

LAUDO IV

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

En la ciudad de Montevideo, a los 21 días del mes de mayo de dos mil uno (2001).

VISTO: Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina".

Orden del laudo.

El Tribunal ha estructurado la presente decisión arbitral de la siguiente manera:

SUMARIO

I.- Resultados.

- I-A) El Tribunal Arbitral.
- I-B) Representación de las Partes.
- I-C) Alegaciones de las Partes.
 - I-C-1) Reclamo de la República Federativa de Brasil.
 - I-C-2) Respuesta de la República Argentina.

II.- Considerandos.

- II-A) La presente instancia Arbitral.
- II-B) Cuestión Previa.
- II-C) Objeto.
- II-D) Existencias o no de normas Mercosur que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de Medidas antidumping en el comercio intrazona.
 - II-D-1) Normas invocadas.
 - II-D-2) Alcance y vigencia.
 - II-D-3) Obligatoriedad y vigencia.
 - II-D-4) Consideraciones específicas sobre las normas en las que las Partes en esta controversia han hecho mayor hincapié: DEC CMC Nos. 18/96 y 11/97.
 - II-D-5) Normas O.M.C.
 - II-D-6) Conclusión sobre normativa expresa Antidumping.

- II-E) El Derecho aplicable en ausencia de normas Mercosur que regulen expresamente el régimen antidumping intrazona.

- II-E-1) Principio general.
- II-E-2) Referencia específica al dumping en el TA.
- II-E-3) El dumping en uniones aduaneras y áreas de libre comercio.
- II-E-4) Conclusiones sobre el derecho aplicable.

- II-F) Consecuencias y aplicación al caso de autos.

- II-F-1) Características y finalidad de las medidas antidumping.
- II-F-2) La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder.
- II-F-3) Análisis del procedimiento antidumping aplicado en el caso a fin de determinar si hay desviación de poder.
 - II-F-3-a) Breve cronología de las etapas del procedimiento.
 - II-F-3-b) Aspectos del trámite de la investigación de dumping.
 - II-F-3-c) Conclusiones sobre el modo como ha sido llevado el procedimiento antidumping.

II-F-4) Conclusiones sobre consecuencias y aplicación al caso de autos

III.- Conclusiones.

IV.- Decisión.

Algunas abreviaturas

AD OMC	Acuerdo sobre la aplicación del artículo VI del GATT 1994 Antidumping de la OMC).	(Acuerdo
CCM	Comisión de Comercio del Mercosur.	
CMC	Consejo Mercado Común	
DEC CMC	Decisión del Consejo Mercado Común.	
DCE	Dirección de Competencia Desleal (República Argentina)	
DIR CCM	Directiva de la Comisión de Comercio del Mercosur.	
EPM	Estados Partes del Mercosur.	
GMC	Grupo Mercado Común	
ME	Ministerio de Economía de la República Argentina	
MN	Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur.	
PB	Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias en el Mercosur.	
POP	Protocolo de Ouro Preto.	
RA	Restricciones Arancelarias	
RES GMC	Resolución del Grupo Mercado Común.	
RNA	Restricciones No Arancelarias	
SAM	Secretaría Administrativa del Mercosur.	
TA	Tratado de Asunción	
TM 80	Tratado de Montevideo de 1980	

I.- RESULTANDOS

I-A) El Tribunal Arbitral

- 1) El Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el Mercosur (PB), de 17 de diciembre de 1991, está integrado por los árbitros Dr. Juan Carlos Blanco (de la República Oriental del Uruguay, presidente). Dr. Enrique Carlos Barreira (de la República Argentina) y Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior (de la República Federativa de Brasil)
- 2) El Presidente fue notificado de su designación por la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) el 28 de febrero de 2001 y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 7 de marzo de 2001. En la misma fecha el Tribunal adoptó sus Reglas de Procedimiento. Invitó a las Partes a designar respectivamente a sus Representantes y a constituir sus domicilios a los efectos del procedimiento arbitral. Invitó asimismo a las Partes a someter por su orden los escritos de presentación (Reclamante) y de respuesta (Reclamada).
- 3) Las representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos. Los escritos fueron presentados y recibidos por el Tribunal dentro de los plazos previstos, haciéndose conocer cada escrito a la otra Parte. Las pruebas documentales presentadas por cada parte fueron admitidas, comunicadas a la otra parte y agregadas al expediente. En la audiencia oral de testimonio efectuada en la Ciudad de Asunción el día 3 de mayo de 2001, el Tribunal recibió el testimonio de la testigo Licenciada Mirfán Segovia, Viceministro de Comercio de la República de Paraguay, presentada por la Parte Reclamada, en presencia de ambas Partes las que formularon preguntas a la testigo. En audiencia oral realizada en el mismo lugar y fecha, fueron escuchadas las Partes, de acuerdo con el art. 15 de las Reglas de Procedimiento y presentaron, asimismo, un resumen escrito de sus respectivas exposiciones.
- 4) Las notificaciones y comunicaciones del Tribunal a las Partes, así como el recibo de las comunicaciones y escritos de las Partes fueron realizados por intermedio de la SAM.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

5) El 10 de abril de 2001 el Tribunal resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes, de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Brasilia (PB) y el artículo 17 (1) de las Reglas de Procedimiento.

6) Las actuaciones del Tribunal que preceden a este Laudo Arbitral, consignadas en Actas y Anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento corren agregadas a estos autos.

I-B) Representación de las Partes

7) La República Federativa de Brasil ha designado como Representante al Sr. Carlos Márcio Bicalho Cozendey y la República Argentina ha designado como Representante al Lic. Adrián Makuk y como Representante Alterno a la Contadora Valeria Raiteri.

I-C) Alegaciones de las Partes

I-C-1) Reclamo de la República Federativa de Brasil

8) El escrito de presentación de Brasil comprende una parte destinada a antecedentes y elementos de hecho y otra dedicada a la fundamentación jurídica de su posición. Esta parte a su vez se divide en dos secciones, la primera referida a aspectos preliminares y la segunda a inconsistencias legales. A continuación incluye un capítulo de resumen y conclusiones, cerrando el escrito con el petitorio al Tribunal.

Antecedentes y elementos de hecho

9) Brasil considera que la Resolución ME 574/2000 y los procedimientos de investigación antidumping en los que se basa no son compatibles con la normativa Mercosur sobre investigación y aplicación de derechos antidumping en el comercio entre los Estados Partes del Mercosur (EPM).

10) Señala que la Parte Reclamada respondió negativamente al pedido de negociaciones bilaterales según el artículo 2 del PB por considerar que tales investigaciones debían ser conducidas conforme a las legislaciones nacionales de los EPM, por lo cual no estarían incluidas en el ámbito de aplicación del PB. A lo cual Brasil, además de reiterar su posición, replicó que no cabía a Argentina juzgar unilateralmente la aplicabilidad o no del PB, y promovió entonces la segunda etapa del sistema de solución de controversias ante el Grupo Mercado Común (GMC) la que concluyó sin solución satisfactoria. Luego solicitó a la SAM la constitución de un tribunal arbitral (24-01-01).

11) Entiende Brasil que no existen los elementos necesarios para aplicar medidas antidumping en el caso de autos y que tampoco fueron respetados los procedimientos para la investigación del presunto dumping. El derecho antidumping fue aplicado en la forma más restrictiva como precios mínimos de exportación en vez de derechos ad valorem, con el resultado de que en determinadas situaciones el derecho sea mayor que el margen de dumping.

Las exportaciones brasileñas de pollos enteros congelados a Argentina cayeron desde la publicación de la Resolución ME 574/2000: un 22.55% en 2000 con reducción en volumen y precio y desde la aplicación del derecho cayeron 70% en cada mes comparado con los meses correspondientes del año anterior, llevando el comercio bilateral del producto al más bajo nivel histórico.¹⁵⁾ Los problemas de la industria argentina de pollos se debieron a la caída del precio del producto en el mercado mundial y al aumento de la oferta de la propia industria doméstica cuya producción se incrementó un 23% en los últimos cuatro años. Presionados por esos factores la industria argentina representada por el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas (CEPA) procuró restringir las importaciones provenientes de Brasil.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

12) La utilización excesiva a lo largo de los últimos años del instrumento del antidumping por parte de Argentina contra las exportaciones del Brasil parece denotar un sesgo proteccionista, atendiendo a los sectores peticionantes además de contrariar el espíritu de la Unión Aduanera de eliminar las barreras no arancelarias al comercio entre los socios. Un estudio elaborado por Aladi revela que Argentina es el vice-líder regional en aplicar derechos antidumping y que Brasil es el país del mundo más afectado por esa medida. Brasil por su parte no mantiene ningún derecho antidumping contra Argentina. En investigaciones recientemente abiertas en Argentina, Brasil ha identificado procedimientos que no son acordes con las reglas correspondientes, tanto para la apertura como para conducir la investigación.

Fundamentación Jurídica.

Aspectos Preliminares

13) Las dos vertientes fundamentales para caracterizar al Mercosur como una Unión Aduanera son por un lado la liberalización del comercio entre los EPM con la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias y por el otro lado la adopción de políticas comerciales comunes frente a terceros mercados (AEC). Todas las decisiones en el ámbito institucional y económico encaran el perfeccionamiento de esos aspectos.

14) Los EPM vienen realizando esfuerzos para la defensa de la industria doméstica del Mercosur frente a terceros y en el orden interno para eliminar las medidas antidumping y armonizar las políticas de subsidios. En tanto ello no ocurre cada EPM aplica sus propias medidas de acuerdo con las reglas de la OMC y con los parámetros definidos para la región por las Decisiones CMC 11/97 (marco Normativo de Antidumping) y 29/00 (Marco Normativo de Subsidios).

15) Las medidas antidumping según la doctrina son incompatibles con esquemas de integración regional y según el artículo XXIV.8 (a) (i) del GATT 1947 una unión aduanera implica la eliminación de los aranceles y de otras reglamentaciones restrictivas del comercio entre los territorios que la componen. Las medidas antidumping del artículo VI del GATT son evidentemente restrictivas del comercio y además no son mencionadas entre las excepciones al artículo XXIV. Mientras el Mercosur no concluya el proceso para eliminarlas, al ser los EPM miembros de la OMC están regidos por el Acuerdo sobre Implementación del artículo VI del GATT 1994 (AC-OMC) y por la interpretación común del mismo contenida en la DEC CMC 11/97 (Marco Normativo, MN)

16) Basta la interpretación literal del artículo 1 del PB y del artículo 43 del Protocolo de Ouro Preto (POP) para comprobar que la divergencia sobre la interpretación de normas del Mercosur es elemento central y suficiente para la aplicación del sistema de solución de controversias del Mercosur. Las diferentes posiciones asumidas por Brasil y Argentina evidencian un conflicto de opiniones que caracteriza a una controversia según fuera definida por el Tribunal Arbitral ad hoc relativo a "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles".

17) La apreciación del alcance y validez de las normas Mercosur aplicables al caso de autos requiere una amplia tarea de interpretación a partir de una óptica integradora con las normas y principios del derecho internacional (Tribunal Arbitral ad hoc sobre existencia de subsidios a las exportaciones de carne de cerdo y artículo 19 del PB). La Convención de Viena sobre Tratados indica que un tratado debe ser interpretado según el sentido común de los términos del mismo, en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad, que deben ser vistos como una regla holística de interpretación. En sentido estricto será la interpretación teleológica la que podrá contribuir a revelar la real perspectiva de las cuestiones controversiales. Los fines han de ser caracterizados normativamente.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

18) El Tratado de Asunción (TA) en su artículo 1 caracterizó esos fines al decir que el Mercado Común implica la libre circulación de bienes a través de la eliminación de los derechos aduaneros y de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías o de cualquier otra medida de efecto equivalente. El artículo 4 a su vez prevé la aplicación de las legislaciones nacionales para inhibir las importaciones de terceros estados cuyos precios estén influídos por dumping y prevé que paralelamente los EPM lleguen a elaborar normas comunes sobre competencia comercial. No habiendo mención a dumping intrazona se puede deducir de la redacción de esos artículos que el objetivo era adoptar normas armonizadas para dumping y subsidio extrazona y en el ámbito interno su eliminación en el contexto de la eliminación de las restricciones no arancelarias. Esta lectura es concorde con la doctrina del comercio internacional y con la propia evolución del tema en el Mercosur según se aprecia en las Decisiones del CMC N° 18/96, 11/97, 28/00, 31/00, 64/00 y 66/00.

19) El Mercosur ya alcanzó el nivel de área de libre comercio plena y eliminados los aranceles los esfuerzos se concentran en las restricciones no arancelarias al comercio recíproco. El Tribunal Arbitral relativo a las salvaguardias sobre textiles afirma que su interpretación estará en concordancia con estos propósitos que representan el objeto y finalidad de los acuerdos de base del Mercosur. En tanto que el Tribunal Arbitral sobre Comunicados Decex señala que la controversia debe ser resuelta bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan de ese conjunto normativo y de los fines y objetivos que los EPM asumieron al adoptar esas normas. El mismo Tribunal afirma que en el proceso dinámico de la integración deben usarse los medios para lograr esos fines.

20) El Mercosur legisló sobre defensa comercial desde su comienzo. La evolución de las normas sobre aplicación de medidas antidumping intrazona proporciona la base para resolver la presente controversia. Cita Brasil las siguientes normas: DEC CMC N° 3/92 (extrazona), DEC CMC N° 7/93 (extrazona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC N° 108/94 (extrazona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM N° 05/95 (intrazona), DEC CMC N° 18/96 (Protocolo de Defensa de la Competencia), DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países no Miembros del Mercosur- MN), DEC CMC N° 28/00 (Defensa Comercial de la Competencia) y DEC CMC N° 64/00 (Defensa Comercial y de la Competencia).

21) La RES GMC N° 63/93 estableció un procedimiento para el intercambio informativo en el caso de investigación de dumping intrazona, prorrogado por la RES GMC N° 129/94 hasta la aprobación del Estatuto Común de Defensa de la Competencia, disponiendo que mientras no se cumpla esa condición se aplicarán los sistemas nacionales mientras no se apruebe el reglamento común para la investigación de dumping extrazona. Ello muestra la intención de extender al comercio intrarregional las reglas que se definieran para la defensa frente al dumping extrazona, para que los socios del Mercosur no tengan un tratamiento menos favorable que los terceros.

22) La DEC CMC N° 18/96 indica la voluntad de sustituir el antidumping intrazona por el Protocolo común de Defensa de la Competencia, razón por la cual se prorrogó por la citada RES GMC N° 129/94 el régimen de intercambio de informaciones. Expresa Brasil que la meta de resolver las cuestiones de competencia desleal mediante instrumentos de defensa de la competencia y no de defensa comercial (antidumping y compensatorias) fue obstaculizada por Argentina que insistió en mantener el antidumping en el comercio intrazona. El artículo 2 prevé que las investigaciones de dumping intrazona se hagan hasta el 31 de diciembre de 2000 de acuerdo con las legislaciones nacionales.

23) La DEC CMC N° 11/97 aprueba el Marco Normativo (MN) que hace una interpretación común a los cuatro EPM del Acuerdo Antidumping de la OMC (AD-OMC) y que contiene

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

máticas "Mercosur" con respecto a éste. Los artículos 3 y 9 de la DEC CMC N° 11/97 definen la regla vigente en el Mercosur para el dumping extrazona e intrazona. Según el artículo 3 mientras no se apruebe el Reglamento Común Antidumping los EPM aplicarán a las importaciones de extrazona objeto de dumping la legislación nacional y, en caso necesario, harán en ésta ajustes para armonizarla con el MN. Según el artículo 9 en las investigaciones antidumping intrazona se aplicará la DEC CMC N°18/96 "en consonancia con lo establecido en el artículo 3". De este modo el tratamiento del antidumping en el Mercosur pasa de un intercambio informativo a la exigencia de la conformidad de la legislación nacional con el MN para terceros países. El Reglamento Común no se ha aprobado porque no se han definido las instancias y competencias de los órganos Mercosur responsables de investigar y de decidir, pero ya está pronta y se aplica la negociación técnica sobre cómo se debe investigar y aplicar las medidas antidumping.

24) Brasil concluye del examen de la evolución normativa que hay normas Mercosur sobre aplicación de medidas antidumping al comercio intrazona y que el tema no está librado a la discrecionalidad de las partes como pretende Argentina. Desde 1997 la aplicación de medidas antidumping intrazona debe ser en conformidad con el MN que refleja el entendimiento común de los EPM sobre las reglas y procedimientos establecidos en el AD-OMC.

25) La vigencia de las normas del Mercosur se halla disciplinada por los artículos 9, 38, 40, 41 y 42 del POP y por la DEC CMC N° 23/00. Las Decisiones del CMC son obligatorias y constituyen fuente jurídica del Mercosur. Los EPM son responsables de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas. Las normas pueden necesitar incorporación al ordenamiento jurídico nacional o no ("cuando sea necesario", dice el artículo 42 del POP). La vigencia simultánea de las normas en todos los EPM se logra a través de las reglas del artículo 40 del POP. La DEC CMC N° 23/00 establece que no necesitan incorporación las normas relativas a la organización y funcionamiento del Mercosur y aquéllas cuyo contenido estuviera contemplado en la legislación nacional de los EPM. El MN es una interpretación consensuada de un acuerdo ya vigente e incorporado por los EPM a sus respectivos ordenamientos jurídicos (AD-OMC). Por otro lado la DEC CMC N° 11/97 establece disciplinas de aplicación inmediata distintas de la aplicación del marco como instrumento de política comercial común. Tales disciplinas no fueron incorporadas porque ya lo estaban para todos los EPM en la medida que éstos incorporaron a sus respectivos ordenamientos los resultados de la Ronda Uruguay del GATT, que incluía el AD-OMC.

26) En el cuadro de la SAM sobre normas incorporadas, en lo relativo a la DEC CMC N° 11/97 Argentina consigna "Incorporada. Ley 24.425. Acuerdo OMC" y Brasil "No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento Común". O sea, que para Brasil la incorporación sólo será necesaria cuando se apruebe el Reglamento. Luego, al plantearse la presente controversia cambió la anotación a "Status de norma bajo solución de controversias". Argentina ha admitido en la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) la vigencia de la DEC CMC N° 11/97 al responder con una nota técnica a una consulta de Brasil. Esto y la indicación de Argentina para el cuadro SAM de incorporación de normas constituyen práctica subsiguiente en los términos de la Convención de Viena sobre los Tratados. Una interpretación diferente haría aplicable a Argentina el principio de estoppel o sea la prohibición de venire contra factum proprium. La comparación de los textos del MN y del AD-OMC muestra que por su coincidencia no se requiere incorporación como lo indica Argentina en su nota para el cuadro SAM de incorporaciones.

