

LAUDO N° 1/2007

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS – CONTROVERSIAS ENTRE URUGUAY Y ARGENTINA SOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY.

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los ocho días del mes de junio de 2007,

I. VISTO:

La petición de la República Argentina (en adelante, Argentina), presentada el 3 de mayo de 2007 en la cual solicita al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, el Tribunal) que se pronuncie sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias aplicadas por la República Oriental del Uruguay (en adelante, Uruguay) en relación con el incumplimiento del Laudo recaído en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados” (Laudo Nº 1/2005 y su Laudo Aclaratorio 1/2006), y cumplidos los trámites de rigor.

II. CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

A través de la Ley [25.626](#) (08/08/2002; BO 09/08/02), Argentina decidió prohibir “la importación de las mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados”, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur.

Considerando que dicha normativa era incompatible con el Derecho del Mercosur, Uruguay radicó la demanda arbitral pertinente. En primera instancia, el Tribunal *ad hoc* (en adelante, TAH) estableció que la norma impugnada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo de 25 de octubre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, BOM Nº 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

En virtud del recurso de revisión dirigido contra dicha sentencia, el Tribunal, decidió, por mayoría, hacer lugar a dicho recurso, revocar la decisión y, constatando que la ley en cuestión infringía el Derecho del Mercosur, determinar, entre otros, que la Argentina debía proceder a su derogación o modificación “por la vía institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos” a partir del dictado de la decisión (laudo de revisión de 20 de diciembre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 – Laudo Nº 1/2005 –, BOM Nº 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

Dicha sentencia fue objeto de una solicitud de aclaratoria, evacuada oportunamente por el Tribunal (aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 – Laudo Nº 1/2006 –, BOM Nº 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

Posteriormente, Uruguay, considerando que la Argentina no había dado cumplimiento a la decisión del Tribunal, tras solicitar según sus afirmaciones en reiteradas ocasiones la

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

observancia del Laudo N° 1/2005, antes citado, decidió la aplicación de medidas compensatorias, a través del Decreto 142/007 (17/04/2007; DO 26/04/07).

A través de dicho Decreto fija una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de neumáticos con las NCM 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos – llantas neumáticas). Tal decreto tiene vigencia a partir del 18 de abril de 2007.

2. Marco normativo:

La presente controversia se halla regida por los artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos (en adelante PO), así como los artículos 43 y 44 del Reglamento del PO (en adelante RPO).

3. Alegaciones de las Partes

3.1. Argentina

3.1.1. Argentina expone, en primer lugar, que la medida compensatoria tiene efectos que provocan desvío de comercio, en particular en beneficio de Brasil y China, entre otros países.

3.1.2. En cuanto a la determinación del “exceso” de una medida compensatoria, la Argentina, luego de señalar que el PO no establece los criterios aplicables y tampoco existen precedentes jurisprudenciales al respecto, en especial en el marco del sistema de solución de controversias mercosureño, destaca que los mismos deberán ser decididos por el Tribunal.

3.1.3. A pesar del silencio del PO, considera que la utilización de la expresión “equivalentes”, utilizada en su artículo 31, incisos 1 y 2, hace relación, tal como se entiende en foros como la Organización Mundial del Comercio (OMC), a la equivalencia que debe existir entre la medida compensatoria y el perjuicio provocado a la parte reclamante por la medida incompatible con el Derecho del Mercosur, lo cual avala con la invocación de laudos dictados en el ámbito de la OMC. Menciona a su vez, que las medidas habilitadas en dicha Organización carecen de naturaleza punitoria, lo cual significa, según los laudos que cita, que aquellas tienen por finalidad inducir al cumplimiento de la decisión arbitral respectiva, sin que ello deba entenderse como una autorización para que las mismas suspendan las concesiones en un nivel mayor del equivalente al nivel de la anulación o menoscabo provocado al Estado que la aplica.

