentación formal del reclamo a que se alude en el apartado 51 implica la necesidad de realizar un petitorio claro y expresado sobre la pretensión.

Al punto 3. A juicio del Tribunal es claro que en el apartado 74 del laudo el Tribunal entendió que el concepto de subsidio requiere la especificidad, según lo previsto en el artículo 2 del ASMC de la OMC.

A los puntos 4.1 y 4.2 : El Tribunal considera que lo solicitado en estos puntos excede el objeto del recurso por cuanto no constituye una aclaración del mismo ni una interpretación sobre la forma que deberá cumplirse (artículo 22, inciso 1 del Protocolo de Brasilia).

A los puntos 5.1 y 5.2 Conforme a los fundamentos del laudo, el Tribunal señaló en el apartado 88, que la configuración del subsidio depende de elementos de hecho, en el apartado 87 entendió que no es admisible una violación indirecta de normas internacionales y concretamente con referencia a los instrumentos de ACC y de ACE a las exportaciones de carne de cerdo, en el apartado 88 consideró que la configuración del subsidio depende de elementos de hecho, vinculados en el caso al nivel de tasas de interés efectivamente aplicadas.

A los puntos 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4: Es claro conforme a los fundamentos del laudo, que el Tribunal entendió que el artículo 11 de la Decisión CMC 10/94 requiere de implementación

(apartados 75 y 90) y que también entendió que no es directamente aplicable como generadora de derechos u obligaciones concretas (apartado 75) lo cual no significa que carezca de todo valor (apartado 55) pues es preciso evitar que los incentivos no previstos expresamente “distorsionen el desarrollo del comercio interregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración (apartado 89 y 92).

La implementación a que hace referencia el laudo también se vincula a las necesarias negociaciones entre los Estados Partes para acordar políticas e instrumentos comunes en la materia, como lo dispone el Tratado de Asunción, que constituye el modo adecuado para alcanzar el objetivo de no frustrar la aplicación de la normas MERCOSUR, expresamente señalado en el apartado 55 del laudo.

En consecuencia por unanimidad dictamina lo que antecede, dejando de tal modo resuelto el pedido de aclaraciones planteado por la República Argentina.

También por unanimidad se dispone que las actuaciones correspondientes al pedido de aclaraciones que se resuelve sean agregadas al expediente principal y archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y que esta resolución sea notificada a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publicada sin mas trámite junto con el laudo.

Dr. Jorge Peirano Basso

ArbitroPresidente

Dr. Atilio Aníbal Alterini

Arbitro

Dr. Luiz Olavo Baptista

Arbitro