27) La DEC CMC N° 18/96 que según Argentina es la única norma Mercosur aplicable al caso ha sido incorporada por Brasil y Paraguay. Por tanto no está vigente como un todo. Esto no impide, sin embargo, que los EPM apliquen los artículos 2 y 3 de la misma en cumplimiento del principio de buena fe y a fin de no frustrar el objeto y fin de la norma aprobada. No es comprensible la posición argentina de considerar vigente la RES GMC N° 18/96 (aprueba un tratado internacional) y no vigente la 11/97 (crystaliza una interpretación

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

común). Si se vienen aplicando normalmente y de buena fe aspectos de la DEC CMC N° 18/96, con mayor razón corresponde aplicar la 11/97.

28) Si se considerara que ambas resoluciones necesitan para estar formalmente vigentes la aprobación por los cuatro países y la notificación a la SAM estaría configurada una situación de inexistencia de normas específicas sobre la aplicación de medidas antidumping intrazona. En este caso la norma aplicable sería el Tratado de Asunción (TA) en el cual los EPM se comprometen a la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias. En esta hipótesis, siendo el derecho antidumping una restricción no arancelaria estaría prohibido en el Mercosur a partir del 31 de diciembre de 1999 según las conclusiones del Tribunal Arbitral sobre el Comunicado 37 Decex. No mediando una modificación expresa de los objetivos y fines establecidos por una norma de igual jerarquía aquéllos permanecen como una referencia estable de la que depende la consolidación de las corrientes comerciales.

29) Ninguna norma autoriza a los EPM a utilizar el instrumento del antidumping en perjuicio del objetivo principal de la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio recíproco. Las disposiciones de las Decisiones 16/96 y 11/97 caracterizan una situación transitoria en la que se aplica bajo ciertas condiciones el instrumento antidumping intrazona. Si tales decisiones estuvieran desprovistas de efectos jurídicos no se podrían aplicar derechos antidumping al comercio recíproco.

Inconsistencias legales

30) Las normas del AD-OMC fueron traídas al acervo normativo comunitario por la DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo, MN). Siendo el MN por definición del artículo 1 conforme al AD-OMC, no cumplir con aquél implica no cumplir con éste. Además, aunque las disciplinas del MN no fueran aplicables por alguna fundamentación jurídica que lo excluyera, serían aplicables las normas del AD-OMC en virtud del artículo 19 del PB como "principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". Las normas del AD-OMC son obligatorias para los miembros de la OMC entre los cuales se encuentran los EPM.

31) El proceso de aplicación de medidas antidumping en el caso presenta inconsistencias con las normas aplicables:

32) --- Relativas a la apertura de la investigación (determinación de existencia de elementos de prueba suficientes de la práctica de dumping), las inconsistencias se refieren al artículo 35 del MN (art. 5.3 del AC-OMC) y capítulo III del MN (art. 2 AD-OMC):

Argentina no verificó la representatividad de la muestra de precios de exportación presentada en la petición; no confrontó tal información con otras fuentes disponibles; seleccionó datos referentes a un período diferente al de la información sobre precio normal suministrada por el peticionario; no evaluó la pertinencia del ajuste propuesto por el peticionario que no se basa en ninguna evidencia sobre diferencia de precios en Brasil para el pollo con y sin patas y cabeza, basándose en vez en la alegada diferencia física de rendimiento entre los pollos de producción argentina y brasileña; no tuvo en cuenta otras diferencias entre el producto exportado por Brasil (pollo congelado) y el que sirvió de base para el precio normal (pollo enfriado); utilizó una metodología sesgada no compatible con el MN para determinar el margen de dumping pues seleccionó solamente operaciones de exportación cuyo precio era inferior al normal (el valor normal medio ponderado debe ser comparado con la media ponderada de todas las transacciones comparables); no volvió a evaluar los indicios de dumping con las nuevas informaciones sobre el precio normal suministradas por el peticionario.

33) --- Relativas a la apertura de la investigación (Determinación de la existencia de elementos de prueba suficientes de daño a la industria doméstica), las inconsistencias se refieren a los artículos 35 y 42, capítulos IV y V del MN (arts. 5.3, 5.7, 3 y 4 del AD-OMC):

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

Argentina no procedió al examen adecuado de los elementos de prueba presentados en la petición ya que: no definió la industria doméstica a ser analizada; analizó indicadores correspondientes a grupos distintos durante períodos del año no coincidentes; no evaluó los precios de las exportaciones brasileñas en el primer semestre de 1998 a pesar que fue evaluada la tasa de crecimiento de esas exportaciones en dicho período, no consideró debidamente todos los elementos disponibles como la falta de correlación entre el comportamiento de las exportaciones brasileñas y los precios en el mercado argentino; no proporcionó ninguna indicación positiva de la existencia de daño que justificase la apertura de la investigación; en la determinación de la relación causal analizó el efecto de importaciones a supuestos precios de dumping en algunos meses de 1997 con una situación de amenaza de daño en 1998 y no consideró otros factores como el precio de las exportaciones de otros orígenes; no procedió al examen objetivo del volumen de las exportaciones supuestamente objeto de dumping y de su efecto sobre los precios de productos similares; para el examen del impacto sobre la industria doméstica analizó indicadores sobre muestras distintas de productores; no consideró la totalidad de los elementos disponibles para demostrar el daño causado por las importaciones; no examinó simultáneamente los elementos de prueba relativos a la existencia de dumping y al daño causado por el mismo.

34) --- Relativas a la decisión de apertura, las inconsistencias se refieren a los artículos 36.2 y 36.3 del MN (art. 5.7 del AD-OMC):

Argentina no siguió el MN al no archivar el proceso cuando la Comisión Nacional de Comercio Exterior determinó la inexistencia de daño o de amenaza de daño y no actuó de conformidad con el MN al decidir iniciar la investigación a pesar que la determinación posterior de la CNCE fue de posibilidad de indicios de amenaza de daño.

35) --- Relativa al no traslado de la petición, la inconsistencia se refiere a los artículos 50.3 y 105 del MN (art. 6.3 del AD-OMC):

Argentina no proporcionó copia de la petición al Gobierno y a los exportadores brasileños y consecuentemente cercenó el derecho de defensa de las partes interesadas.

36) --- Relativas a la determinación del dumping, las inconsistencias se refieren a los capítulos II y VII del MN (arts. 2 y 6 del AD-OMC):

Sobre los procedimientos, Argentina impuso un onus excesivo a las partes al requerir información de un período de 1996 a 1998 y meses disponibles de 1999 en tanto que la investigación abarcaba sólo de enero 1998 a enero 1999; y no utilizó la información que solicitó a pesar de que le fue suministrada a tiempo, ni dio oportunidad a los exportadores brasileños de informar al respecto.

Sobre la determinación final de la existencia de dumping, el informe de determinación definitiva no aclara si la comparación entre valor normal y precio de exportación tuvo en consideración todos los ajustes necesarios para hacerlos comparables (por ejemplo, no hubo ningún ajuste que hiciera comparable el pollo congelado y el enfriado); la comparación se hizo en diferentes niveles de carga tributaria y sin considerar si los pollos se vendían con o sin menudos; no hay ninguna referencia a los tipos de pollo que se comparaban (congelados y enfriados, con o sin menudos); el ajuste de 9,09 % impuesto por las autoridades argentinas es improcedente pues sólo considera la existencia o no de patas y cabeza.

37) --- Relativas a la determinación del daño y de la causalidad, las inconsistencias se refieren a los capítulos IV y V del MN (arts. 3 y 4 del AD-OMC):

Las autoridades argentinas definieron una industria doméstica no representativa sobre la cual se apreció el daño; no se evaluaron todos los indicadores de daño relacionados en el artículo 22 del MN y los indicadores tomados se refieren a períodos distintos; adicionalmente no se tuvieron en cuenta para la evaluación del daño las exportaciones de las empresas a las que no se les determinó dumping. Los elementos de prueba considerados no permiten concluir que haya habido daño a la industria doméstica en el período de evaluación. Coincide con esta conclusión el director Baracat de la CNCE.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

38) --- Relativas a divulgación incompleta de la determinación final, las inconsistencias se refieren al artículo 96 del MN (art. 12.2 del AD-OMC):

El informe de determinación definitiva no explica porque no fueron aceptadas las informaciones presentadas por las empresas exportadoras brasileñas; la resolución ME 574/2000 ni los informes separados justifican la metodología utilizada en la determinación y comparación del precio de exportación con el valor normal ni las razones por las que no se aceptaron diversas informaciones disponibles; en la determinación final del daño no hay explicación sobre la utilización de períodos diferentes para analizar los indicadores de daño.

39) --- Relativa a la imposición de derecho antidumping en desacuerdo con el capítulo X del MN (art. 9.1 del AD-OMC):

La aplicación de un derecho variable (alícuota específica) sin ningún límite es contrario al capítulo X del MN y al no tener un límite máximo compatible con el margen de dumping determinado en la investigación permite cobrar un derecho superior al margen.

40) --- Relativa a la valoración aduanera, inconsistencia con respecto a la DEC CMC N° 17/94:

Argentina no aplica el derecho antidumping equivalente a la diferencia entre el valor mínimo de exportación FOB y los precios FOB de exportación declarados. La Aduana sólo libera la importación cuando el valor FOB declarado en la documentación sea igual a los valores mínimos de exportación especificados en la resolución ME 574/2000.

Resumen y conclusiones

41) No existen los elementos necesarios para aplicar a las exportaciones brasileñas de pollos las medidas antidumping dispuestas por la Resolución ME 574/2000. Tampoco fueron respetados los procedimientos legales existentes en el Mercosur para la investigación de dumping. Desde la publicación de dicha resolución las exportaciones de pollo sufrieron una fuerte caída.

42) Argentina aplica en gran escala derechos antidumping. Tales medidas deben ser eliminadas en las uniones aduaneras. La eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias y en un plano más específico el antidumping intrazona son, entre otros, fines del proceso de integración.

43) La existencia de divergencias de interpretación entre Brasil y Argentina sobre la aplicación o no de normas Mercosur justifica el accionamiento del mecanismo de solución de controversias.

44) El antidumping intrazona se rige por el MN aprobado por la CMC 11/97 . El MN es una interpretación común del Acuerdo Antidumping de la OMC. Las obligaciones principales emanadas de la DEC CMC N° 11/97 con respecto al dumping intrazona son aplicar la legislación nacional hasta el 31-12-00, haciendo los ajustes en caso necesario para armonizarla con el MN. Igual régimen rige para los casos extrazona.

45) Los EPM no adoptaron medidas para la incorporación del MN a sus respectivos ordenamientos por ser siempre obligatorias las decisiones del CMC y porque las disciplinas específicas del MN ya estaban incorporadas por todos como parte de los resultados de la Ronda Uruguay que incluían el AD-OMC.

46) Argentina no actuó de conformidad al MN al no rechazar la solicitud de apertura de la investigación. No examinó adecuadamente la existencia de prueba que justificase el inicio de la misma. No hizo conocer la petición de investigación al gobierno brasileño y a los exportadores. No consideró en la determinación final de dumping los elementos proporcionados por los exportadores brasileños y no realizó los ajustes necesarios para una

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

comparación justa. No definió correctamente la industria doméstica para la determinación final de daño y no hizo el análisis de la prueba disponible. Para el nexo causal consideró la totalidad de las importaciones originadas en Brasil y no sólo las que habrían incurrido en dumping. No se explican las razones de la no aceptación de informaciones proporcionadas por los exportadores brasileños.

47) El derecho antidumping permite cobrar un derecho superior al margen de dumping. Los valores de referencia para la valoración aduanera no respeta la norma Mercosur correspondiente.

Pedido al Tribunal

48) Brasil solicita al Tribunal que teniendo en cuenta los hechos y los fundamentos jurídicos expuestos declare el incumplimiento por parte del gobierno argentino de las normas que indica -que son las referidas en el capítulo sobre inconsistencias legales- y que por consiguiente ordene al gobierno argentino la derogación, en el plazo de quince días (art. 21.2 PB), de la Resolución ME 574/2000.

I-C-2) Respuesta de la República Argentina

49) El escrito de respuesta de Argentina se divide en: cuestión previa, síntesis de los fundamentos para rechazar la reclamación, antecedentes, rechazo de los argumentos de Brasil, argumentos en los que Argentina fundamenta su posición, argumentos en subsidio sobre el proceso de investigación que derivó en la Resolución ME 574/2000, ofrecimiento de prueba y petitorio.

Cuestión previa

50) Argentina entiende que el Tribunal debe atender como cuestión previa la existencia o no de normativa Mercosur que regule la investigación de dumping y la aplicación de derechos antidumping en el comercio intrazona. Si el Tribunal arribara a la conclusión de que existe tal normativa deberá pronunciarse sobre si la misma es aplicable a la presente controversia. Por tanto pide que el Tribunal se expida al respecto en forma previa al tratamiento de las cuestiones planteadas por Brasil en relación con el proceso que llevó a la Resolución ME 574/2000. Solicita que, de concordar con la posición argentina de que no hay normas Mercosur que le den competencia al Tribunal para revisar los procedimientos sobre dumping y la aplicación de derechos antidumping intrazona regidos y aplicados íntegramente por el derecho nacional de un Estado Parte, el Tribunal dé por terminada su actuación.

51) Para el caso que la cuestión no sea resuelta en forma previa, pide que lo sea en conjunto con las restantes argumentaciones que presenta en la respuesta. En la eventualidad de que el Tribunal entienda que corresponde analizar los procedimientos de investigación, solicita que el Tribunal se pronuncie sobre cuál es la normativa Mercosur que da competencia a los Tribunales Arbitrales para revisar la aplicación de derechos antidumping intrazona. Solamente para el caso hipotético de que el Tribunal considere que hay disciplinas comunes Mercosur en materia de dumping intrazona, Argentina presenta en subsidio argumentos demostrativos de que el procedimiento fue seguido conforme a derecho.

Síntesis de los fundamentos argentinos

52) Los procedimientos de investigación antidumping y la Resolución N°574/2000 no están sujetas a normativa Mercosur sino que se hallan regulados por la legislación nacional. La resignación de la potestad de aplicar la legislación nacional tiene que ser expresa lo que no ocurre en el caso. Ninguna norma Mercosur o nacional habilita a un Tribunal Arbitral del Mercosur a revisar procedimientos adoptados por un EPM bajo su legislación nacional.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

53) La DEC CMC N° 11/97 no está vigente pues los EPM no la incorporaron a sus ordenamientos. Al no estar vigente no hay norma vinculante para los EPM. El MN es sólo una base para negociar el reglamento común y tampoco está vigente. El MN no es operativo además porque le falta la estructura institucional. El MN excede de ser una copia del AD-CMC y tiene un alcance territorial distinto.

54) La DEC CMC N° 11/97 no había sido aprobada cuando se inició el procedimiento que motiva las presentes actuaciones. Dicha decisión del CMC nunca fue aplicada por los EPM incluso Brasil quien no la tuvo en cuenta en actuaciones anteriores.

55) El Tribunal no debe considerar normativa alguna de la OMC pues no hay ninguna norma Mercosur que lo decida así.

56) La consideración del procedimiento por dumping que concluyó con la Resolución N° 574/2000 no cae en el ámbito material de aplicación del PB. En todo caso, Argentina afirma que ese procedimiento fue realizado conforme a derecho. Y recuerda que hay varios recursos administrativos y judiciales en trámite ante las correspondientes autoridades argentinas.

Antecedentes y comentarios

57) La Resolución ME 574/2000 que dispuso la aplicación de derechos antidumping a las exportaciones de carnes de pollo originadas en Brasil fue dictada luego de darse cumplimiento a todos los procedimientos dispuestos por la normativa nacional vigente (Ley 24.425 y Decreto 2121/94). Los EPM han preservado en el ámbito de sus competencias lo relativo al dumping intrazona como lo indica la DEC CMC N° 18/96 cuyo artículo 2 establece que las investigaciones al respecto serán efectuadas de acuerdo con las legislaciones nacionales. A su vez, la DEC CMC N° 28/2000 reconoce la ausencia de normas Mercosur al encomendar al GMC preparar una propuesta al respecto y la DEC CMC N° 11/97, pese a que el MN no es operativo, ratifica la aplicación de las legislaciones nacionales.

58) Estos criterios fueron trasmítidos a Brasil en respuesta al planteo para realizar Negociaciones Directas en el marco del PB para la solución de controversias, señalando que por tratarse de un asunto sometido a la legislación nacional no correspondía el procedimiento bajo el PB, no aceptando en consecuencia iniciar Negociaciones Directas.

59) Rechaza, en consecuencia, que haya querido obstaculizar el procedimiento del PB sino impedir un uso abusivo del mismo. Rechaza, asimismo, que haya pretendido una delimitación unilateral del objeto de la controversia ya que éste se determina por los escritos de presentación y de respuesta según el Reglamento del PB (art.28).

Rechazo de los argumentos presentados por Brasil

Niega que la facultad de imponer medidas antidumping sea incompatible con el actual esquema de integración.

60) No hay normativa antidumping intrazona en el derecho originario del Mercosur. El tema ha sido abordado en el derecho derivado con un alcance restringido al intercambio informativo y a la remisión a las legislaciones nacionales. Si está contemplado el dumping extrazona, aplicando la legislación nacional y buscando negociar un régimen común.

61) Las medidas antidumping no constituyen restricciones no arancelarias, por tanto su eliminación no puede considerarse implícita en el artículo 1 del TA. Son medios para corregir las consecuencias de conductas desleales en el mercado ampliado.

62) El análisis del proceso de integración que hace Brasil es incompleto. Los pilares del Mercosur son todos los definidos en el artículo 1 del TA. Los EPM alcanzaron en Ouro Preto

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

compromisos programáticos sobre defensa de la competencia (DEC CMC N° 21/94), dumping intra y extrazona (RES GMC N° 129/94) y políticas públicas que distorsionan la competitividad (DEC CMC N° 20/94) que reflejan equilibradamente los intereses de todos los socios y deben ser considerados un conjunto integral. El Mercosur debe garantizar condiciones equitativas en esos campos a los agentes económicos y las asimetrías en esas materias han determinado tensiones. El dumping no puede ser considerado aislado de los demás aspectos. Consecuentemente fue mantenido en la esfera particular de los EPM por su expresa voluntad.