3.1.4. A partir de su análisis del artículo 32, inciso 2, literal “i”, del PO, concluye que la proporcionalidad de la medida compensatoria debe considerarse en relación a los perjuicios que surgen a partir del incumplimiento del laudo, por lo que no puede ser incluido en dicho análisis los daños provocados desde el momento en que se puso en vigencia la medida argentina que restringió las importaciones, que, obviamente, es anterior a la emisión del laudo; todo lo cual basa en laudos de la OMC.

3.1.5. Para la Argentina, la redacción del artículo 32, inciso 2, literal “ii”, del PO, al mencionar los otros factores al margen del volumen o valor del comercio que pueden incidir en la determinación de la medida compensatoria, determina que corresponde a Uruguay la carga de la prueba al respecto.

3.1.6. Asimismo, la Argentina agrega, sobre la base de laudos de la OMC, que el criterio para evaluar el nivel del perjuicio provocado por una medida nacional inconsistente con el derecho mercosureño es el impacto sobre el valor de las importaciones, es decir aquellas corrientes comerciales que existiría de no haberse dictado dicha medida.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

3.1.7. En orden a todo lo anterior, Argentina solicita al Tribunal, que declare que las medidas compensatorias uruguayas resultan excesivas y desproporcionadas en relación a las consecuencias que surgen del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, que establezca el monto proporcionado de las medidas compensatorias que podría aplicar Uruguay y, que determine que Uruguay deberá adecuar las medidas compensatorias en causa en el plazo de diez días.

3.1.8. En forma posterior, respondiendo al traslado que le fuera corrido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Argentina, en su extenso escrito, destaca, primeramente, que su actitud no ha sido omitir el cumplimiento del laudo, sino que ha tenido lugar a este respecto una demora en su acatamiento, producto, según afirma, de los procedimientos internos y plazos necesarios para la aprobación de una ley modificatoria de la Ley N° 25.626. Agrega además que en todo momento ha informado a Uruguay sobre las medidas internas que se vienen realizando en función de tal fin.

3.1.9. Con base en el artículo 34 del PO (principios y disposiciones del Derecho Internacional), afirma que la interpretación del Tribunal deberá estar guiada por las pautas hermenéuticas que ofrece al respecto los artículo 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

3.1.10. Tras no compartir la interpretación efectuada por Uruguay sobre el término "equivalente" que figura en el artículo 31 del PO, considera que dicho concepto ha de entenderse implícitamente referido al nivel de anulación o menoscabo ocasionado por el incumplimiento del laudo; hermenéutica que surge si se considera, según agrega, que esta norma se inspira en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por el que se rige el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (ESD).

3.1.11. Según Argentina, la interpretación de Uruguay acerca del concepto de "proporcionalidad" como requiriendo que existe relación entre las medidas compensatorias y cumplimiento del laudo como objetivo de las mismas, y no en vinculación al daño provocado por su incumplimiento, no resulta ajustada al texto del PO, en particular a los artículos 31 y 32 de dicho instrumento. En última instancia, según dicho Estado, la interpretación uruguaya implicaría reconocer a la medida compensatoria carácter punitorio, lo cual sólo podría derivar de un acuerdo expreso de los Estados Partes, que no existe actualmente, no pudiendo tampoco presumirse tal delegación de soberanía.

3.1.12. Con respecto al recurso a la jurisprudencia de la OMC, destaca que ella es pertinente por varias razones. En primer lugar, según la doctrina que cita, el PO se inspira en el ESD; además, a diferencia de las normas de la Unión Europea, aquella normativa se encuentra mencionada en el artículo 1, inciso 2, del PO; asimismo, dicho régimen ha sido reconocido en Acuerdo de Complementación Económica firmados por el MERCOSUR, lo que demuestra una orientación del bloque hacia la naturaleza "compensatoria" de las medidas compensatorias en función del incumplimiento del laudo.