63) El enfoque teleológico adoptado en laudos anteriores, especialmente el primero y el tercero, parte de normas en vigor del derecho originario que habían quedado en duda por la readecuación del TA a partir de Ouro Preto. En el caso de autos no existe derecho originario aplicable y el derecho derivado remite a la legislación interna. El Tribunal que no es un órgano del Mercosur no está habilitado para crear derecho por la vía de los métodos interpretativos.

Niega lo expresado por Brasil sobre el alcance del artículo XXIV (8) (a) (i) del GATT 1994.

64) El GATT no define "reglamentaciones comerciales restrictivas". Las medidas antidumping son acciones contra prácticas comerciales desleales y no constituyen "reglamentaciones comerciales restrictivas". Por tanto no entran en la previsión del artículo 1 del TA sobre restricciones no arancelarias. La Unión Aduanera no implica necesariamente la eliminación de las medidas antidumping.

Niega que la DEC CMC N° 11/97 sea una interpretación común del AD-CMC y que por ello los EPM están obligados a aplicar dentro del Mercosur este acuerdo.

65) El MN y el AD-OMC son instrumentos diferentes. El MN no es una mera copia del AD-OMC y ambos tienen alcance territorial diferente. El MN es una base consensuada para la posterior negociación del Reglamento Común del Mercosur frente a terceros países, no es una interpretación del AD-OMC. La propia DEC CMC N° 11/97 se remite a la legislación nacional. No resulta por tanto procedente el paralelismo que hace Brasil entre las disposiciones del AD-OMC y el MN.

Niega que la DEC CMC N° 11/97 esté vigente.

66) No fue incorporada según el artículo 42 del POP y su contenido no estaba contemplado en legislación anterior. El MN excede a la ley 24.425 que incorporó el AD-OMC porque su ámbito de aplicación es más amplio. El MN carece de la estructura institucional necesaria para ser operativo y sólo es una base para las negociaciones del Reglamento Común.

No es aplicable la doctrina de acuerdos unifásicos que no requieren incorporación y adquieren vigencia inmediata. El artículo 3 de la DEC N° CMC 11/97 manda adecuar las legislaciones nacionales lo que requiere el dictado de una norma nacional.

Brasil reconoce como status de esa norma, en el cuadro que lleva la SAM, que no está incorporada ("No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento común").

Las disposiciones del cuerpo de la DEC CMC N°11/97, entre las cuales los artículos 3 y 9, nunca fueron incorporadas al ordenamiento interno de los EPM por lo que no se puede exigir su cumplimiento.

67) Esto no es contradictorio con la invocación que hace Argentina de la DEC CMC N° 18/96. El artículo 2 en cuanto remite a las legislaciones nacionales no requiere incorporación. Reitera toda la normativa Mercosur dictada con anterioridad y es ratificada por la DEC CMC N° 28/00. Las normas de la DEC CMC N° 11/97, en cambio, al modificar la legislación nacional necesitan incorporación. El instrumento adjunto a la DEC CMC N° 18/96 -el

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

Protocolo de Defensa de la Competencia- obviamente requiere incorporación para tener validez.

68) La afirmación de Brasil de que si las DEC CMC N° 18/96 y N° 11/97 no estuvieran vigentes sería aplicable el TA no es correcta. El artículo 2 de la CMC 18/96 está vigente pues establece una pauta que no requiere incorporación. Las normas post-Unión Aduanera (DEC CMC N° 28/00 y 64/00) confirman la aplicación de la legislación nacional al dumping intrazona, que los EPM no han resignado este instrumento y que su eventual eliminación sería gradual mediante instrumentos adecuados. También confirman la falta de vigencia de la DEC CMC N° 11/97: no hay referencias a la misma ni al MN considerado un intento fallido. La situación es incomparable con la abordada por el Tribunal Arbitral sobre Licencias no Automáticas. Resulta inaceptable la manifestación de que la falta de vigencia de las DEC CMC N° 18/96 y 11/97 impida aplicar derechos antidumping al comercio recíproco.

Niega que su acción posterior signifique reconocer una obligación emanada de la DEC CMC N° 11/97.

69) La Nota Técnica argentina en respuesta a la consulta brasileña en la CCM no reconoció la vigencia de la DEC CMC N°11/97. Argentina sólo manifestó que no hay contradicción entre la ley 24.425 y el MN. No procede la aplicación del estoppel a la conducta de Argentina.

Argumentos en los que Argentina fundamenta su posición.

Ambito de aplicación del PB

70) Los temas susceptibles de generar competencia para utilizar los procedimientos de los capítulos I a IV del PB se relacionan con la interpretación, la aplicación o el incumplimiento de la normativa Mercosur, enumerada en el artículo 1 del PB y designada por el POP como fuentes jurídicas del Mercosur enumeradas a su vez en forma taxativa en su artículo 41.

Obligatoriedad de la incorporación de las normas emanadas de los órganos del Mercosur.

71) Las normas emanadas de los órganos del Mercosur son obligatorias para los EPM y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42 POP). La obligatoriedad no significa "aplicación inmediata" sino el compromiso de incorporación al derecho interno. La forma de incorporación dependerá del derecho constitucional de cada uno. El sistema de producción de normas en el Mercosur, que es intergubernamental, no participa del sistema del derecho comunitario europeo donde las normas comunitarias penetran directamente en el ordenamiento de cada país sin necesidad de incorporación. Argentina aporta opiniones doctrinarias en ese sentido, según las cuales en el Mercosur no rige la aplicabilidad inmediata sino un sistema propio denominado de "vigencia simultánea" (art. 40 del POP). Las normas que se refieren al funcionamiento del Mercosur no requieren incorporación, como tampoco aquéllas cuyo contenido ya estuviera contemplado en la legislación nacional (DEC CMC N° 23/00). La falta de incorporación de una norma puede ser objeto de una controversia bajo el PB por incumplimiento del artículo 42 del POP.

Tratamiento del dumping en el Mercosur

72) No hay normas Mercosur que regulen las investigaciones de dumping y la aplicación de medidas antidumping, sino solamente una remisión a las legislaciones nacionales. Por tanto las actuaciones referidas a las exportaciones de carne de pollo de Brasil a Argentina no pueden ser evaluadas a través del sistema de solución de controversias del PB.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

73) El dumping intrazona es tratado en varias disposiciones (RES GMC N° 63/93, RES GMC N° 129/94, DIR CCM N° 5/95, DEC CMC ° 18/96 y DEC CMC N° 11/97) de cuyo análisis cabe concluir que los EPM han sujetado esa materia a sus respectivas legislaciones nacionales.

El dumping extrazona es tratado a su vez en varias disposiciones (DEC CMC N° 7/93, DEC CMC N° 9/95, DIR CCM N° 1/95, DIR CCM N° 9/97 Y DEC CMC N° 11/97). Esta última no es aplicable a la presente controversia: las medidas antidumping extra e intrazona están sujetas a la legislación nacional, el MN no es operativo, el MN y el AD-OMC tienen ámbitos de aplicación territorial diferentes, la DEC CMC N° 11/97 no está vigente y a la época de solicitud de apertura de la investigación por dumping no había sido aprobada por el CMC y la conducta de los EPM al aplicar medidas antidumping corrobora la interpretación de la Argentina.

74) La remisión a la legislación nacional no significa que la obligación de observarla por parte de los respectivos Estados emana de la norma Mercosur. Cita al efecto la reclamación de Brasil ante la CCM tramitada en 1998 sobre aplicación de derechos antidumping a las exportaciones de cables desnudos de aluminio.

Un Tribunal Arbitral del Mercosur no es competente para revisar un proceso administrativo o judicial interno tramitado en base a la legislación nacional.

75) El MN no es operativo pues carece de estructura institucional y el Reglamento Común que contendría la normativa complementaria no ha sido aprobado.

El MN y el AD-OMC tienen ámbitos de aplicación diferentes. El primero supone un territorio único de todo el Mercosur y el segundo, incorporado por cada EPM en forma separada, se refiere al territorio de cada uno de los países. En la práctica los países se refieren siempre a su legislación nacional y no hacen mención al MN. Tampoco hicieron adaptación alguna de sus legislaciones nacionales al MN.

76) La DEC CMC N° 11/97 no está vigente ni en todo ni en parte. No ha sido incorporada de conformidad con los artículos 40 y 42 del POP. Las leyes nacionales que incorporaron el AD-OMC no implican la incorporación y vigencia de la DEC CMC N° 11/97. Los artículos 3 y 9 de la misma constituyen una prescripción distinta no incluida en el MN ni contemplada en legislación anterior. Por tanto tampoco están vigentes.

77) El petitorio que dio lugar al inicio del procedimiento sobre dumping que motiva estas actuaciones es de 2 de setiembre de 1997 fecha en la que la DEC CMC N° 11/97 aún no había sido aprobada. No cabe la aplicación retroactiva del MN.

78) Los EPM, en la práctica, han aplicado sistemáticamente sus respectivas legislaciones nacionales en forma autónoma, tanto para el dumping extrazona como intrazona. Cita ejemplos, incluso de Brasil.

79) Las normas adoptadas en el marco del relanzamiento del Mercosur son demostrativas de la ausencia de normas comunes en materia antidumping (DEC CMC N° 23/00 y 64/00).

80) El Tribunal Arbitral no es competente para revisar si los procedimientos internos de la Argentina respetan los estándares de la OMC., función que corresponde primero a las autoridades nacionales y luego a los mecanismos de solución de diferencias en la OMC.

Obligatoriedad de agotar los recursos locales

81) La legislación argentina otorga los instrumentos necesarios para la defensa de los intereses de las partes en una investigación de dumping, conforme lo requiere el AD-OMC (art. 13). Existen por tanto recursos administrativos y judiciales para impugnar las medidas que se dicten y en el caso de autos algunos de los exportadores brasileños así lo han hecho, encontrándose todavía pendientes de decisión algunos de esos recursos. No se configura

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

tampoco el supuesto de denegación de justicia. No procede por tanto la presentación del caso ante un tribunal internacional. Cita doctrina y jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Teoría de los actos propios

82) La doctrina la define con el concepto de que "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta", que limita los derechos subjetivos fundándose en el deber de actuar coherentemente. Su fundamento último es la regla moral que se basa en la buena fe. La teoría ha sido recibida en casos jurisprudenciales en Argentina: las partes no pueden contradecir en juicio sus actos anteriores.

Brasil no invocó la aplicabilidad del MN en la reclamación contra Argentina sobre aplicación de derechos antidumping a las exportaciones brasileñas de cables desnudos de aluminio (1998) ni en la investigación que iniciara contra Argentina por dumping en las exportaciones de leche (1999).

Resignación de soberanía

83) Una cesión de soberanía no puede presumirse sino que debe realizarse en forma expresa e indiscutible. La facultad de legislar es uno de los derechos soberanos y para que un Estado admita dentro de su jurisdicción leyes extranjeras se necesita dar un consentimiento expreso. Cualquier limitación de las facultades soberanas debe interpretarse con criterio restrictivo y en los procesos de integración el propio objetivo del tratado no bastará para justificar ni ampliar funciones y competencias. El mero hecho de que en una norma Mercosur se haga referencia o remisión a las legislaciones nacionales no significa que éstas pasan a ser parte del acervo normativo Mercosur.

La República Argentina frente al proceso de integración del Mercosur

84) La integración en el Mercosur se puede caracterizar como un proceso, uno de cuyos principios es la gradualidad. Esta es necesaria en función de las dificultades de orden económico y jurídico que el proceso plantea a los EPM. Argentina reitera que defiende a ultranza la integración como lo muestra su apoyo a los avances posibles en el marco del Mercosur. Recuerda, a vía de ejemplo, su postura en el tema del "doble cobro del AEC". No cabe acusar de obstrucción a un estado cuando considera que en determinada materia no están dadas las condiciones que permitan un avance y la consiguiente cesión de soberanía.

En subsidio, argumentos sobre el proceso de investigación que derivó en el dictado de la Resolución ME 574/2000.

85) Presenta fundamentaciones jurídicas y técnicas que demuestran el cumplimiento de la legislación nacional y responde a los argumentos de Brasil:

86) --- Inconsistencias relativas a la apertura de investigación-Determinación de la existencia de elementos de prueba suficientes de la práctica de dumping:

La Autoridad de Aplicación procedió al análisis de toda la información obrante en las actuaciones al momento de propiciarse la apertura de la investigación. Tuvo en cuenta en la comparabilidad de precios los ajustes sobre los cuales se disponía de elementos que permitían su consideración y efectuó esos ajustes.

87) --- Inconsistencias relativas a la apertura de la investigación-Determinación de la existencia de prueba suficiente de daño a la industria doméstica:

La "producción doméstica bajo consideración" fue definida conforme a la normativa exigida por la OMC y fue claramente indicada en las Actas 405 y 464 de la CNCE; las empresas consideradas no fueron seleccionadas por la CNCE sino que en esta etapa se tomó el conjunto de las que adhirieron a la solicitud las que representaban en ese momento el 50%

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

de la producción nacional; no fue seleccionada ninguna empresa que no hubiera presentado información; no hubo modificación de la muestra y se tomaron las mismas empresas para analizar la condición de la industria; las comparaciones se efectuaron entre períodos comparables para todos los indicadores; la amenaza de daño ya estaba configurada en 1997 cuando las importaciones de pollos eviscerados de Brasil aumentaron 74.3% y los precios medios de la muestra de empresas en Argentina estimados como ingresos medios por venta cayeron 4.6% en ese año; la rentabilidad de las empresas argentinas del ramo descendió tres puntos porcentuales (de 1.05 a 1.02); hubo hechos nuevos desde la primera decisión de la CNCE y la segunda en términos de cuota de mercado, precios y volumen de importaciones; el menor precio de las importaciones de otros orígenes no fue percibido así por el mercado, fue una relación sólo nominal, y esos otros valores no alteraron el precio medio de las importaciones totales; la CNCE en su determinación de la amenaza de daño cumplió estrictamente las normas AD-OMC (art. 3).

88) --- Inconsistencia relativa a la facilitación de la petición:

Resuelta la apertura de la investigación se notificó a Brasil y se le pidió colaboración para identificar a los interesados brasileños y requerirles informaciones. Se convocó a una audiencia a la cual Brasil no asistió. Una vez abierta la investigación, Argentina puso a disposición de todas las partes interesadas -exportadores, importadores y autoridades brasileñas- las actuaciones que habían generado el procedimiento, dando cumplimiento a la obligación de facilitar la información a los interesados.

89) --- Inconsistencia relativa a la determinación de dumping:

La Autoridad de Aplicación procuró la más amplia participación de las partes interesadas, suministró cuestionarios y formularios para recoger la información de los interesados y les dio plazos adicionales para producirla. Para la determinación final del margen de dumping analizó y consideró toda la información obrante en las actuaciones. El muestreo estadístico resultó en el caso de cuatro empresas brasileñas la fuente informativa para la determinación de sus respectivos márgenes de dumping. Dicho procedimiento estadístico permitió incorporar documentación de respaldo a partir de la cual se determinaron promedios ponderados. El ajuste del 9.09% utilizado se sustenta en la metodología de cálculo de la entidad peticionante. La información de una firma brasileña no fue considerada por carecer de respaldo documental. Tampoco hubo material informativo alguno en relación con la incidencia del congelado y enfriado en la determinación del valor normal. Hubo una tardía participación de los exportadores, importadores y del propio gobierno brasileño.

90) --- Inconsistencias relativas a la determinación de daño y causalidad:

Las empresas argentinas consideradas representaban en el momento el 46.2% de la industria lo que constituye una proporción importante de la producción a los efectos de los procedimientos de dumping; las empresas relevadas fueron 10 y no 6 como alega Brasil; en las investigaciones por amenaza de daño se analiza más allá del período de la investigación para indagar la existencia o no de una tendencia creciente de las importaciones; el aumento de las ventas de la industria local no indica la ausencia de daño pues cae su cuota de participación en el mercado y al disminuir los precios también cae su rentabilidad; la Autoridad de Aplicación tuvo en cuenta la inexistencia de dumping en las exportaciones de dos empresas brasileñas cuyos precios medios FOB fueron sustancialmente superiores (13%) al de las empresas para las cuales se determinó la existencia de dumping; las importaciones con dumping fueron claramente mayoritarias; la competencia con pollos preparados no explica la baja de precio del pollo entero: a menudo son las mismas empresas, el diferencial de precios es grande de modo que el desvío al mercado de preparados no tendría correlato en el mercado de eviscerados; el precio de la carne vacuna al consumo aumentó 18% en 1998 mientras que el precio del pollo disminuyó 9% en ese año; la CNCE analizó los otros factores de daño; la CNCE está compuesta de un presidente y dos vocales, se expide por mayoría y el voto en disidencia de uno de sus miembros no tiene relevancia jurídica.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

91) --- Inconsistencia por divulgación incompleta de la determinación final:

La Autoridad de Aplicación dio cumplimiento a los requisitos de publicidad establecidos en el artículo 12.2 del AD-OMC. Los 24 considerandos de la Resolución ME 574/2000 exponen los fundamentos y los principios de hecho y de derecho requeridos en dicha norma.

92) --- Inconsistencia en la imposición del derecho antidumping:

La modalidad de percepción del derecho adoptada por Argentina (por montos variables) es la adoptada también por Canadá y no ha sido cuestionada en la OMC. Si un exportador pagara en exceso podrá gestionar la devolución. El sistema de montos variables evita que el monto que se cobra a las nuevas importaciones sea superior al derecho antidumping que realmente corresponde. La cuestión de la valoración aduanera está fuera de la presente controversia y no hay prueba documental que acredite lo afirmado por Brasil al respecto.

Ofrece prueba

93) Los anexos al escrito de respuesta, el Expediente N° 061-007527/97 por el que se tramitó la investigación de dumping y el testimonio de la Lic. Mirian Segovia, Viceministro de Comercio de la República de Paraguay.

Petitorio

94) Argentina solicita al Tribunal Arbitral que: atienda como cuestión previa lo relativo a la existencia o no de normativa Mercosur que regule el dumping intrazona; rechace la demanda brasileña y su petitorio; ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos; declare que la DEC CMC N° 11/97 no es aplicable al caso; confirme que ningún EPM ha aplicado esa norma en los casos de dumping intra o extrazona; en el caso de abocarse el Tribunal al análisis del procedimiento que culminó con la Resolución ME 574/2000 declare que tal procedimiento fue conforme a derecho; para el caso hipotético de dar lugar a la petición de Brasil sobre la revocación de

II.- CONSIDERANDOS.

II-A) La presente instancia arbitral

95) El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad al Protocolo de Brasilia, a su Reglamento y al Protocolo de Ouro Preto y se han cumplido todos los términos y condiciones establecidos en estos instrumentos para instaurar la presente instancia arbitral, según resulta de los párrafos 1 a 6 y de los demás antecedentes y actuaciones que obran en autos y en los archivos de la SAM.

96) Las etapas previas al arbitraje prescritas en las normas sobre solución de controversias de los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto han sido debidamente cumplidas. El 30-08-00 Brasil solicitó a Argentina el inicio de Negociaciones Directas de acuerdo con el artículo 2 del PB. Argentina por nota del 07-09-00 no aceptó la solicitud planteada afirmando que las investigaciones de dumping llevadas a cabo por un EPM con respecto a importaciones desde otro EPM se rigen por la respectiva legislación nacional no estando sujetas al procedimiento de solución de controversias del PB. Las posiciones de las Partes fueron reiteradas, respectivamente, por notas de 08-09-00 y de 12-09-00. A pedido de Brasil se incluyó el tema en la agenda de la XXXIX Reunión Ordinaria del GMC realizada en Brasilia del 27 al 29 de setiembre de 2000, donde Argentina reiteró su posición. El asunto fue considerado nuevamente en la XIX Reunión Extraordinaria del GMC en Brasilia el 08-11-00 dando por concluida su intervención sin llegar a una solución. Brasil solicitó el 24-01-01 a la SAM la constitución de un Tribunal Ad Hoc de conformidad con el capítulo IV del PB.

97) La no aceptación de Argentina a entablar Negociaciones Directas de acuerdo con el capítulo II del PB no impide considerar que se ha cumplido dicha etapa prevista en el PB

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

como el primer escalón en el sistema de solución de controversias. La obligación que impone el PB es la de procurar una solución mediante negociaciones directas -a lo que se dio cumplimiento en el caso- y no de lograr que tales negociaciones se realicen y menos aún que sean eficaces. De lo contrario, además, caería todo el sistema de solución de controversias ya que su puesta en funcionamiento dependería de la voluntad de cada parte reclamada de entrar en negociaciones directas o no. Por lo demás éstas han sido diseñadas en el esquema de solución de controversias como una instancia breve -15 días- para dar una oportunidad final a las partes de llegar a un entendimiento antes de ingresar en las etapas siguientes del procedimiento. La no aceptación de una de ellas a usar de esa oportunidad no puede obstaculizar el desarrollo del procedimiento. Este reconoce a la parte reclamante la facultad de avanzar de etapa en etapa sin que la parte reclamada en ningún momento pueda detener la marcha del procedimiento. Una solución diferente sería incongruente con el conjunto del sistema de solución de controversias y lo privaría de sentido al hacerlo potestativo de la parte reclamada. Argentina tampoco lo ha pretendido y su conducta ratifica el procedimiento, sin perjuicio de mantener su posición en cuanto a la normativa aplicable a la investigación de dumping intrazona. Punto sobre lo cual este Tribunal no adelanta aquí su opinión, que será expuesta más adelante.

98) La actuación del Tribunal, registrada en el expediente y en las Actas, se ha cumplido conforme a lo dispuesto por el PB y su Reglamento, por el POP y por las Reglas de Procedimiento del Tribunal. Las Partes han presentado los escritos correspondientes, se ha producido la prueba y se ha realizado la audiencia, quedando así completa la actividad de las Partes de conformidad con los instrumentos referidos. En consecuencia, y estando dentro del plazo previsto en el artículo 20 del PB, 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 PB y en el artículo 22 del Reglamento de ese Protocolo.

II-B) Cuestión previa.

99) Bajo este título corresponde examinar dos aspectos, ambos relacionados con la competencia del Tribunal y que, por tanto, requieren ser resueltos *ab initio*.

100) En primer lugar, en etapas previas al arbitraje Argentina ha señalado que a su juicio el sistema de solución de controversias del Mercosur no es aplicable en la especie pues el PB rige para controversias relativas a la "interpretación, aplicación o incumplimiento" de la normativa Mercosur y en el caso no existe tal normativa. Aun cuando el argumento no ha sido retomado para impugnar esta instancia arbitral participando Argentina en ella sin objeciones, el Tribunal considera necesario pronunciarse al respecto ya que el punto hace a su propia competencia.

101) El Tribunal afirma la procedencia de aplicar el PB en el caso de autos. El solo hecho de que Brasil y Argentina discrepen sobre la existencia o no de normas del Mercosur que regulen la investigación del dumping intrazona y la aplicación de medidas antidumping, así como el eventual alcance de esas normas, determina claramente la existencia de una controversia en los términos del PB (art. 1), o sea, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del Mercosur y hace aplicable el sistema de solución de controversias.

102) Brasil afirma que hay un disciplinamiento Mercosur de la investigación y de la aplicación de medidas en relación con el dumping intrazona y Argentina lo niega afirmando a su vez que las normas Mercosur reconocen que esa materia ha sido preservada para sí por cada uno de los EPM quienes la regulan por medio de sus autoridades y de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales. Brasil considera que el procedimiento seguido por Argentina para dictar la resolución ME 574/2000 y el contenido de ésta implican inconsistencia con la disciplina normativa Mercosur que rige en la materia, mientras Argentina sostiene que el procedimiento realizado de acuerdo con su legislación nacional es

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

arreglado a derecho. Brasil afirma la competencia de este Tribunal para examinar el procedimiento seguido por Argentina a la luz de las normas Mercosur. Argentina considera que el Tribunal es incompetente para analizar un procedimiento cumplido por autoridades nacionales de acuerdo con su legislación. Sin embargo, "la existencia de una controversia internacional exige que sea establecida objetivamente. El simple hecho de que la existencia de una controversia sea discutida no prueba que esta controversia no exista". (Corte Internacional de Justicia, Recueil, 1950, pag 74; en la sentencia sobre la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, del 30 de marzo de 1950). No cabe duda de que se trata de opiniones y de pretensiones opuestas entre sí lo que configura una controversia y que ésta es a propósito de la normativa del Mercosur cuya interpretación será necesario realizar para dilucidar la controversia, o sea, es claramente el ámbito de aplicación del PB según su artículo 1.

103) El Tercer Tribunal Arbitral (salvaguardias) llega en su caso a la misma solución: "Argentina sostiene que la ausencia de normas dentro del Mercosur que regulen esta materia específica demuestra que tampoco hay obligación si no hay obligación bajo Mercosur no puede haber incumplimiento bajo la normativa Mercosur y por tanto el Tribunal no tiene jurisdicción" (pág. 9). Dice más adelante: "el Tribunal entiende que en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa Mercosur" (pág. 10). Concluyendo que las diferentes posiciones asumidas por las partes "son suficiente evidencia para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia" (pág. 10). Solución que para el caso de autos recoge también el presente Tribunal, ratificando su competencia para conocer en la controversia que se le ha sometido.

104) El segundo aspecto, relacionado en alguna medida al anterior, consiste en la solicitud de Argentina de que la cuestión de la existencia o no de normas Mercosur relativas al dumping intrazona y de si las normas que eventualmente existieran son aplicables a la presente controversia sea resuelta por el Tribunal como cuestión previa y de que si éste concordara con la interpretación de Argentina dé por terminada su actuación.

105) Al respecto el Tribunal se inclinará a tratar esas cuestiones en forma conjunta con las restantes argumentaciones y no en forma previa. Las alegaciones de las partes suponen la consideración de varios y complejos aspectos legales, estrechamente interrelacionados, que exceden la decisión sobre si hay norma Mercosur en esta materia o no. También hay que considerar cuál o cuáles serían esas normas si las hubiere así como el efecto jurídico que tendría cada una en el caso de autos. Aun la ausencia de normas daría lugar a indagar cuál sería el efecto de esa ausencia. Y naturalmente lo que resulte de ese análisis está relacionado con las inconsistencias legales aducidas por la Reclamante. Decidir este entramado de cuestiones ligadas y dependientes entre sí implica decidir el fondo de la controversia planteada.

106) El Tribunal concuerda también en este aspecto con las conclusiones del Tercer Tribunal Arbitral que ante un planteo similar dijo: "El Tribunal entiende que la cuestión de si el Mercosur expresamente permite o no la aplicación de medidas de salvaguardias bajo el derecho Mercosur y de si hay o no una obligación que se desprende de esas disposiciones, es una cuestión que debe ser considerada y decidida como una cuestión de fondo y no como una cuestión preliminar" (pág. 11).

II-C) Objeto.

107) El objeto de las controversias bajo el PB queda determinado por los escritos de presentación y de respuesta, según dispone el artículo 28 del Reglamento del PB, y la decisión del Tribunal deberá recaer sobre dicho objeto, examinando por tanto el contenido completo de las dos presentaciones inclusive los petitorios (cfr. Tercer Tribunal Arbitral, literal B, pág. 13). No obstante, desde que el PB y el POP prevén un sistema de solución de controversias que comprende etapas previas al arbitraje y que obligatoriamente deben cumplirse para llegar a éste, "no puede 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" (Primer Tribunal Arbitral, párrafo 53). De acuerdo con este criterio no integra el objeto de la controversia la cuestión de la presunta inconsistencia de la valoración aduanera que aplicaría la Aduana Argentina a las exportaciones de pollos de origen brasileño con respecto a la DEC CMC Nº 14/94. Este punto, en efecto, no fue planteado en las etapas anteriores e implica una cuestión diferente a la legitimidad de la Resolución Nº 574/2000 (que nada resuelve a ese respecto) o a la discusión sobre la existencia o no de normativa Mercosur en materia de dumping intrazona.

108) En resumen, el objeto de la controversia definido por los escritos de las partes consiste en lo siguiente:

(1) Brasil afirma que la resolución ME 574 y los procedimientos de investigación antidumping en los que se basa no son compatibles con la normativa Mercosur sobre investigación y aplicación de derechos antidumping en el comercio entre los EPM y que esta materia se rige por el Marco Normativo aprobado por la decisión CMC 11/97. Argentina, a su vez, afirma que los procedimientos de investigación antidumping y la resolución ME 574 no están sujetos a normativa Mercosur sino que se rigen por la legislación nacional argentina. La decisión CMC 11/97 y el MN no están vigentes. Tampoco hay otra norma vinculante para los EPM. Ninguna norma Mercosur o nacional habilita a un Tribunal Arbitral del Mercosur a revisar procedimientos cumplidos por un EPM bajo su legislación nacional.

(2) Brasil sostiene que Argentina no actuó de conformidad con el MN, no respetando los procedimientos de investigación y de aplicación de medidas antidumping e incurriendo en inconsistencias con la normativa. En el caso de autos no existen los elementos necesarios para aplicar esas medidas. En tanto que Argentina, en subsidio, sostiene que los procedimientos seguidos para llegar a la resolución ME 574 fueron conforme a derecho según su legislación nacional.

(3) En los petitorios, Brasil solicita que el Tribunal declare el incumplimiento por el gobierno argentino de las normas del MN que cita y que en consecuencia ordene a dicho gobierno la revocación en el plazo de quince días de la resolución ME 574. Mientras que Argentina solicita que se rechace la demanda brasileña y su petitorio y que se ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos, solicitando además, en subsidio, que se declare que el procedimiento se llevó a cabo conforme a derecho.

109) El Tribunal deberá decidir la controversia en el marco del objeto señalado. A tal fin se propone atender y dilucidar por su orden las cuestiones siguientes:

a- ¿Hay normas Mercosur que regulan expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona? ¿y en tal caso cuáles y con qué efecto? (párrafos 110 a 131)

b- Si no hay normas Mercosur que regulen expresamente esa materia ¿Cuál es la consecuencia? ¿Qué régimen jurídico se aplica? (párrafos 132 a 148)

c- Si hay normas Mercosur aplicables al caso de autos ¿Es competente el Tribunal Arbitral para verificar si tales normas fueron cumplidas en el procedimiento que culminó con la

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

resolución ME 574? En caso afirmativo, ¿ese procedimiento fue arreglado a derecho? (párrafos 149 a 215)

II-D) Existencia o no de normas Mercosur que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona.

II-D-1) Normas invocadas.

110) Las partes Reclamante y Reclamada han citado en sus escritos de Presentación (II, A, 4) y de Respuesta (pag 31) las normas emitidas por los órganos del Mercosur que a su juicio pueden tener incidencia en la controversia, entre otras: DEC CMC Nº 3/92 (extrazona), DEC CMC Nº 7/93 (extrazona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC Nº 108/94 (extrazona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM Nº 05/95 (intrazona), DEC CMC Nº 18/96 (Protocolo de Defensa de la Competencia), DEC CMC Nº 11/97 (Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países no Miembros del Mercosur- MN), DEC CMC Nº 28/00 (Defensa Comercial de la Competencia) y DEC CMC Nº 64/00 (Defensa Comercial y de la Competencia) y DEC CMC Nº 66/00.

II-D-2) Alcance y vigencia.

Cabe formular dos precisiones al respecto:

111) En primer lugar que varias de las normas mencionadas se refieren solamente al dumping extrazona. Si bien pueden ser ilustrativas acerca de la dirección e intencionalidad de los EPM en cuanto a la regulación de esta materia o pueden servir como elemento de comparación con normas relacionadas con el comercio dentro del Mercosur y así contribuir a la interpretación o inteligencia del conjunto normativo tomando en cuenta su contexto, no constituyen de por sí una fuente válida de obligaciones intrazona ni sus disposiciones de por sí pueden aplicarse por extensión o analogía para regular el comercio regional.

112) En segundo lugar corresponde observar que algunas de las normas citadas no han cumplido con la obligación de incorporación o internalización a los respectivos ordenamientos jurídicos de los EPM según establecen los artículos 40 y 42 del POP, sin lo cual no entran en vigor (POP, art. 40, literal iii). El cuadro de vigencia de las normas Mercosur que lleva la SAM con la información proporcionada por los EPM sobre el proceso de incorporación de normas indica que están o han estado en vigor las que se refieren a aspectos como intercambio de información (RES GMC Nº 63/93, DIR CCM Nº 05/ 95) o encargos a órganos del MERCOSUR (DEC CMC Nº 28/00, DEC CMC Nº 66/00) y no contienen normas que disciplinen el procedimiento de investigación de dumping y de aplicación de medidas antidumping. Otras se hallan pendientes de análisis o de información y no se ha producido su incorporación (DEC CMC Nº 129/94, DEC CMC Nº 64/00). Mientras que las decisiones CMC18/96 y 11/97 no están en vigencia.

113) De acuerdo con las precisiones efectuadas, ninguna de las normas Mercosur vigentes contiene una disciplina común para la investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping en el comercio dentro del Mercosur; conclusión que resulta, no ya de la falta de un requisito de forma menor o trivial, sino de la propia naturaleza del sistema de emisión de normas en el Mercosur que asigna a la incorporación y al acto de notificación de la misma por los EPM el carácter de un requisito indispensable para la vigencia y aplicación de las normas, como se verá más adelante.

II-D-3) Obligatoriedad y vigencia.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

114) Los órganos del Mercosur con capacidad decisoria son definidos por el POP expresamente como de naturaleza intergubernamental (art. 2) lo que excluye de por sí la aplicación directa e inmediata de sus normas en cada uno de los EPM. Tampoco hay ninguna norma del Mercosur o de los EPM que autorice, pese a la condición de intergubernamental, la aplicación directa de la normativa emanada de los órganos comunes. Este criterio está confirmado por el régimen de incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los EPM, detallado en el artículo 40 del POP al que se halla sujeta esa normativa y sin cuyo cumplimiento no entra en vigencia. Asimismo el propio artículo 42 que reconoce el carácter obligatorio de las normas emitidas por los órganos con capacidad decisoria hace referencia a la incorporación de esas normas "cuando sea necesario". Aparte de que la aplicación directa de las normas Mercosur no sería compatible con el régimen constitucional de algunos de los EPM.

115) Es verdad que el POP dispone también que las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria tendrán carácter obligatorio (art. 42) y que las decisiones del CMC serán obligatorias para los Estados Partes (art. 9), mientras que el artículo 38 del mismo Protocolo recoge el compromiso de los EPM de adoptar en sus respectivos territorios todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria.

116) El régimen resultante, sin embargo, no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina "de vigencia simultánea" -por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema por el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40. Procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial.

117) A su vez la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: "adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur" (POP, art. 38) y además, agrega en forma imperativa el artículo 42, "cuando sea necesario, deberán, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales". Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB. En esta línea, y de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán los Estados -obligación de no hacer- realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.

118) Lo cual sin embargo no significa que la norma está vigente y que sus disposiciones son ya aplicables. Menos todavía si la norma en cuestión es, como en el caso de autos, un conjunto de disposiciones para regular la investigación del dumping y la aplicación de medidas antidumping entre los EPM. Mientras ese conjunto de disposiciones no sea incorporado por todos los Estados no está vigente. La obligatoriedad de las normas en el régimen del Mercosur no suple los requisitos establecidos para su vigencia y para que ésta se produzca es indispensable que todos los EPM hayan transitado la vía del artículo 40 del POP.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

119) La apreciación de cuándo es necesario proceder a la incorporación queda en definitiva en manos de cada Estado, como es natural en la estructura institucional del Mercosur. La necesidad de incorporar la norma al respectivo ordenamiento y la forma de hacerlo dependerá del correspondiente sistema constitucional cuya interpretación es una potestad de cada Estado no delegada a los órganos del Mercosur o a los demás EPM. La SAM por consiguiente se limita a registrar en el cuadro de vigencias las notificaciones de los EPM al respecto. La DEC CMC N° 23/00 que disciplina el procedimiento de incorporación ratifica esa posición dominante de los EPM en la apreciación de cuándo procede la incorporación y de cómo se realiza. La conclusión es la misma aun en los casos en los que según esa decisión (artículo 5) no se requiere incorporación: normas relativas al funcionamiento interno del Mercosur y normas cuyo contenido estuviera contemplado ya en la legislación nacional. En las primeras para excluir la incorporación se necesita el entendimiento conjunto de los EPM formalmente consignado en la misma norma. En las segundas se necesita la notificación del propio Estado a la SAM de que la norma Mercosur está contemplada por una norma nacional e indicando cuál es ésta.