3.1.13. Por otro lado, si bien existen sistemas de integración donde a este tipo de medidas se les confiere carácter punitorio, ello resulta de una delegación expresa de los Estados, como es el caso del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 171, hoy 228), luego de la reforma introducida por el Tratado de la Unión Europea, pues en materia punitoria no es posible aplicar la analogía. Además la Comisión ha definido los criterios y métodos de cálculo para solicitar al Tribunal de Justicia la imposición de las multas correspondientes por incumplimiento de sus sentencias. Las mismas consideraciones vierte en relación al régimen que impera en la Comunidad Andina. Todo ello, afirma Argentina, es diferente a lo que sucede en el MERCOSUR, donde la normativa no autoriza al Tribunal a sancionar el incumplimiento de un laudo.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

3.1.14. Invocando el artículo 34 de la citada Convención de Viena, considera que nada autoriza en el MERCOSUR a aplicar ni el derecho comunitario europeo ni el derecho comunitario andino.

3.1.15. Según el mismo Estado la apreciación del concepto de proporcionalidad que hizo el Tribunal en el Laudo Nº 1/2005, antes citado, se refirió a la proporcionalidad que debe observar toda medida que restrinja la libre circulación de mercaderías a fin de ser compatible con las normas del MERCOSUR, siendo ello, como se observa, un ámbito diferente del presente asunto.

3.1.16. A su vez, en cuanto a los criterios invocados por Uruguay para determinar la medida compensatoria, en tanto ellos, según Argentina, no expresan concretamente las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo, resultan inválidos.

3.1.17. Por otro lado, Uruguay, en opinión de Argentina, no ha cumplido en absoluto con su carga de la prueba, prevista en el artículo 44, inciso 2, del RPO en relación al carácter proporcional del arancel del 16 % aplicado.

3.1.18. Argentina cuestiona también los datos aportados por Uruguay que acreditarían que, a pesar del mencionado arancel, las exportaciones argentinas mantendrían aún margen de competitividad. Según sus datos de comercio exterior dicho margen no existe, y resultan beneficiadas por lo mismo las importaciones de Uruguay desde Brasil y China.

3.1.19. Finalmente, Argentina manifiesta que la proporcionalidad de las medidas compensatorias con las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo debe determinarse comparando las corrientes comerciales de las posiciones involucradas. Cabe destacar, añade, que la medida uruguaya afecta un flujo comercial más de 30 veces superior al afectado por la prohibición argentina, el cual llega a once veces más si se le agrega a las exportaciones uruguayas perjudicadas un factor de crecimiento anual de 10 %. En este contexto, considera que, teniendo en cuenta la tasa de crecimiento de ambas corrientes comerciales afectadas argentina y uruguaya, en aquel porcentaje, aún cuando en el caso de las exportaciones argentinas éste es mayor, una medida compensatoria proporcional consistiría en la aplicación a las exportaciones argentinas en causa de una cuota arancelaria de 104.995 unidades libres del arancel, con un arancel del 16 % para la corriente comercial que supere dicha cuota. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a las presentaciones argentinas.

3.1.20. En consecuencia, solicita al Tribunal, entre otros, que declare que la medida compensatoria uruguaya es excesiva y desproporcionada en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo Nº 1/2005, antes citado; que Uruguay podrá aplicar una medida compensatoria hasta el monto que identifica; que disponga el establecimiento por Uruguay de una cuota arancelaria como la referida *ut supra*; que Uruguay deberá adecuar su medida compensatoria en el plazo de 10 días, y que la misma deberá ser dejada sin efecto a partir de que se adopten las medidas necesarias para cumplir el laudo citado.

3.2. Uruguay

3.2.1. Uruguay destaca, primeramente, que la Argentina reconoce, en este caso en concreto, la existencia del presupuesto esencial para la aplicación de medida compensatoria, a saber el incumplimiento del Laudo Nº 1/2005, antes citado.

3.2.2. Para Uruguay, el sistema jurisdiccional del Mercosur y su efectiva aplicación constituye la garantía misma del proceso de integración. Por otro lado, el carácter obligatorio de los laudos surge del PO, razón por la cual su incumplimiento implica una violación tanto a

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

la norma mercosureña objeto del fallo como así también al citado Protocolo, lo que constituye así una afectación a la esencia misma del proceso de integración.

3.2.3. Las medidas compensatorias habilitadas por el PO, según Uruguay, tienen por objetivo no sólo que el Estado acate el laudo del Tribunal sino también reducir el daño provocado por la demora en la observancia de dicho laudo. Sin embargo, en este caso, las medidas adoptadas por Uruguay, según el mismo Estado Parte, son menos gravosas que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, por parte de Argentina.

3.2.4. Por otro lado, Uruguay considera que no asiste razón a Argentina al pretender fundar su argumentación en la equivalencia y no en la proporcionalidad. En efecto, según su opinión, la expresión “equivalentes” contenida en los incisos 1 y 2 del artículo 32 del PO hace relación al término “obligaciones”, las cuales deberán ser equivalentes a las “concesiones”, y no a la equivalencia entre el daño provocado por el incumplimiento y las medidas compensatorias. En relación a la jurisprudencia de la OMC aportada por Argentina, manifiesta que la misma no es aplicable al Mercosur, dada la diferencia de redacción que existe entre los artículos pertinentes del PO y del ESD.

3.2.5. Asimismo, Uruguay, considera sin fundamento las observaciones de Argentina relativas al hecho de que las medidas compensatorias deben analizarse en relación al comercio afectado a partir del incumplimiento del laudo, y no desde la adopción de la medida declarada incompatible por el mismo, en particular dado que no le ha sido reprochado a Uruguay haber aplicado dicho criterio temporal.

3.2.6. En cuanto a los criterios de justificación de la medida compensatoria, Uruguay resalta, en primer lugar, que la aplicación de las mismas en el mismo sector en el cual Argentina ha incumplido el Laudo N° 1/2005, antes citado, resulta ineficaz según la prueba en la que se base; así por ejemplo, las asimetrías de tamaño de comercio, impiden que se alcance la proporcionalidad, en el mismo sector, aún el supuesto de que se hubiera prohibido totalmente la importación desde Argentina – lo cual no ocurrió. Por ello se optó por la aplicación de un arancel mínimo, necesario para su finalidad, a saber, lograr el cumplimiento del laudo, sin impedir la importación. Ello respeta, según agrega, el criterio de proporcionalidad referido por el TJCE, en sentencia recogida por este Tribunal en el Laudo N° 1/2005, antes citado. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a la presentación uruguaya.

3.2.7. Como consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita al Tribunal que desestime la pretensión argentina, declarando que las medidas compensatorias denunciadas son proporcionales y no excesivas, en los términos del PO.

3.2.8. Posteriormente, al evacuar el traslado que le fuera conferido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Uruguay, además de ratificar los anteriores conceptos, señala que la proporcionalidad de la medida compensatoria se demuestra también al considerarse que, desde el punto de vista del comercio bilateral, mientras la medida prohibitiva adoptada por Argentina afectó el 0.30% del total de las exportaciones de Uruguay hacia aquel destino, la medida de Uruguay sólo comprendió el el 0.07% del total de las importaciones procedentes de Argentina.

3.2.9. Para dicho Estado Parte, la proporcionalidad mencionada en el PO que debe existir entre las consecuencias del laudo incumplido y las derivadas de la medida compensatoria aplicada hace relación, en ambos supuestos, a los efectos sobre el valor total de las exportaciones o de la producción de los sectores involucrados. En este sentido, afirma, en los sectores respectivamente comprometidos, el valor de las exportaciones hacia Argentina ascendió al 65% del valor total de las mismas y aproximadamente al 60% de su monto de

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

producción; mientras que la corriente comercial argentina hacia Uruguay alcanzó sólo el 2% del valor total de las exportaciones y el 1% de su producción. Fue a partir de este concepto de proporcionalidad que Uruguay aplicó la medida compensatoria, la cual, sin embargo, afecta márgenes de comercio desde Argentina muy inferiores a los alcanzados por la prohibición argentina a los productos uruguayos.