II-D-4) Consideraciones específicas sobre las normas en las que las Partes en esta controversia han hecho mayor hincapié: DEC CMC Nos. 18/96 y 11/97.

120) Ninguna de las dos normas está vigente, según indica el cuadro de vigencia de normas llevado por la SAM donde se registran las comunicaciones de los EPM. En lo que se refiere a la 18/96 ni Argentina ni Uruguay la han incorporado. En cuanto a la 11/97 Paraguay y Uruguay no la han incorporado, Argentina hace referencia a la "ley 24.425 - Acuerdo OMC" y Brasil anota "Status de norma bajo solución de controversias" que a partir de la presente controversia sustituye la nota anterior de "No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento Común". Desde el momento en que ninguna de las dos normas ha sido incorporada por todos los EPM, ninguna de ellas está en vigencia.

121) Las dos decisiones tienen una estructura formalmente similar, componiéndose de un cuerpo con varias disposiciones una de las cuales aprueba una normativa extensa que va como anexo y que forma parte integrante de la decisión. En la 18/96 se trata del Protocolo de Defensa de la Competencia en el Mercosur y en la 11/97 del Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur.

122) No procede, a juicio del Tribunal, la interpretación de la vigencia parcial de esas normas según la cual las disposiciones de las mismas que no necesitan incorporación estarían vigentes, mientras que aquéllas que la requirieran no lo estarían. El procedimiento de comunicación de las incorporaciones previsto en la CMC 23/00 no distingue entre el cuerpo de las normas y los anexos que también las integran. La vigencia parcial produciría una situación inaceptable de incertidumbre jurídica. En todo caso correspondería a cada Estado informar sobre las disposiciones que requieren incorporación y aquéllas que no la necesitan, lo que no ha sucedido en la especie. Además el separar la vigencia de disposiciones diversas contenidas en una misma norma es una tarea siempre delicada cuyo acierto es dudoso y más si no hay una orientación precisa y un criterio único para realizarla. Un conjunto de disposiciones que son parte de una misma norma -cuerpo y anexos- reflejan una visión común y un equilibrio entre sus partes en el que se sustenta el consentimiento dado por los EPM para su aprobación. Máxime cuando el contenido de las disposiciones que forman el cuerpo no son meras cuestiones de trámite o de funcionamiento sino que disciplinan cuestiones sustantivas: indican la aplicación de todo un orden normativo para regular las investigaciones de dumping y la aplicación de medidas al respecto intrazona.

123) Por otra parte la conclusión es la no vigencia, aun en un examen separado de cuerpo y anexos de las decisiones analizadas. En el cuerpo de la decisión 18/96 el artículo 2 dispone que en las investigaciones de dumping intrazona se aplique la legislación nacional hasta el 31-12-00 mientras los EPM analizan la forma de regular esa materia. La decisión 11/97, por

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

el artículo 9 de su cuerpo, se remite a la 18/97 "en consonancia con" el artículo 3 de la propia decisión 11/97. El cual manda que hasta la aprobación del Reglamento que habrá de elaborarse se aplique al dumping de extrazona la legislación nacional "de conformidad" con el MN y que los EPM hagan los ajustes necesarios en su legislación nacional para armonizarla con el MN. Régimen que el artículo 3 extiende entonces a los casos intrazona.

124) Resulta evidente que la materia tratada en el cuerpo de las dos decisiones bajo análisis tiene relevancia legislativa y requiere incorporación al igual que la normativa contenida en los respectivos anexos. El artículo 2 de la decisión 23/00 sobre incorporación de normas dice, recogiendo la práctica seguida, que los EPM deben notificar a la SAM la incorporación indicando la norma nacional que la hace efectiva, lo que no ha ocurrido en el caso de las normas analizadas. Tampoco ha habido comunicación de que la incorporación no fuera necesaria.

125) A mayor abundamiento cabe anotar con respecto a la decisión 18/96 que si se entendiera que el mandato de aplicar la legislación nacional sólo es la ratificación del régimen vigente y por tanto redundante -no necesitaría incorporación- ello chocaría con el límite temporal que marca hasta el 31-12-00. Pues en este caso, el CMC estaría poniéndole plazo a la vigencia y aplicación de la ley nacional, algo que claramente necesita incorporación. Al contrario, si el artículo 2 de la decisión 18/96 fuera una norma que estableciera *ex novo* la aplicación de la ley nacional, obviamente también necesitaría incorporación. De hecho, Argentina no comunicó ni la incorporación ni la falta de necesidad de hacerla.

126) Con respecto a la decisión 11/97 corresponden apreciaciones de similar tenor. Aparte del hecho de que no ha sido incorporada por todos los EPM, Brasil en su notificación inicial a la SAM indica que no la ha incorporado, supeditando la incorporación a la aprobación del Reglamento Común. Por otro lado el MN es un conjunto de disposiciones que como lo indica su propio título -Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur- está destinado a ser la referencia para la elaboración del Reglamento Común, como lo destaca también el artículo 2 del cuerpo de la decisión 11/97 al instruir a la Comisión de Comercio del Mercosur que "elabore, a partir del Marco Normativo, las normas complementarias que considere necesarias para la elaboración y aplicación del Reglamento Común Antidumping".

II-D-5) Normas OMC.

127) La existencia en todos los EPM de una misma normativa en materia de comercio internacional resultante de la ratificación por todos ellos de los acuerdos de Marrakech no significa, sin embargo, que se trate de una normativa Mercosur, o sea, de una disciplina común adoptada formalmente para regir sus relaciones recíprocas comerciales dentro del sistema regional de integración. Desde este punto de vista, la similitud de las legislaciones por la vía de la ratificación de los acuerdos con los que finalizó la Ronda Uruguay del GATT no es un rasgo distintivo y propio de los países del Mercosur sino un factor común con la mayor parte de los estados de la comunidad internacional del cual no cabe derivar ningún compromiso específico de carácter regional.

128) El paralelismo evidente entre el MN y las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC no basta tampoco para darle carácter de normativa Mercosur a la normativa de la Organización Mundial de Comercio. En primer lugar porque, como ya se vio, la decisión 11/97 que aprueba el MN no está en vigencia. En segundo lugar porque aunque existe paralelismo en las normas hay también diferencias como el ámbito territorial de aplicación y las autoridades de aplicación.

129) El hecho de que todos los países del área tengan una misma legislación no significa de por sí que tal legislación constituye normativa Mercosur, es decir, un disciplinamiento común de una determinada materia a propósito del cual se puedan plantear cuestiones de

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

interpretación, aplicación o incumplimiento que susciten el funcionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur. Tal legislación continúa siendo legislación nacional, fuera del ámbito Mercosur.

130) La aplicación de normativa OMC como normativa Mercosur es posible sólo por remisión expresa a aquélla de una norma del Mercosur. El Segundo Tribunal Arbitral al examinar el tema de los incentivos a las exportaciones tuvo en cuenta las disposiciones en la materia emanadas de los compromisos asumidos en el GATT en atención a la decisión 10/94 del CMC que expresamente se remitió a esas normas (Segundo Tribunal Arbitral, párrafos 58, 66 y 67). El presente Tribunal afirma también ese criterio y, por tanto, no considera normativa Mercosur a la de la OMC referida al caso, o sea, el Acuerdo Antidumping. El paralelismo del MN con el AD OMC no valida la aplicación de aquél como norma Mercosur.

II-D-6) Conclusión sobre normativa expresa Antidumping.

131) De acuerdo con las consideraciones expuestas resulta que no hay normativa Mercosur vigente que regule en forma expresa la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona.

II-E) Derecho aplicable en ausencia de normas Mercosur que regulen expresamente el régimen antidumping intrazona.

132) La ausencia de normas Mercosur vigentes que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping intrazona no significa, sin embargo, que esa materia sea ajena al cuadro normativo del Mercosur y que por tanto queda fuera de su ordenamiento. El Tratado de Asunción, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera, en efecto, proporcionan las referencias jurídicas necesarias para abordar y resolver la cuestión planteada. Además de que, como se verá más adelante, el TA contiene una referencia específica al dumping relevante para el caso de autos.

II-E-1) Principio general.

133) El plan original del TA preveía un breve período de transición hasta el 31-12-94 para llegar al Mercado Común. Los hechos sobrevinientes mostraron la imposibilidad para los EPM de cumplir en tiempo la meta establecida, modificándose en consecuencia los plazos y los objetivos. Resultado de ello es la decisión de ir a una Unión Aduanera con un régimen de adecuación que concluyó para los cuatro EPM el 31-12-99, quedando el Mercado Común como un objetivo más distante sin plazo determinado.

134) La frustración del propósito inicial y las dificultades notorias en el funcionamiento de la Unión Aduanera no privan de contenido ni de vigencia a las normas que determinaron la libre circulación de bienes en el área, eliminando las restricciones arancelarias, no arancelarias, para-arancelarias u otras de efecto equivalente que afecten el comercio intrazona. Previsto el fin de esas restricciones inicialmente para el 31-12-94, la postergación de los plazos reconocida en el Régimen de Adecuación Final trasladó esa fecha al 31-12-99 cuando los EPM debían tener eliminadas totalmente las restricciones con las excepciones expresamente admitidas de los regímenes especiales para azúcar y automotores, así como las medidas de carácter no comercial previstas en el Tratado de Montevideo de 1980 (art. 50). De esta manera, y en esa fecha, quedó habilitado y consagrado de derecho el principio de la libre circulación de bienes en el territorio del Mercosur.

135) Desde entonces, cualquier limitación o restricción a ese principio de libre circulación está prohibida. A su vez, el TA da una definición amplia de 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" (TA, Anexo I, art. 2, b). La jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Mercosur confirma el

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

criterio de que a partir de 1999 la libre circulación de bienes es la norma Mercosur y que las restricciones, entendidas en el sentido amplio indicado, no están permitidas.

136) El Tercer Tribunal (Salvaguardias) destaca el propósito de las Partes de crear un "territorio donde el libre movimiento de mercaderías sin obstáculos sería la regla básica en las relaciones comerciales" de acuerdo con el TA (art. 1) y su Anexo I, entendiendo que del Programa de Liberación y del Anexo IV al TA sobre salvaguardias "surge que al momento en que la liberación comercial fuera lograda, las partes explícitamente renunciaban a la utilización de obstáculos al libre comercio, como ser la aplicación de medidas de salvaguardia". Concluye diciendo que "como resultado de la implementación del Programa de Liberación Comercial y del hecho de haber alcanzado el libre comercio intra-zona, el uso de medidas de salvaguardias ya se encontraba prohibida" (pág. 18). Más adelante (pág. 27) resume su posición expresando: "En consecuencia, en tanto los miembros de Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa a contrario, prevalece el principio de libertad de comercio entre los miembros del Mercosur".

137). Por su parte, el Segundo Tribunal (exportación de carne de cerdo) cita el párrafo 65 del laudo del Primer Tribunal (licencias de importación) que dice: "la libertad 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 así la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración:" Concluyendo por su parte el Segundo Tribunal (párrafo 55): "Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso."

138) El Primer Tribunal afirma que "El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el Mercosur" (párrafo 66), en tanto que en el resumen de sus conclusiones para el laudo expresa: "Luego de la revaluación del Mercosur realizada por las Partes, la eliminación de todas las RA (restrictiones arancelarias) y RNA (restrictiones no arancelarias) 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 Final y con él el fin de las RA." (párrafo 85, numeral (vii)

139) El papel central de la liberación comercial, reconocido por la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales, resulta en forma incuestionable de la normativa del Tratado de Asunción que hace de la eliminación de todas las barreras al comercio regional la única obligación impuesta inmediatamente por el tratado y con una fecha determinada para su consumación. Los EPM "acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones" al comercio recíproco y disponen que a esa fecha "quedarán eliminadas todas las restricciones no arancelarias (TA, Anexo I, arts. 1 y 10). Obviamente las fechas y las referencias al Mercado Común son modificadas por el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que culmina el 31-12-99. Los demás instrumentos propuestos para llevar adelante el proceso de integración no tienen fecha para hacerse efectivos y aunque vinculados programáticamente a la liberación comercial no la condicionan ni restringen, como surge de los artículos 1 y 5 del TA, aun en elementos como la coordinación macroeconómica (donde se habla de gradualidad y convergencia con la liberación comercial); la coordinación para asegurar las condiciones de competencia entre los EPM; la coordinación de políticas comerciales frente a terceros países; o el Arancel Externo Común.

140) La posición central de la liberación comercial consagrada en términos jurídicamente obligatorios por la normativa originaria y reiterada en los ajustes realizados en las metas y objetivos del Mercosur se halla reflejada a su vez en la realidad operativa del Mercosur en la que el comercio intrazona es la piedra angular sin la cual el emprendimiento regional

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

quedaría vacío de contenido. De ahí que tanto por razones jurídicas como por la materialidad de las relaciones creadas al amparo de la normativa Mercosur, las eventuales limitaciones a la libre circulación deban ser colocadas y examinadas bajo esa perspectiva.

141). Sin embargo, subsisten en los hechos trabas de diferente naturaleza -doble cobro del Arancel Externo Común, no reintegro con arancel cero al país de origen de mercadería exportada intrazona, requisitos y medidas impuestos por autoridades locales, departamentales o estatales, formalidades aduaneras intrazona e incluso los requisitos de origen- que mantienen ciertas condiciones de fragmentación en el mercado regional que sin privar de vigencia al principio establecido de libre circulación perturban en la práctica su plena aplicación. Tales prácticas han de ser encaradas con el criterio de que las excepciones a la libre circulación deben resultar de textos expresos y aun las excepciones admitidas - como las medidas no comerciales del artículo 50 del TM80- tienen que estar destinadas efectivamente a su finalidad propia y declarada, a fin de no ser una forma encubierta de restricción comercial y como tal no admisible (Cfr. Primer Tribunal Arbitral, párrafos 81 y 85 viii).

II-E-2) -Referencia específica al dumping en el TA.

142) El TA en su artículo 4 dispone que los EPM en sus relaciones con terceros países asegurarán condiciones equitativas de comercio a cuyo efecto "aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal". Esto es, la obligación de los EPM con respecto al dumping extrazona consiste en "inhibir importaciones" cuyos precios estén influídos por dumping, aplicando para ello la legislación nacional.

143) La segunda parte del mismo artículo 4 dispone que "paralelamente" los EPM "coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial". O sea que, con respecto al llamado dumping intrazona, el TA no autoriza medidas unilaterales bajo la legislación nacional a fin de inhibir importaciones cuyo precio estuviera afectado por esa práctica. Establece una secuencia de acciones, la primera de las cuales es la coordinación de políticas nacionales y la segunda, lograda la anterior, es la elaboración sobre esa base de las normas comunes sobre competencia comercial. Establece así el TA dos regímenes diferentes: uno para el dumping extrazona y otro para el intra zona al que no menciona como tal y engloba bajo el rubro de competencia comercial. Ordena para el primero inhibir las importaciones mediante legislación nacional y para el segundo la elaboración y aplicación de normas comunes sobre competencia comercial.

144) Congruente con esta solución, el TA no incluye la aplicación de medidas antidumping intrazona entre los instrumentos a los que reconoce vigencia durante el período de transición o más allá de éste y que son, o pueden llegar a ser, restricciones al comercio regional según la muy amplia definición de restricciones que proporciona el artículo 2 del Anexo I al TA. Tales son los casos de las normas de origen y la aplicación de salvaguardias expresamente reconocidas o las medidas no comerciales permitidas por el artículo 50 del TM 80. Solución ésta que el Tratado no recogió para el llamado antidumping intrazona ni siquiera durante el período de transición.

II-E-3)-El dumping en las uniones aduaneras y áreas de libre comercio.

145) Los principios y disposiciones de derecho internacional a los que cabe acudir según el artículo 19 del PB están en la misma línea. Corroboran que la libertad de circulación de bienes y la ausencia de restricciones es propio de la naturaleza de las áreas de libre

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

comercio y las uniones aduaneras, como lo recoge la normativa de la OMC. El artículo XXIV del GATT 1994 dispone en su párrafo 8 (a i) y (b) que esos sistemas de integración se caracterizan por la eliminación de los derechos y de las regulaciones restrictivas del comercio. Mientras que el Entendimiento para la Interpretación del artículo XXIV dispone que las áreas de libre comercio y las uniones aduaneras, para ser compatibles con dicho artículo han de satisfacer, entre otras de sus disposiciones, el párrafo 8. Las excepciones admitidas por el artículo XXIV y que son señaladas expresamente -artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX- no incluyen el artículo VI relativo al dumping. De conformidad con este criterio la experiencia comparada de procesos de integración muestra que en el comercio dentro del espacio integrado no se aplican los mecanismos antidumping sino regímenes de defensa de la competencia sometidos a una disciplina común y administrados por organismos comunes y no por autoridades nacionales. Solución que expresamente adopta el TA en su artículo 4 examinado más arriba y que los EPM han tratado de implementar hasta ahora infructuosamente como se ve en la normativa invocada por las Partes.

146) En el caso del NAFTA, donde existen procedimientos antidumping, ellos resultan convalidados por el propio tratado el que, de todos modos, expresamente establece en el capítulo 19 mecanismos de revisión de la determinación final de dumping, daño y derechos compensatorios, a cargo de paneles binacionales y no exclusivamente nacionales. Mientras que con motivo de las recientes reuniones relacionadas con el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, ALCA, ha quedado de manifiesto la importancia que algunos países atribuyen a que en el acuerdo no se permitan medidas antidumping aplicadas unilateralmente por las autoridades de cada país conforme a su legislación nacional, entendiéndose que ello sería un instrumento restrictivo del comercio regional, considerando a dichas medidas barreras paraarancelarias que no deben existir.

II-E-4) -Conclusiones sobre el derecho aplicable.

147) La investigación del dumping y la aplicación de medidas antidumping intrazona deben ser analizadas a la luz de las normas referidas que establecen el régimen general del Mercosur, en el contexto de su sistema normativo y de acuerdo con sus fines y objetivos (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31, recogiendo la costumbre y la jurisprudencia internacionales; cfr. jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales: Primer Tribunal párrafos 49, 50, 51, 57, 59 y 60; Segundo Tribunal párrafo 55; Tercer Tribunal páginas 13 y 14).

148) El régimen de libre circulación de bienes consagrada por el TA, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera; la definición amplia de restricciones al comercio prohibidas que recoge el artículo 2 del Anexo I al TA; lo dispuesto en el artículo 4 del TA sobre el régimen aplicable en la zona (competencia comercial y no antidumping); y la ausencia de norma habilitante expresa que permita acudir a medidas antidumping en la región indican que la aplicación de medidas antidumping intrazona no es compatible con el principio de la libre circulación de bienes. Conclusión que es concorde con la jurisprudencia de los anteriores Tribunales Arbitrales Ad Hoc y es también conforme a la normativa del GATT-OMC en materia de áreas de libre comercio y uniones aduaneras, así como a la naturaleza de esos procesos de integración y a la práctica de los mismos.

II-F) Consecuencias y aplicación al caso de autos.

II-F-1) Características y finalidad de las medidas antidumping.

149) El examen del derecho aplicable lleva a considerar que los procedimientos y las medidas antidumping no son procedentes en los espacios integrados. En estos, ante presuntas prácticas comerciales desleales, se deben aplicar las reglas de la defensa de la competencia.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

150) La propia evolución de las normas Mercosur indica esa misma dirección, por más que no haya cristalizado en un régimen que tenga vigencia. En efecto, la sucesión de normas aprobadas al respecto, aunque no vigentes, demuestran la voluntad de los EPM de establecer una disciplina común en los procedimientos tanto extra como intrazona. El hecho de que esas normas no hayan alcanzado la vigencia no las priva de un valor indicativo e interpretativo de la voluntad de las Partes en el sentido de buscar una regulación común de esta materia para evitar, en el caso intrazona, la perturbación que podría generar para el comercio regional la aplicación de medidas antidumping. La DEC CMC N° 28/00 (Art. 2), entre otras normas, indica claramente que el procedimiento antidumping es considerado como un elemento de vigencia limitada, destinado a desaparecer, que ha de ser reemplazado por un régimen de defensa de la competencia que es la solución adecuada para los mercados integrados con libre circulación de bienes.

151) Es que, aun cuando el procedimiento antidumping puede estar destinado efectivamente a contrarrestar una conducta comercial desleal, también puede ser utilizado como un recurso de naturaleza comercial y de corte proteccionista, para impedir o limitar las importaciones desde otros mercados regionales y, así, evitar la competencia con la producción nacional.

152) En esta última hipótesis el procedimiento antidumping se vuelve un instrumento restrictivo del comercio que cabe en la definición del artículo 2 del Anexo I al TA y, como tal, es absolutamente incompatible con el régimen de libre circulación de bienes propio de las áreas de libre comercio y de las uniones aduaneras. De ahí que en los espacios económicos integrados se propicia la sustitución de ese mecanismo por las normas de defensa de la competencia las que contienen un disciplinamiento común, aceptado por todos los miembros del proceso de integración, y autoridades de aplicación también comunes. Con ello se evita el deslizamiento hacia el proteccionismo o la caída en él y, a la vez, se sancionan las conductas comerciales no ajustadas a una normativa común verificada por autoridades comunes.

153) La especialidad del caso en el Mercosur es que por un lado las medidas antidumping intrazona, como restricciones a la libre circulación de bienes, son incompatibles con la normativa que consagra a esta última y por el otro lado no existen ni normativa ni órganos comunes para aplicar una efectiva defensa de la competencia. Situación en cuyo contexto los EPM, de hecho, han continuado aplicando en esos casos sus respectivas legislaciones antidumping en el comercio intrazona.

154) La justificación de la adopción de medidas antidumping radica en la necesidad de defender la competencia. Esta, por su parte, presenta dos facetas (Jean Bernard Blaise, *"Droit des affaires"*, L.G. D. J., segunda edición, París, 2000, parágrafo 601, pags. 301 y 302). Por una parte procura mantener la competencia en sus justos límites de manera que se ejerza de una manera leal y razonable, lo cual sería contradicho por una mala aplicación del régimen antidumping pues éste requiere que la competencia no sea distorsionada ni eliminada, pues debilitar la competencia va en contra de los fines de un mercado común (Gabrielle Marceau, *"Anti-dumping and Anti-trust issues in free trade areas"*, Oxford University Press, Great Clarendon Street, 1994, pag. 141, con cita del art. 3 (f) del Tratado de CEE y fallo ECJ, Case 6/72, "Europemballage Corporation v. Commission" (1973) ECR 215, 244). En efecto, sería por ejemplo abusivo que quien se encontrara en una posición dominante en el mercado y se negara a vender a los consumidores finales dentro de su propio mercado se colocara como peticionante en una investigación antidumping, por lo que la autoridad tiene el deber de no tomar medidas de ese tipo que tuvieran como efecto la creación o el fortalecimiento de una posición dominante (Gabrielle Marceau, op. cit., pag. 143 y nota 61).

155) Por la otra procura proteger la existencia de la competencia en sí misma evitando la desaparición de actividades que pongan en peligro el proceso competitivo como sería el caso en que los consumidores pasaran a depender de una sola fuente de suministro extranjera o sucumbiera una industria viable en el país o en el mercado común (Gabrielle Marceau, op.cit., pag. 145 y nota 73). En ese sentido se ha expresado que el propósito, en fin de esta

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

legislación es mantener la igualdad de oportunidades (“*the purpose of this proposed legislation is to restore, so far as possible, equality of opportunity in business by strengthening antitrust laws and by protecting trade and commerce against unfair trade practices ...*”, Comité Judicial de la Cámara de Representantes de Estados Unidos de Norteamérica citado por Richard Dale, “*Antidumping Law in a liberal Trade Order*”, Saint Martin’s Press, New York, 1980, pag. 35).

156) Esto ha hecho pensar que la lucha contra los efectos nocivos de esas prácticas puede encauzarse abandonando el régimen antidumping, mediante su reemplazo por una adecuada normativa de defensa de la competencia, lo que ha sido llevado a cabo en Europa, expresándose que “*Uno de los objetivos básicos del sistema de competencia no falseada establecido en las normas de la Comunidad es evitar que la unidad del mercado único se vea amenazada por acciones que tienen por efecto el restablecimiento de barreras internas que han sido desmanteladas o que otorgan a ciertos operadores del mercado una ventaja desleal*” (Octavo Informe sobre la Política de Competencia de la Comisión de Comunidades Europeas de 1979, citado por Julio A. García López, “*La crisis del sistema G.A.T.T. y el derecho anti-dumping comunitario*”, Editorial Colex, Madrid, 1992, pag. 193).

157) No obstante, para que ello fuera eficaz debe ir, al menos, acompañado por la eliminación de la protección arancelaria o no arancelaria a la importación en el mercado interno de quien vende en condiciones de dumping, permitiendo un real mercado libre, así como por instituciones comunes facultadas para aplicar las reglas de defensa de la competencia en los territorios de todos los Estados Partes en relación con las restricciones al comercio originadas tanto en los sectores privados como en los públicos (del papel de trabajo presentado por Jacques H. J. Bourgeois, Asesor Legal Principal de la Comisión de las Comunidades Europeas, en la 22^a. Conferencia Bienal de la International Bar Association, Comité “C”, Buenos Aires, 25 al 30 de septiembre de 1988, bajo el título “*Antitrust and Trade Policy: A Peaceful Coexistence?*”), lo que hasta el momento no ha sido instituido en el MERCOSUR.

158) La inexistencia de un régimen de defensa de la competencia que neutralice las situaciones de predominio de ciertas empresas en un mercado ampliado, son circunstancias que han dado pabulo al mantenimiento de medidas antidumping en el comercio intrazona sin que se haya previsto una regulación específica para este fenómeno, tal como ha sucedido en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de América y en el posterior Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) que incluyó a México, además de a esos dos países.

159) En esta situación el AD OMC proporciona una referencia a la que cabe acudir no a título de normativa Mercosur, que no lo es, sino a través del artículo 19 del PB como principios de derecho internacional en la materia (Cfr. Segundo Tribunal Arbitral, párrafos 59 y siguientes, para esclarecer el concepto de subsidios), en este caso para ilustrar sobre el sentido y fin de los procedimientos antidumping.

160) La finalidad del AD OMC y del Acuerdo General GATT 1994 en el cual éste se enmarca consiste en neutralizar una práctica nociva del comercio internacional, fuere que la misma consistiera en una exportación predatoria o instrumentando una política empresarial de discriminación de mercados a través de precios diferenciales entre el vigente en el mercado doméstico y el del país al cual dirige sus exportaciones.

II-F-2) La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder.

161). Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una “desviación de poder” que viciaría el acto (Enrique Sayagués Laso, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1, Montevideo, 1963, parágrafo 280, páginas 449, 450; Cretella Junior, “Direito Administrativo do Brasil”, Tomo 3, páginas 175/176; Miguel S. Marienhoft, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, página 344).

162) La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin (Miguel S. Marienhoft en su “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II pág. 537, con citas de: Stassinopoulos, “Traité des actes administratifs”, pag. 217; Sarría, “Teoría del recurso contencioso administrativo”, pag. 188; Waline, “Droit Administratif”, pag. 480, París 1963; y Prat, “De la desviación de poder”. pag. 371).

163) Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado (Celso Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo 1993, pag. 186). En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, está en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder:

- a) no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros;
- b) perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica (Vedel, Georges, “Droit Administratif”, Tercera Edición. París, PUF, 1964 p 458 y 462).
- c) violar un principio de razonabilidad:
 - o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo;
 - o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia);
 - o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).

164) En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa.

165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe. Como dice Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández (“Curso de Derecho Administrativo”, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1998, tomo I, pag. 458): “los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad".

166) Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla.

En este sentido, la actividad administrativa está vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando "*el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto*" (Jean Rivero, "Droit Administratif", Segunda Edición , Dalloz, Paris,1962, pag. 225 a 260). Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.

167) En esa situación y a la luz de las consideraciones efectuadas corresponde al Tribunal Arbitral decidir si la investigación por dumping y las medidas antidumping tomadas como culminación del procedimiento en el caso de autos y establecidas en la resolución ME 574/2000 constituyen una restricción a la libre circulación de bienes consagrada en la normativa Mercosur.

168) Naturalmente, la tarea del Tribunal no consiste en practicar una revisión detallada de cada elemento del procedimiento ni en verificar su exacta concordancia con la legislación nacional argentina. Tampoco el cuestionamiento puede alcanzar al mero desacuerdo en la aplicación del derecho interno en la medida en que se respeten ciertos estándares internacionales (Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público", Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1969, pág. 309). El Tribunal deberá examinar los elementos y componentes principales del procedimiento y de su conclusión en medidas antidumping para determinar a través de factores o indicadores objetivos si tal procedimiento ha sido empleado como instrumento de restricción comercial, violatorio por tanto de la regla de la libre circulación de bienes o no. En otras palabras, en una función claramente jurisdiccional el Tribunal debe determinar si ha existido un simulacro en las formas para lograr un objetivo de bloqueo a la libre circulación ("*simulacre des formes pour masquer la violence*", sentencia arbitral del 21 de octubre de 1861 en el asunto "Yuille Shortridge & Co.", citado por Verdross, op. cit. pág. 307)

169) El Tribunal, en el cumplimiento de esa tarea, ha considerado en particular los aspectos siguientes:

II-F-3) Análisis del procedimiento antidumping aplicado en el caso a fin de determinar si hay desviación de poder.

II-F-3-a) Breve cronología de las etapas del procedimiento

170). El 2 de septiembre de 1997 el CENTRO DE EMPRESAS PROCESADORAS AVÍCOLAS (CEPA) de la República Argentina se presentó ante la Subsecretaría de Comercio Exterior (SSCE) dependiente del Ministerio de Economía de la República Argentina solicitando la apertura de investigación por importaciones de pollo eviscerado en condiciones de dumping, originario de la República Federativa de Brasil.

171). El 23 de septiembre de 1997 la CNCE por acta de Directorio N° 367 emitió opinión sobre la representatividad de las empresas adheridas formalmente a la solicitud de CEPA dentro de la producción local del producto similar. Por su parte el 21 de noviembre de 1997

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

mediante Disposición SSCE N° 33 la SSCE declaró admisible la solicitud presentada por CEPA.

172) El 7 de enero de 1998 por Acta de Directorio N° 405 la CNCE concluyó que no existían suficientes alegaciones de daño y amenaza de daño que justificaran el inicio de la investigación. Luego de ello CEPA acompañó nueva información y atento el estado del expediente el servicio jurídico del Ministerio dictaminó que “correspondía previo a todo trámite, solicitar la nueva intervención de la citada Comisión Nacional a fin de que se expida sobre los elementos aportados”.

173) El 22 de septiembre de 1998, por Acta de Directorio N° 464 la CNCE concluyó que existían suficientes alegaciones de amenaza de daño que justificaban el inicio de la investigación.

174) El 7 de enero de 1998 el Área Prácticas Comerciales Desleales y Salvaguardias (APCYyS) elaboró un “Informe Relativo a la Viabilidad de la Apertura de la Investigación” en el que se concluyó que “se ha verificado que existía práctica comercial desleal de comercio bajo la forma de dumping en gran parte de las operaciones de exportación hacia la República Argentina de pollos eviscerados originarios de la República Federativa de Brasil”.

175) El 20 de enero de 1999 mediante la Resolución N° 11/99 (SICyM) publicada en el Boletín Oficial del 25 de enero de 1999 la Secretaría de Industria Comercio y Minería declaró procedente la apertura de la investigación de dumping.

176) El 28 de junio de 1999 por Acta de Directorio N° 531 la CNCE concluyó preliminarmente que existían indicios de daño a la industria nacional causados por las importaciones investigadas; sin embargo teniendo en cuenta la conveniencia de analizar en profundidad las distintas causas de daño además de las importaciones investigadas, se consideró avanzar a la etapa final de la investigación sin aplicación de medidas provisionales.

177) El 6 de agosto de 1999 la Dirección de Competencia Desleal (DCD) elaboró su “Informe de Determinación Preliminar del Margen de Dumping” en el que concluyó que se había registrado margen de dumping en función de la relación entre los precios FOB de exportación a la República Argentina y el Valor Normal considerado oportunamente para el origen investigado. Determinó que el margen de dumping asciende a 13,08%.

178) El 7 de septiembre de 1999, la SSCE hizo saber a la CNCE que se había considerado adecuado pasar a la siguiente instancia del procedimiento a fin de profundizar en el análisis de todos los elementos de prueba aportados a las actuaciones en cuestión.

179) El 25 de noviembre de 1999 se efectuó en el ámbito de la CNCE la Audiencia Pública convocada por el Directorio de la CNCE mediante Acta N° 562.

180) El 23 de diciembre de 1999 la Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE) elaboró su Acta N° 576 mediante la cual emitió la “Determinación Final sobre la existencia de daño a la producción nacional causado por las importaciones realizadas en condiciones de competencia desleal” (fs. 2520 a fs. 2662 con anexos de fs. 2663 a fs. 2753), registrándose votos divididos. La mayoría compuesta por tres de los cuatro miembros concluyó que “*la industria nacional de pollos eviscerados enteros sufre daño importante causado por las importaciones en condiciones de presunto dumping originarias de la República Federativa de Brasil*”, mientras que el voto en disidencia expresó que “*la industria nacional productora de pollos enteros eviscerados no sufrió daño importante causado por las importaciones*”.

181) El 23 de junio de 2000 la DCD elaboró su “Informe de Determinación Definitiva del Margen de Dumping” (fs. 2985 a fs. 3089 con anexos de fs. 3090 a fs. 3201)), en el que concluyó que “*se ha arribado a la determinación final acerca de la existencia de práctica comercial desleal bajo la forma de dumping. Así, se han alcanzado, en su caso, márgenes de*

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

dumping en función de la relación detallada precedentemente entre los precios FOB promedio de exportación a la República Argentina y el Valor Normal del producto similar considerado oportunamente, teniendo en cuenta la información obrante en las actuaciones de referencia para cada caso particular y en función de la participación de las firmas interesadas en la presente investigación. Finalmente respecto de aquellas firmas para las cuales la Autoridad de Aplicación no contó con información adecuada, correspondió el uso de la mejor información disponible a efectos de la determinación final del margen de dumping".

182) Finalmente el día 21 de julio de 2000 se dictó la Resolución (ME) 574/2000, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 24 de julio de 2000, mediante la cual se aplicaron los derechos antidumping que son objeto de esta controversia.

II-F-3-b) Aspectos del trámite de la investigación de dumping.

183) La Dirección de Competencia Desleal invitó a las empresas exportadoras a llenar los cuestionarios tendientes a establecer la base de datos particularizada para cada empresa, así como también para que ofrecieran las pruebas que consideraran pertinentes y concedió las prórrogas de plazo solicitadas.

184) El 20/4/99 se presentaron a acompañar datos y ofrecer prueba las exportadoras SADIA S.A (expte. Nro. 061-003243/99 obrante en el cuerpo IX fs. 999), AVIPAL S.A._(el mismo expte. que Sadia aunque antes ya había hecho una presentación el 16/2/99 por nota), FRIGORÍFICO NICOLINI LTDA. (el mismo expte que Sadia aunque complementado con la presentación por expte. Nro. 0061-003244/99 obrante en el cuerpo IX, fs. 1000), SEARA ALIMENTOS S.A. (expte. 061-003241/99 obrante en el cuerpo VIII, fs. 998, Folios 1 a 141), FRANGOSUL S.A. AGROAVÍCOLA INDUSTRIAL (quien se presenta el 27 de abril de 1999 por expediente nro. 061-003502/99 obrante en el cuerpo XI, Fs. 1022).

185). Argumentan las exportadoras acerca de "la imposibilidad de agregar la totalidad de las facturas de venta en el mercado interno debido a su cantidad diaria que se cuenta por decenas de miles, por lo que ha sido sustituida por precios representativos del período, circunstancia ésta que podrá ser verificada mediante la verificación de la documentación en el país de origen y por la agregación de las publicaciones sobre precios en el mercado interno". Ante esto la autoridad de aplicación manifiesta no desconocer la dificultad que se presenta en situaciones como éstas por lo que sugiere que se indiquen alternativas técnicas y metodológicas para solucionar ese inconveniente.