3.2.10. Uruguay adiciona que la pretensión argentina de que la medida compensatoria sea equivalente al nivel del perjuicio sufrido por el incumplimiento del Laudo Nº 1/2005, antes citado, frustraría sin lugar a dudas el objetivo de lograr el acatamiento de tal sentencia, dada las asimetrías de tamaño existente entre ambos Estados.

3.2.11. Finalmente, Uruguay agrega que a los fines de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria no ha de estarse únicamente a la comparación de los flujos comerciales afectados, sino que es evidente que tanto la Ley 25.626 argentina como la actitud de dicho Estado de incumplir un laudo del Tribunal afecta otros valores que escapan al aspecto meramente comercial, ya que inciden negativamente en la consolidación del proceso de integración en si mismo y en la conformación del mercado común. En cuanto a las demás alegaciones de la parte uruguaya, nos remitimos *in totum* a las presentaciones pertinentes.

3.2.12. En consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita que el Tribunal desestime el reclamo de Argentina y que declare que las medidas compensatorias aplicadas son proporcionadas y no excesivas, con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo Nº 1/2005, antes citado, y por ello son ajustadas a lo dispuesto en las normas pertinentes del PO.

5. Prueba de informe solicitada a la Secretaría del Mercosur

5.1. Por providencia de 21 de mayo de 2007, el Tribunal, en uso de sus atribuciones y teniendo en cuenta, por un lado, las competencias asignadas a la Secretaría del Mercosur (en adelante, SM) por el derecho del bloque, a cuyo tenor dicha Institución ha sufrido un proceso de transformación deviniendo en “un órgano con amplia capacidad operacional” cuya función principal es “prestar asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del Mercosur, con el objetivo de contribuir para la conformación de un espacio de reflexión común sobre el desarrollo y la consolidación del proceso de integración”, y, por el otro, la necesidad de contar con la mayor cantidad de elementos de prueba posibles, a fin de permitir al Tribunal la adopción de una decisión efectiva y ajustada a derecho, consideró pertinente solicitar un informe económico y jurídico a la SM, sobre las corrientes comerciales implicadas y una ponderación jurídica sobre posibles márgenes de afectación proporcionales de dichos flujos comerciales. El Tribunal argumentó además que tal tipo de medidas de mejor proveer, por lo demás, son práctica común en otros procesos de integración, cuando se abordan cuestiones como la presente.

5.2. La SM, prontamente, comunicó al Tribunal, con notificación a los Estados Partes en la controversia, que el informe solicitado no podía ser evacuado dado que la Secretaría carece de una base de datos propia de comercio exterior que le permita su elaboración; que, en consecuencia, tampoco era posible emitir un informe jurídico sobre el asunto; y, finalmente, que elevar una ponderación jurídica no estaba dentro de sus facultades que les confieren las normas del Mercosur. En este contexto, la SM remarcó especialmente la existencia de la Resolución GMC Nº 16/04.

5.3. Si bien es cierto que no es esta la oportunidad procesal para analizar la respuesta de la SM, sin embargo, es conveniente destacar, por un lado, que, tal como el Tribunal lo consideró en su resolución peticionante del informe, la SM se halla normativamente dotada, según el ordenamiento mercosureño, para evacuar consultas como la referida, y, por el otro,

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

que, llegado el caso, no puede serle opuesta al Tribunal la Resolución GMC Nº 16/04, en razón de lo previsto en las Decisiones CMC Nº 30/02 y 07/07, las cuales, como normas del CMC, se benefician con una estatura normativa superior a las disposiciones del GMC, con una absoluta prevalencia.

6. Apreciaciones del Tribunal

6.1. Esta es la primera ocasión en la que el Tribunal es llamado a expedirse sobre la "proporcionalidad" de una medida compensatoria, aplicada ante el incumplimiento de un laudo dictado por este Tribunal.

6.2. Dada la novedad de la cuestión y la consiguiente necesidad de establecer, por primera vez en el Mercosur, los criterios a tener en cuenta a fin de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria, resulta necesario realizar una apreciación global de la situación.

7. Marco conceptual

7.1. Primeramente, conviene destacar que el Mercosur, a diferencia de la OMC y a semejanza de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, no se basa pura y exclusivamente en la sola equivalencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los Estados Partes.

7.2. En efecto, a partir de la firma del Tratado de Asunción (TA), los Estados Partes han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos. Ello se comprueba, principalmente a tenor de la letra y el espíritu del preámbulo del Tratado de Asunción y de su capítulo I "Propósitos, principios e instrumentos", pero asimismo a partir de considerar el desarrollo normativo del bloque, en el cual es posible encontrar normas sobre salud, justicia, educación, integración social, derechos laborales, medio ambiente, aspectos políticos, relaciones internacionales, asimetrías, entre otros, como así también al revisarse el contenido de las Comunicados Presidenciales semestrales, la creación de determinados órganos de carácter no comercial, como el Parlamento del Mercosur, el Foro Consultivo-Económico Social, las diferentes Reuniones Ministeriales, el Foro de Consulta y Concertación Política y la Comisión de Representantes Permanentes, entre otros.

7.3. Como lo estableciera el TAH, en el marco de su primera decisión, "el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes... con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia [hoy PO] anticipa que las controversias requieren una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos" [laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados Nº 37/1997 y Nº 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, BOM Nº 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 51].

7.4. El mismo TAH, al señalar la importancia del método teleológico de interpretación, destacó que éste "resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que... configuran procesos o mecanismos de integración" ya que, a diferencia de los tratados de corte clásico, aquellos "constituyen un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido". Más adelante, el TAH agregó – con cita de Lecourt – que "[l]a consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración..., es además un factor de seguridad jurídica. Siendo los objetivos permanentes y

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas)" (Laudo de Aplicación de Medidas Restringivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, cit., considerandos 57 y 60; así también, TAH, Laudos de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, asunto 2/99, BOM Nº 11, diciembre, 1999, pág. 263, considerando 55, y de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM Nº 19, diciembre, 2001, pág. 321, considerando 3.1).

7.5. Que las anteriores consideraciones resultan pertinentes a los fines de concluir que el Mercosur no puede ser valorado ni conceptualizado como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados Partes se han otorgado, sino que involucra otros factores no menos importantes que aquellas concesiones, factores que surgen, precisamente, de los fines y objetivos trazados por el TA. Todo ello porque el Mercosur es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no un mero ente promotor de la liberalización comercial como es la OMC.

8. El incumplimiento de una decisión del Tribunal

8.1. Consecuentemente, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, en este caso de su primer laudo, y la consiguiente aplicación de una medida compensatoria, indefectiblemente, afecta tanto los ocasionales flujos de comercio directamente involucrados, como todo el proceso en su conjunto y las distintas relaciones, de diversa naturaleza, que surgen en su marco.

8.2. Así, la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto.

8.3. La situación que permite una medida compensatoria, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, constituye uno de los actos unilaterales más delicados que un Estado Parte puede adoptar frente a las instituciones y al derecho mercosureño, dadas las mencionadas consecuencias que ello provoca.

8.4. Tal como lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA), el desacato de una sentencia "constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirime una controversia en última instancia", tal situación "siempre y en todos los casos... es de gravedad extrema"¹⁵⁶.

8.5. En palabras del mismo Tribunal de Justicia, aplicables al Mercosur, "cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que

¹⁵⁶TJCA, autos del 20 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 1-AI-97, Junta/Venezuela, GOAC Nº 500, 25/10/99; de 27 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 3-AI-96, Junta/Venezuela, GOAC Nº 512, 26/11/99; de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de sentencia dictada en el proceso 34-AI-99, Secretaría General/Perú, y de 6 de marzo de 2002, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 53-AI-99, Secretaría General/Ecuador, GOAC Nº 778, 02/04/02.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración”¹⁵⁷.