Más tarde SADIA acompañó un listado de notas fiscales por expediente 061-007775/99 del 26/8/99 agregados en el Cuerpo XXX a Cuerpo XLVIII, fs. 2311. Con posterioridad la autoridad competente pidió aclaración sobre las condiciones de pago e impuestos mediante nota del 28/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2427 y 2428). Asimismo se le pidió a la empresa la presentación de la documentación respaldatoria correspondiente a la muestra realizada por la Dirección con detalle de los números de las notas fiscales que se requieren y su fecha de emisión (Cuerpo LIX, fs. 2475 a 2479) Luego de un pedido de prórroga SADIA acompañó los datos requeridos (ver fs. 3027). Por su parte AVIPAL a través de expediente 061-12454/99 (Cuerpo LX, fs. 2505) remite soportes magnéticos con listados de notas fiscales, FRIGORÍFICO NICOLINI acompañó copia de las notas fiscales sin traducción, correspondientes a los años 1997 1998 y los tres primeros meses de 1999 mediante Expediente nro. 061-007774/99 del 26/8/99, y mediante Expediente 061-012163/99 del 14/12/99 presentó documentación respaldatoria de la muestra estadística realizada (Cuerpo LX, fs. 2502). SEARA ALIMENTOS acompañó dos facturas del mercado interno el 3/9/99 por expediente 061-008061/99 (Cuerpo LII, fs. 2327). Por nota del 3/12/99 se le pidió documentación respaldatoria detallando los números de las notas fiscales requeridas, la filial y fecha de emisión (Cuerpo LIX, fs. 2469 a 2471). El 13/12/99 SEARA remitió un diskette con los listados de las notas fiscales y pidió prórroga para presentar la documentación respaldatoria (Expediente nro. 061-012107/99, Cuerpo LX, fs. 2491 y expediente nro. 061-012110/99, Cuerpo LX, fs. 2494). Finalmente el 21/12/99 presentó documentación

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

respaldatoria de la muestra estadísticas realizada por expediente nro. 061-01245/99 en el cuerpo LXI, fs. 2506. FRANGOSUL presentó el 1/9/99 tres facturas (Cuerpo LII; fs. 2326), El 12/10/99 la autoridad de aplicación solicitó la presentación de listados de notas fiscales de donde surgen la totalidad de las operaciones realizadas durante el período de investigación (Cuerpo LIII, fs. 2382 y 2383). En este último caso no se advierte que el requerimiento haya sido respondido.

186) Los exportadores solicitan que “*se requiera la elaboración de un informe técnico contable en el que conste la incidencia de los impuestos y tributos descriptos en el apartado 1.1. cuando la mercadería se destina al mercado interno y establezca la situación cuando la misma mercadería se destina a la exportación*”. La autoridad de aplicación manifestó que la prueba se proveería en su momento para lo cual se tendría en cuenta la designación de los respectivos consultores técnicos por parte de las firmas intervenientes, a costa de las mismas y de acuerdo a las consideraciones que en su caso se crean convenientes. Del expediente no surge que las empresas exportadoras hayan designado dichos consultores técnicos ni que se hayan llevado a cabo esos análisis. No se advierte que los exportadores hayan aportado datos, cifras ni coeficientes que indiquen cual sería la referida incidencia y que pudieran hallarse sujetos a comprobación o que pudieran servir de base para una corrección.

187). También solicitan los exportadores que “*se requiera un informe técnico-contable que establezca en base a datos aportados en este escrito el valor “ex – fábrica” tanto para la exportación como para el mercado interno*”. La autoridad de aplicación expresó que la medida de prueba requeriría de la designación de los respectivos consultores técnicos por parte de las firmas intervenientes, a costa de las mismas y de acuerdo a las consideraciones que en su caso se crean convenientes. De la lectura del expediente no se advierte que las exportadoras hayan designado los consultores mencionados, ni indicado cuales serían los valores “ex – fábrica” que se intentarán probar.

188) Agregado al escrito de las exportadoras se encuentran las respuestas ofrecidas en relación al cuestionario del “productor/exportador” en los cuales se indican en once anexos los datos referentes a la información general del productor exportador, a las exportaciones a la Argentina, a las ventas efectuadas en el mercado interno de Brasil, a las exportaciones a terceros países, y a la estructura de costos de la mercadería tanto para el mercado interno como para la mercadería exportada.

Con relación a estas informaciones y, en particular, respecto de las ventas efectuadas en el mercado interno de Brasil se registran las siguientes respuestas:

- SADIA (Cuerpo X, fs. 1012, folios 1 a 14) presenta las ventas en forma anualizada para los años 1996, 1997 y 1998 y los dos primeros meses del año 1999 .
- AVIPAL (Cuerpo XX, fs. 1614, Folio 1 a 23) hace un resumen no confidencial de las ventas en mercado interno, con precio de venta y cantidad por toneladas. La autoridad de aplicación proveyó expresando que solicitaría en forma confidencial que se presentara documentación respaldatoria de las mismas.
- FRIGORÍFICO NICOLINI (cuerpo IX, fs. 1000) indica las ventas efectuadas en el mercado interno a lo cual la autoridad de aplicación expresa que requeriría la documentación respaldatoria de las ventas internas y externas, requiriendo traducción y aclaraciones sobre los siguientes temas: naturaleza de la documentación presentada, especificación del mercado al que fue destinada la mercadería mencionada, si las informadas son ventas totales o una muestra de las mismas, cuales son los impuestos incluidos y cuales las condiciones de pago.
- SEARA ALIMENTOS (Cuerpo VIII, fs. 998, folios 1 a 141) indica las ventas efectuadas en el mercado interno aclarando que debido al gran volumen comercializado por mes en el mercado interno, se anexa un resumen de las notas fiscales emitidas con relación a las ventas efectuadas en el mercado interno, las mismas contienen los volúmenes vendidos, precios brutos y precios líquidos de impuestos y fletes. Se indica que la autoridad de aplicación solicitará documentación respaldatoria e información desagregada por operación.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

- FRANGOSUL S.A. (Cuerpo XI, fs. 1022) indica las ventas efectuadas en el mercado interno correspondientes a los años 1996, 1997, 1998 y los primeros tres meses de 1999, desagregadas por mes. La autoridad de aplicación manifiesta que requerirá documentación respaldatoria.

189) El Centro de Empresas Procesadoras Avícolas (CEPA) aportó información sobre el precio del mercado interno de Brasil a partir de una publicación de la Asesoría JOX del 30/6/97 (Cuerpo I, fs. 1, folios 150/163) en la que se informan los precios del kilogramo de pollo enfriado de San Pablo para el periodo 1998-1999, expresados en reales y correspondientes a pollos con patas, cabeza y menudos, lo que fue ratificado mas adelante (Cuerpo XXV, fs. 2096, folios 1 a 41 del Expediente administrativo de la Dirección de Competencia Desleal).

190) Los datos del informe de JOX no han sido cuestionados por las exportadoras y las más importantes de ellas (AVIPAL, FRANGOSUL, FRIGORIFICO NICOLINI, SADIA y SEARA), ofrecieron informes de esa misma fuente (ver alegato de estas firmas, fs. 2964, folio 1 vuelta).

191) La peticionante CEPA expresa que en la Argentina el pollo se vende sin cabeza ni patas, mientras que en Brasil el animal es vendido con esos dos elementos, por lo que a fin de permitir la comparación en igualdad de condiciones de ambos productos, calcula el costo de separar esos elementos del pollo en sí, lo que da lugar a un ajuste del 9,09% el cual aplica sobre la base de esos datos efectúa un cálculo tendiente a adecuarlo comparativamente a las condiciones en que este producto de vende en el país.

La peticionante añadió que el peso promedio de pollo vivo que se faena en Brasil es de 2,25 kgs, de los cuales se obtiene un 88% de carne vendible y que, por su parte, en la Argentina se obtiene un 80% de lo que concluye el siguiente cálculo:

Brasil	= 88% s/2,25 kgs. = 1,980 kgs.
Argentina	= 80% s/2,25 kgs. = 1,800 kgs.

De ello concluye que el pollo vivo de 2,25 kgs. produce en la Argentina un 9,09 % menos de carne vendible.

192) SADIA en su presentación del 26/8/99 expediente 061-007772/99 (Cuerpo XXX, Fojas 2309) expresa que “*del precio informado por CEPA como valor normal se deberá deducir el componente tributario del precio para el mercado interno, así como el flete nacional y el costo financiero que corresponde deducir para llegar al valor FOB, que no resulta aplicable cuando se trate de la exportación. Partiendo del precio publicado por JOX el 30/6/97 que fuera incorporado a este expediente debe tenerse presente a los efectos de interpretarse correctamente el mismo a paridad cambiaria del real a dicha fecha, equivalente a 0,99 reales por U\$S de 0,92 para lo que aquí se entiende como fresco grande mayorista y que para mis mandantes resulta ser el “preço de venda atacado” para grandes supermercados que representan cerca del 80% de las ventas del mercado interno*”.

193) En el informe final la Dirección de Competencia Desleal acompaña un cuadro (fs. 3060) en el cual se indica la participación en kilogramos que tiene cada una de las exportadoras brasileñas al mercado argentino del que resulta:

- ACAUA INDUSTRIA	0,07%
- AVIPAL	6,40%
- CATARINENSE	1,97%
- CEVAL	1,56%
- COMAVES	5,75%
- CHAPECO	2,32%
- DA GRANJA AGROI	3,09%
- FELPE AVÍCOLA	0,55%

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

- FRANGOSUL	4,35%
- LITORAL ALIMENT	0,82%
- MINUANO	5,76%
- NICOLINI	9,18%
- PERDIGAO AGROÍN	2,64%
- SADIA	34,08%
- SADIA CONCORDIA	2,58%
- SEARA	18,77%
- VENETO	0,11%
- TOTAL	100,00%

Del cuadro surge que AVIPAL, NICOLINI, SADIA Y SEARA cubren el 68,43% del volumen exportado de Brasil a Argentina.

194) El 20 de enero del 2000 por expediente nro. 061-00711/2000 (fs. 2963, folios 1 a 7), presentan su alegato las exportadoras AVIPAL, FRANGOSUL, FRIGORÍFICO NICOLINI, SADIA y SEARA (ver fs. 3071 del informe final). Critican la corrección por el factor 9,09 % reputándola una práctica tendenciosa. No se advierte que se apoyen en diligencias tendientes a probar que el coeficiente correspondiente fuera otro.

195) El 19 de enero del 2000 por expediente nro. 061-000663/2000 se presenta la Embajada de Brasil (Cuerpo LXIV, fs. 2950, folios 1 a 6) quien hace "comentarios sobre el documento" referido al relevamiento de lo actuado con anterioridad al cierre de la etapa probatoria en la investigación por presunto dumping.

196) En la determinación preliminar se estableció un margen de dumping del 13,08% lo que se refleja en el cuadro que obra a fs. 3086 del informe final. Allí se expresa que el valor normal es de U\$S / Kg. 1,0385 y que el precio FOB de exportación promedio es de U\$S / kg. 0,91836 por lo que el margen de dumping sería la diferencia es decir, 0,12057. Esa diferencia o margen de dumping representa el 13,08 % del precio FOB de exportación.

197) A fs. 3086 del informe final se procede a hacer la determinación final de cada uno de los cuatro productores que han brindado información. En cada uno de estos cálculos se advierten variaciones tanto en el valor normal (es decir el precio del mercado interno de Brasil para cada una de esas empresas) como en el precio de exportación lo que arroja márgenes de dumping distintos e incluso negativos para las firmas FRIGORÍFICO NICOLINI y SEARA ALIMENTOS.

Los márgenes de dumping establecidos para cada una de las empresas es el siguiente:

Firma	Valor Normal	Precio FOB	Margen de Dumping
SADIA	0,9294	0,80883	14,91%
AVIPAL	1,0896	0,94355	15,48%
NICOLINI	0,8027	0,95843	Negativo
SEARA	0,9104	1,00988	Negativo

198) Con relación a las firmas CATARINESE LIMITADA, FRANGOSUL, COMAVES, DA GRANJA AGROI, SADIA CONCORDIA, MINUANO DE ALIMENTOS, ACAUA INDUSTRIA, FELIPE AVÍCOLA, PERDIGAO AGRÓIN, VENETO, CHAPECO CL Y LITORAL ALIMENT, la autoridad de aplicación expresa que "no ha contado con información adicional o con respaldo documental suficiente que la habilite a proceder a la determinación final individual del margen de dumping con la misma. En tal sentido, cabe al respecto remitir a lo establecido por la legislación vigente en la materia considerándose a tal fin la margen información recabada por la autoridad de aplicación en instancias precedentes del presente trámite, correspondiendo la siguiente determinación, a saber ...", y a continuación indica el siguiente cuadro:

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

Valor Normal U\$S / Kg 1,0385	Precio FOB Promedio U\$S/kg 0,95992	Margen de dumping % 8,19
-------------------------------------	---	--------------------------------

199) Se advierte que en los casos antes mencionados y ante la falta de datos aportados con respaldo documental se ha utilizado como valor normal el que fue utilizado para la determinación preliminar el cual surge de los cálculos realizados en el informe preliminar. En cuanto al precio FOB de exportación el mismo (u\$S 0,95992) no coincide con el precio FOB de exportación del informe preliminar (u\$S 0,91836) en razón de que para el cálculo de estos precios de exportación se han eliminado de los listados las importaciones producidas por las cuatro empresas analizadas en forma individual (SADIA, AVIPAL, FRIGORÍFICO NICOLINI y SEARA ALIMENTOS) por lo cual y ante la ausencia de esos datos se tomó el precio FOB promedio de las exportaciones con exclusión de las cuatro anteriores.

200) En cuanto a las firmas exportadoras que los importadores indicaron como proveedoras de pollo, surge del expediente que algunas de ellas que fueron consultadas por la Dirección de Competencia Desleal, informaron que no habían realizado las exportaciones que se les atribuían y por lo tanto no aportaron datos ni llenaron cuestionarios; tal es el caso de COOPERATIVA CENTRAL DE LATICINIOS DO PARANA quien se presentó el 18/10/99 por expediente nro. 061-009759/99 (cuerpo LIII, fs. 2387) y expresó que durante el período enero de 1998 a enero de 1999 no realizó exportaciones del producto denunciado. Lo mismo sucede con CHAPECO COMPAÑIA INDUSTRIAL que el 28/10/99 por expediente nro. 061-010656/99 (Cuerpo LIX, Fs. 2418) comunicó que no realizó ventas a la República Argentina durante el período investigado.

Otras empresas exportadoras no informaron al requerimiento efectuado por la autoridad argentina. Tal es el caso de PERDIGAO AGROINDUSTRIAL quien fue requerida por nota nro. 273-001319/99 del 8/11/99 (Cuerpo LIX, Fs. 241 y 2412); PENABRANCA quien fue requerida y habiendo pedido prórroga ésta le fue concedida mediante nota 273-001406/99 del 18/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2423 y 2424), pese a lo cual finalizado el plazo establecido no remitió información alguna.

Finalmente COMPAÑIA MINUANO DE ALIMENTOS requerida, solicitó prórroga la que le fue concedida por nota 273-001409/99 del 18/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2429 y 2430) sin que haya presentado información.

COMAVES COMERCIO DE ALIMENTOS LIMITADA luego de solicitar una prórroga para acompañar la información y luego de finalizado el período probatorio presentó, el 27/1/00 por expediente nro. 061-000915/2000, tres cuadros correspondientes a los años 1997, 1998 y los primeros cuatro meses del año 1999 con información agregada por mes de las ventas efectuadas por la empresa en el mercado interno (Cuerpo LXIV, Fs. 2969, folios 2,3 y 4) aunque luego no aportó respaldo a la misma.

COOPERATIVA CENTRAL OESTE CATARINENSE LIMITADA, presentó información con las correspondientes respuestas a los cuestionarios de productor / exportador, pero sin acompañar respaldo documental.

II-F-3-c) Conclusiones sobre el modo como ha sido llevado el procedimiento antidumping.

201) La Reclamante cuestiona el modo en que fue llevado a cabo el procedimiento de investigación y aplicación de los derechos antidumping por parte de la Reclamada en cuanto a los fundamentos de la apertura de la investigación, así como por el no archivo de las actuaciones, la falta de entrega de copia de la petición, la falta de datos en la publicación de la decisión final, y por incorrecciones en la determinación de precios en condiciones de dumping, de daño a la producción local y de relación de causalidad entre ellos. También cuestiona que el margen de dumping no se haya fijado a través de una alícuota, sino por diferencia entre el valor normal y el precio de exportación declarado. Por último cuestiona la

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

práctica de la Aduana argentina en relación a la valoración de las mercaderías importadas. Respecto de este último tema, el Tribunal ya ha expresado que no es materia de esta controversia. En cuanto a los restantes, algunos de ellos apuntan a alegadas irregularidades en el procedimiento tanto en las etapas previas como posteriores a la imposición del derecho antidumping y otras relativas a la existencia de los presupuestos requeridos para la aplicación de los derechos antidumping, es decir si hay precio en condiciones de dumping, daño a la producción local y relación de causalidad entre aquellas y éste.

202). La Parte Reclamada opone que los exportadores deben respetar el agotamiento de la vía recursiva en el orden nacional antes de habilitarse una instancia arbitral. El Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre la aplicación a este caso del referido requisito ni tampoco del valor que frente a esta instancia tendrían los pronunciamientos que en aquél ámbito hubieran pasado en autoridad de cosa juzgada, por cuanto adelanta que el análisis de las actuaciones han llevado a su convicción que las irregularidades alegadas no permiten presumir que el Estado Reclamado haya actuado con intención de restringir abusivamente la circulación intrazona, por lo que carece de facultades para analizar intrínsecamente la regularidad del procedimiento antidumping a la luz de las normas nacionales.

203) Dado que las formas del procedimiento tienden a resguardar el derecho de defensa en juicio de las partes en el mismo, las irregularidades de procedimiento sólo adquieren relevancia a los efectos del presente análisis cuando ellas afecten las garantías del debido proceso. En el caso las irregularidades alegadas respecto de los trámites previos a la apertura de la investigación no fueron susceptibles de crear indefensión, ya que son parte de un estadio preliminar del procedimiento, en el cual las partes aún no han sido convocadas, teniendo éstas oportunidades de defensa en las etapas que se cumplieron con posterioridad.

204) El hecho de que la autoridad competente de la investigación no hubiera remitido a las exportadoras o al representante del Estado Parte involucrado copias de la presentación del peticionante o que en la publicación de la determinación final no se incluyeran algunos datos recogidos en la investigación, no ha tenido por efecto provocar la indefensión de la Parte Reclamante ya que, conforme surge de las constancias del expediente, los interesados que se presentaron en la causa tuvieron posibilidad de examinar las actuaciones y de extraer fotocopias en cualquier momento, lo que en el caso de la Parte Reclamante sucedió efectivamente, conforme se desprende del expediente (fs. 2314, 2877, 2892, 2908, 2982, 3304/5) y sin que conste reclamo en esa instancia.