8.6. Por otro lado, aplicando la jurisprudencia andina¹⁵⁸, cabe constatar que en el caso de un incumplimiento de una decisión del Tribunal, la “gravedad de la infracción,... proviene del desacato de la sentencia que de por sí constituye un acto de gravedad extrema”, pero asimismo “de la conducta” del Estado Parte que, en este caso, afecta “uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración” plasmado en el TA y su Anexo I dedicado al Programa de Liberalización Comercial, al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por este Tribunal.

8.7. A lo anterior es del caso agregar que el incumplimiento de un laudo del Tribunal, de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener por un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración.

9. Las medidas compensatorias

9.1. Según el PO, la aplicación de una medida compensatoria queda habilitada ante la alegación de la falta de observancia de una decisión dictada por el TAH o por el Tribunal.

9.2. Las medidas compensatorias, en el marco del Mercosur, tienen por fin solucionar una situación de incumplimiento jurisdiccionalmente declarado del derecho regional, lo cual implica, no sólo equilibrar las corrientes comerciales afectadas por dicha violación sino también poner a resguardo otros factores de índole no comercial, también alterados por esta situación.

9.3. A los fines de resolver la solicitud de la Argentina, resulta esencial valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, pues ello será el barómetro para medir su proporcionalidad.

9.4. Como antes se observó, la falta de observancia de una decisión del Tribunal afecta una diversidad de intereses que van más allá de los propios de los Estados Partes involucrados, los cuales, según el artículo 32, inciso 2, literales i) y ii), del PO deben ser evaluados por el Tribunal a los fines de la presente decisión, como corresponde a un tribunal comunitario, dadas sus responsabilidades institucionales, en particular la de garantizar la efectiva aplicación del derecho regional.

10. Daños

10.1. Consecuencia de lo anterior, y de la antes citada diferencia con la OMC y semejanza con la Unión Europea y la Comunidad Andina, es que en el Mercosur se ha de prescindir del criterio del mero equilibrio entre las concesiones comerciales recíprocas, aplicado en la primera de las Organizaciones citadas, y optarse por el criterio del daño globalmente considerado, afín con la práctica de estas últimas dada su diferente naturaleza, objetivo y alcance¹⁵⁹. Este, si bien incluye aquel daño comercial, no se agota en el mismo.

¹⁵⁷TJCA, auto de 6 de marzo de 2002, proceso 53-AI-99, cit.; ver a su vez, auto de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 35-AI-99, Secretaría General/Perú.

¹⁵⁸TJCA, auto de 4 de agosto 2004, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 52-AI-2002, Secretaría General/Venezuela, GOAC N° 1108, 25/08/04.

¹⁵⁹En la Comunidad Europea, la Comisión, en su Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE [hoy artículo 228 CE] N° 96/C 242/07 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas –

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

sino que incorpora otros bienes dignos de la misma protección que las corrientes comerciales ocasionalmente perjudicadas (daño institucional) además de un concepto más amplio que el mero daño comercial: el daño económico.

10.2. En el caso europeo, el Tribunal de Justicia, al referirse a la suma a tanto alzada y a la multa coercitiva como remedios para los supuestos de incumplimiento de sus sentencias, ha destacado que su finalidad es inducir al Estado miembro a que ponga fin al desacato en el menor tiempo posible, fijando como criterio moderador que la misma sea proporcional a la capacidad de pago del Estado del que se trata y al incumplimiento propiamente dicho¹⁶⁰. En cualquier caso, la medida aplicada debe garantizar que el Estado cumpla con la sentencia cuya falta de observancia se le imputa¹⁶¹ y con ello garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de la legalidad jurídica¹⁶².

10.3. El mismo Tribunal de Justicia ha destacado que las medidas mencionadas no tienen un sentido reparador o de indemnización, sino presionar al Estado a que ejecute la sentencia dictada en su contra¹⁶³.