205) La Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE) a fs. 2531 de su Informe final consideró reunido el requisito de que la petición fuera hecha por la “rama de la producción nacional” expresando que “*la solicitud de apertura fue realizada por CEPA. Las empresas SAN SEBASTIÁN, RASIC HERMANOS, GRANJA TRES ARROYOS, AVÍCOLA ROQUE PEREZ, DOMVIL, FEPASA, FRIGORÍFICO DE AVES SOYCHU, MIRALEJOS, LAS CAMELIAS, FRIGORÍFICO CUMINI, INDUSTRIAL AVÍCOLA CORDOBESA (INDACOR) y NÉSTOR EGGS se adhirieron formalmente a la solicitud de CEPA. Con excepción de las tres últimas, todas las empresas respondieron al cuestionario remitido por la CNCE a los productores. La empresa SUPER se presentó con posterioridad a la apertura de la investigación, respondiendo al cuestionario respectivo. De esta forma las empresas relevadas representan 46,2% de la producción nacional para el año 1998, por lo que la Comisión considera cumplimentado el requisito del artículo 4.1. del Acuerdo de Dumping*”. Los exportadores no han puesto en duda dicho porcentaje.

En el informe final preparado por la Dirección Nacional de Competencia obrante a fs. 2985 a 3201 se hace referencia a la admisibilidad de la petición indicando que la Subsecretaría de Comercio Exterior consideró admisible la solicitud presentada por parte del sector productivo local considerando reunidos los requisitos de representatividad mediante la Disposición SSCE N° 33 del 21/11/1997 obrante en el cuerpo III a fs. 449 a 451. No se advierte que dichas decisiones fueran cuestionadas oportunamente.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

206) En lo relativo a la determinación del margen de dumping, no hay elementos para considerar que la autoridad encargada de la investigación haya dejado de tener en consideración los datos oportunamente aportados o acreditados para hacer los ajustes necesarios para hacerlos comparables en lo referente a la comparación entre el valor normal y el precio de exportación. Las empresas exportadoras no impulsaron la prueba de expertos que anunciaron en sus escritos iniciales a fin de acreditar los informes que brindarían datos alternativos a los aportados por la peticionante(Artículo 6.8 y su Anexo AD OMC).

207) Si bien fue cuestionada la utilización del coeficiente de 9,09% de incremento en el precio para establecer la comparación entre el mercado interno brasileño y el precio de exportación, ninguna de las firmas negó la existencia de la diferencia de peso existente entre el producto con cabeza y pies tal como se vende en el mercado interno del país exportador y con ausencia de esos elementos para el mercado importador y no se aportaron elementos para métodos de cálculos alternativos al aportado por la peticionante.

208) En lo referente a la deducción del flete interno y de los impuestos interiores del producto exportado desde Brasil, se advierte que pese a haberse ofrecido por las empresas exportadoras estudios de consultores para que se hicieran cargo del cálculo adecuado que tendrían esas incidencias, las mismas no designaron a las referidas consultoras ni diligenciaron la prueba pertinente.

209) Los cálculos de dumping fueron personalizados respecto de las cuatro empresas - SADIA, AVIPAL, NICOLINI y SEARA- que aportaron respaldos documentales. Otras empresas no aportaron respaldo documental y algunas no respondieron a los cuestionarios.

210) De las cuatro empresas que proveyeron material y respaldo documental, dos de ellas a las cuales se les aplicó derecho antidumping (SADIA y AVIPAL) representan el 40,48% del volumen de exportaciones a la Argentina mientras que las dos empresas con margen de dumping negativo, a las cuales no se les aplicó derecho antidumping (NICOLINI y SEARA) representan el 27,95% del volumen exportado a la Argentina. El resto de las empresas exportadoras que no brindaron información, y a cuyo respecto se fijó un margen de dumping sobre la base de promedios, representa el 31,57% del volumen exportado.

II-F-4 Conclusiones sobre consecuencias y aplicación al caso de autos

211) El examen de los aspectos destacados en los párrafos anteriores, así como el expediente en su conjunto, permiten al Tribunal alcanzar las siguientes conclusiones:

212) El procedimiento de investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping motivo de estas actuaciones satisface condiciones de razonabilidad, sin perjuicio de observaciones que pueden hacerse a puntos específicos del mismo y sin ingresar en su evaluación de fondo, o sea, sobre la existencia de dumping y la aplicación de medidas antidumping. Tarea ésta que no incumbe al Tribunal cuya jurisdicción recae en la apreciación de si el procedimiento y las medidas que surgen de él han sido empleados como un medio ilícito de restricción a la libre circulación de bienes en el ámbito del Mercosur. Bajo esta perspectiva el procedimiento no arroja elementos que hagan presumir esa situación.

213) Entre otros aspectos considerados: hay evidencia de un proceso prolongado en el curso del cual la petición inicial de los productores presuntamente afectados fue rechazada, para ser retomada recién después del aporte de nuevos elementos. No se aplicaron medidas provisionales luego de la investigación preliminar. Hubo publicidad; comparecieron empresas brasileñas afectadas por la investigación a las que se le requirió información y se tuvo en cuenta la información recibida de éstas. No se comprueba una exclusión sistemática de información proporcionada por los exportadores. Fueron concedidos los pedidos de los exportadores para que se les diera una prórroga en los plazos para evacuar las informaciones solicitadas. Fue aceptado, aunque luego no utilizado, el recurso a consultores

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

técnico-contables planteado por empresas exportadoras. La fuente de JOX como referencia para la determinación de precios en el mercado brasileño no fue cuestionada por los exportadores. La petición para iniciar el procedimiento de dumping fue planteada por empresas que representan el 46.20 % de la producción local de pollos que, sin ser la mayor parte de esa industria constituye una proporción significativa. Una parte sustancial de las exportaciones, el 68 %, fue cursado por cuatro empresas que participaron activamente en todas las instancias del procedimiento. El margen de dumping fue determinado en dos de esas empresas en tanto otras dos, que representan el 27.95 % las exportaciones, no fueron afectadas. La apreciación individual por empresa del dumping o su consideración grupal parece deberse a la disponibilidad o no de información específica. En todo caso, las empresas consideradas individualmente representan la parte sustancial del comercio de pollos.

214) Las discrepancias relacionadas con la existencia de los presupuestos requeridos para la aplicación de los derechos antidumping, es decir, si hay precio en condiciones de dumping, daño a la producción local y relación de causalidad entre aquél y éste, son aspectos que no corresponde al Tribunal dilucidar, sino apenas determinar si en la aplicación de los criterios controvertidos ha existido un manifiesto abuso o exceso que sea revelador de que el procedimiento ha sido empleado con la finalidad de obstruir el comercio.

215) En tal sentido el Tribunal, examinadas las alegaciones de las Partes y la documentación agregada al expediente, considera que los criterios utilizados por la Reclamada en relación con los puntos mencionados son razonablemente aceptables, sin perjuicio de la posible utilización de otros criterios también aceptables para estimar las cuestiones indicadas. No se advierte en los criterios aplicados un apartamiento sustancial de lo que es práctica normal en procedimientos de esta naturaleza. En todo caso, no dan pie a presumir que el procedimiento sea un simulacro destinado a establecer restricciones ilícitas en el comercio regional.

III.- CONCLUSIONES.

De acuerdo con las consideraciones precedentes el Tribunal concluye en lo siguiente:

1. No hay normas específicas del Mercosur, vigentes, que regulen el procedimiento de investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping intrazona.
2. Hay, sin embargo, normas Mercosur vigentes, aplicables al caso, contenidas en el Tratado de Asunción, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que consagran la libre circulación de bienes a partir del 31-12-99 y prohíben por consiguiente la aplicación de restricciones de cualquier naturaleza al comercio intrazona salvo las excepciones expresas resultantes de normas vigentes (Cfr. Jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, normas GATT-OMC, doctrina y práctica de las uniones aduaneras y zonas de libre comercio).
3. El Tribunal Arbitral es por tanto competente para apreciar si un procedimiento de investigación de dumping y las medidas antidumping adoptadas en base a ese procedimiento constituyen restricciones a la libre circulación de bienes o no, esto es, si incurren en incumplimiento de la normativa Mercosur o no (PB, art. 1).
4. La apreciación del Tribunal no consiste en una revisión detallada de cada elemento del procedimiento ni en verificar su exacta concordancia con la legislación nacional argentina sino en examinar sus componentes principales para determinar a través de factores objetivos si la investigación y las medidas antidumping han sido empleadas, con desviación de poder, como instrumento de restricción comercial, violatorio por tanto de la regla de la libre circulación de bienes o no.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

5. El Tribunal, realizado ese examen, entiende que el procedimiento referido y la Resolución ME 574/2000 con la que culmina no constituyen un incumplimiento de la regla de libre circulación de bienes en el Mercosur.
6. El Tribunal, de acuerdo con lo precedente, no hará lugar al petitorio de la Parte Reclamante en cuanto solicita que sea declarado el incumplimiento por la Reclamada de las normas del MN y que por tal razón se le ordene la revocación de la resolución impugnada. Tampoco hará lugar al petitorio de la Parte Reclamada de que se ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable en el caso de autos.

IV.- DECISION

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las normas y principios aplicables, así como las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad-Hoc, en la controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes del Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", por unanimidad, DECIDE:

- 1. Declarar que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.**
2. No hacer lugar al petitorio de la Parte Reclamante que solicita del Tribunal que declare el incumplimiento por la Parte Reclamada de las normas del Marco Normativo que cita y que ordene la revocación de la Resolución impugnada.
3. No hacer lugar al petitorio de la Parte Reclamada que solicita del Tribunal que ratifique que la normativa nacional argentina es la plena y exclusivamente aplicable en el caso de autos.
4. No es necesario pronunciarse sobre los petitorios 4, 5, 6, y 7 de la Parte Reclamada, dado el contenido del punto 2 de esta Decisión y los fundamentos expuestos por el Tribunal en los Considerandos de esta Decisión.
5. Los costos y costas de esta instancia arbitral serán sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de la compensación pecuniaria y de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Arbitro Presidente, los gastos ocasionados por su actuación 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.
6. Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
7. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur y públíquese.

Dr. Juan Carlos Blanco
Arbitro Presidente

Dr. Enrique Carlos Barreira
Arbitro

Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina"

A los 18 días del mes de junio de 2001, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", después de analizar la solicitud de aclaración del laudo dictado el 21 de mayo de 2001 formulada por la República Federativa de Brasil, decidió por unanimidad evacuar dicha solicitud de la manera siguiente y en el orden de los puntos planteados:

I. De acuerdo con lo señalado en el laudo la singularidad de la situación en el Mercosur radica en que al tiempo que se ha establecido el principio de la libre circulación de bienes (TA, artículo 4; su Anexo I, artículo 2; y el Régimen de Adecuación Final) persisten trabas de diferente naturaleza que perturban su aplicación y no existen instrumentos para aplicar medidas de defensa de la competencia (párrafos 148, 141 y 153 del laudo). En ese contexto los EPM han continuado aplicando sus legislaciones antidumping al comercio intrazona, justificadas como instrumentos para defender la competencia pero no como recurso para restringir el comercio. En esta última hipótesis caerían bajo el concepto de restricción al comercio definida en el artículo 2 del Anexo I al TA y entrarían en colisión con el principio de libre circulación (párrafos 151 a 154 , 157 y 158 del laudo).

Nada de ello justifica la existencia de una política nacional de antidumping que suponga la aplicación de este instrumento para obstaculizar el comercio regional.

II. El petitorio de la Parte Reclamante solicitaba que se declarara el incumplimiento por la Parte Reclamada de diversos artículos del MN correlacionados con los correspondientes en el Acuerdo AD OMC y, sobre esa base, se requería que se ordenara a la Reclamada la revocación de la resolución cuestionada. Al no estar vigente el MN ni ser aplicable el AD OMC como norma Mercosur, el Tribunal no hizo lugar a lo pedido. Tampoco acogió el petitorio de la Parte Reclamada en cuanto solicitaba que el Tribunal declarara que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos ya que la aplicación de dicha normativa no podría colisionar con el principio de libre circulación de bienes en el Mercosur.

El Tribunal puede y debe apreciar si el procedimiento configura tal restricción o no. Se trata de una apreciación que corresponde con respecto no sólo al antidumping sino con respecto a cualquier acto de los EPM con efecto potencial o real en el comercio intrazona, aunque el acto tuviera sustento en la normativa nacional respectiva. Así por ejemplo anteriores Tribunales Ad Hoc se han pronunciado en materias como el régimen de licencias de importación y las salvaguardias y otros Tribunales podrían emitir decisiones sobre aspectos como medidas fitosanitarias o de seguridad. Lo que se verifica en tales casos es si los actos están destinados a su fin propio o son utilizados como un medio ilícito de restringir el comercio regional. Este es el criterio rector para la decisión.

III. La desviación de poder se refiere precisamente a ese criterio rector y lleva a cotejar el acto concreto cuestionado con la normativa originaria y derivada del Mercosur a fin de apreciar si un determinado instrumento, las medidas antidumping en el caso, ha sido utilizado para violar en forma indirecta o disimulada el principio de libre circulación contenido en la normativa del Mercosur. La desviación de poder no sustituye o reemplaza las fuentes jurídicas del Mercosur sino que procura asegurar el respeto de esa normativa.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

Por lo demás, la desviación de poder es reconocida ampliamente incluso en la doctrina y jurisprudencia anglosajona (J.A.G. Griffith and H. Street, "Principles of Law", London, Pithman & Sons, 1952, p. 214 ss) y no se circunscribe al Derecho Administrativo local, aunque haya tenido particular desarrollo en ese ámbito, sino que el fundamento del mismo se encuentra en la Teoría General del Derecho que reclama la adecuación de los procedimientos y el ejercicio de los poderes jurídicos otorgados a las finalidades de las normas respectivas y en el orden internacional se relaciona con el principio de buena fe, universalmente aplicable, y que reconocido por la costumbre internacional ha sido recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ("El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969" de Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, Editorial Fedy, Buenos Aires, 1970, página 276 y notas 680 y 682). A su vez, el artículo 31.1 de la misma Convención, al reiterar la exigencia de la buena fe, la asocia con el objeto y la finalidad. En todo caso, la buena fe y el uso de los poderes jurídicos sin desvío y conforme a su finalidad son principios generales de derecho que como tales constituyen una fuente autónoma según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Correlativamente, esa apreciación no debe ser caprichosa sino que requiere una base en factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío en la intención de quien cumple la actividad bajo examen. En el caso el Tribunal consideró elementos como los indicados en los párrafos 183 a 200 que, ponderados de acuerdo con las reglas de la sana crítica (párrafos 201 a 210), permiten llegar a la conclusión de que no hay elementos que mostraran objetivamente el uso distorsionado de las medidas antidumping con la finalidad de restringir el comercio intrazona (párrafos 212 a 215 y Conclusión 5).

IV. El examen del caso, o sea del procedimiento antidumping y las medidas antidumping, debe realizarse a la luz de las normas que establecen la libre circulación de bienes a fin de verificar si el procedimiento y las medidas constituyen una restricción prohibida a dicha libre circulación (párrafo 132 y Conclusiones 2 y 3).

Los procedimientos antidumping no son absolutamente reglados y contienen ámbitos importantes de discrecionalidad como se ve, por ejemplo, en el AD OMC (2.2.1.1; 2.3; 2.4; 3.2; 3.4; 3.5; 3.6; y 3.7). Por otro lado, ningún acto administrativo es totalmente reglado, siempre hay un espacio para la discrecionalidad. Pero aún en una actividad altamente reglada puede darse la desviación de poder: "la finalidad, elemento esencial del acto administrativo, no sólo debe concurrir respecto a los actos discretionarios, sino también a los reglados..." (Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Tomo II páginas 541 y 542)

La apreciación de si ha ocurrido o no esa desviación de poder no está impedida, pues, por la condición de acto reglado o discrecional del procedimiento en examen. Aparte del carácter relativo de esos términos -en todos los actos jurídicos siempre habrá algo de reglamentación y algo de discrecionalidad aunque el quantum sea variable- de lo que se trata es de establecer si el procedimiento como tal, cualquiera que fuere su grado de discrecionalidad y dondequiera que estuviere establecido, ha sido usado con una finalidad desviada para restringir el comercio regional.

De ahí que el Tribunal no tiene la misión de verificar la exacta concordancia del procedimiento con la legislación nacional argentina sino de examinar si el procedimiento ha sido usado con una finalidad diferente a la propia. Es en este sentido que la referencia doctrinaria del párrafo 166 del laudo sobre el cumplimiento de la ley tal cual ella es, enfatiza y está ligada al concepto de subordinación de la administración al principio de finalidad de la norma que aplica y no sólo a su exterioridad. El escrupuloso cumplimiento de aspectos formales y aun sustanciales no asegura de por sí el ajuste del acto a la finalidad de la ley ni que ésta se cumpla tal cual ella es. En el caso de autos, el fin de la norma aplicada es contrarrestar prácticas desleales de comercio y su desvío sería la utilización del

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

procedimiento establecido por esa norma como una forma de restringir de manera indebida el comercio regional regido por el principio de la libre circulación de bienes.

V. Es bajo ese misma perspectiva que han de considerarse los párrafos 203 y 214 del laudo. Las irregularidades graves en el procedimiento que priven a una parte de su derecho al debido proceso o la aplicación en lo sustancial de criterios manifiestamente irrationales pueden permitir inferir, a partir de elementos objetivos, la utilización del procedimiento con una finalidad desviada para limitar el comercio. En el caso de autos el Tribunal no ha comprobado la existencia de esos elementos, como lo consigna en los párrafos referidos.

VI. El criterio para la desviación de poder, en el caso, es apreciar si el procedimiento cuestionado ha sido utilizado para violar el principio de libre circulación de bienes establecido en la normativa del Mercosur. Ese es, pues, el interés a preservar, tanto en el caso de autos como en todos los demás en que los EPM continúan aplicando procedimientos antidumping por las razones expuestas en los párrafos 151 a 154.

VII. El Tribunal tampoco ha verificado una intención de la Parte Reclamada de utilizar de manera distorsionada el procedimiento antidumping, de ahí su pronunciamiento al respecto en el laudo. La ausencia de normativa Mercosur específica y vigente que establezca una disciplina concreta para el dumping o que establezca un régimen de medidas de defensa comercial impide realizar un examen detallado de cada elemento del procedimiento cuestionado, lo que a su vez determina el onus en la prueba para configurar desviación de poder en la aplicación del procedimiento.