10.4. Por su parte, el TJCA ha considerado que las sanciones que se apliquen en estos supuestos "no tienen por qué estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal"¹⁶⁴.

10.5. En primer lugar, la situación que habilita una medida compensatoria, afecta, como en este caso, una determinada corriente de flujos comerciales, a saber la de los productos cuya libre circulación se encuentra prohibida por la Argentina. Por ello, la medida compensatoria deberá cubrir, como primer elemento de cálculo, aproximadamente el mismo monto pecuniario que los flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento que es la causa de la misma.

10.6. El sector afectado por la medida compensatoria debe ser el mismo al que se refiere el incumplimiento de la decisión del Tribunal, salvo que, como lo establece el artículo 31, inciso 2, del PO, el Estado Parte, de forma fundada, considere que la ejecución de la medida es imposible o ineficaz, supuesto en el cual podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector.

DOCE – N° C 242, 21/08/1996, pág. 6), estableció que “La determinación del importe de la sanción debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento: asegurar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. La Comisión estima que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales:

- la gravedad de la infracción,
- la duración de la misma y
- la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia”.

¹⁶⁰TJCE, sentencias de 4 de julio de 2000, Comisión/República Helénica, asunto C-387/97, Rec. I-5047, considerandos 89 y siguientes, y de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I-2461, considerando 61 y concordantes.

¹⁶¹TJCE, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión/Reino de España, asunto C-278/01, Rec. I-14141, considerandos 40 y siguiente.

¹⁶²TJCE, sentencia de 12 de julio 2005, Comisión/República Francesa, asunto C-304/02, Rec. I-6263, considerandos 80 y siguientes y 103.

¹⁶³TJCE, sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I-2461, considerando 59 y siguiente.

¹⁶⁴TJCA, autos de 20 de octubre de 1999, proceso 1-AI-97, cit.; de 27 de octubre de 1999, proceso 3-AI-96, cit., y de 1 de agosto de 2001, proceso 34-AI-99, cit.

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

10.7. No obstante, a fin de garantizar la efectividad de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de los Estados Partes, resulta necesario ponderar también la medida en base al tamaño del Estado Parte afectado por la misma.

10.8. Ello se justifica, por un lado, para evitar que la diferencia de tamaño entre los Estados Partes pueda, en algunos casos, neutralizar su objetivo inmediato y, por el otro, a fin de que aquella pueda ser suficientemente persuasiva para el Estado remiso, a fin de inducirlo a ajustar su conducta al ordenamiento mercosureño. En todos los casos, la medida compensatoria debe garantizar que los beneficios o ventajas obtenidos de la falta de cumplimiento de una decisión jurisdiccional sean sustancialmente menores que aquellos que se obtendrían en el caso de acatarla.

10.9. Por lo demás, esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo afirmado precedentemente, en el sentido de que los perjuicios que provoca el desacato de una sentencia del Tribunal no se extienden sólo al Estado que lo sufre, sino que tienen un efecto expansivo sobre todo el proceso de integración, afectando sustancialmente su credibilidad institucional y su consolidación jurídica.

10.10. Finalmente, cabe tener en cuenta que los Estados Partes no pueden alegar normas, disposiciones o prácticas del derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho del Mercosur (en este sentido, ver TPR, Opinión Consultiva, de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, asunto TPR-1/07, BOM Nº 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>, ver Declaración Nº 2 y, concordantemente, voto de la mayoría de los miembros Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Olivera García y voto concurrente del miembro relator Fernández de Brix y del miembro Nicolás Becerra; y TAH, laudo aplicación de medidas restrictivas al comercio reciproco, asunto 1/99, cit., considerando 62).

10.11. Por todo ello, en el marco de una medida compensatoria, la consideración de los daños provocados desde la fecha de la adopción del acto o la medida nacional que ha sido declarada incompatible con el derecho mercosureño por el Tribunal, no afecta, por su sola circunstancia, la proporcionalidad de dicha medida. A su vez, el artículo 32, inciso 2, literal "l", del PO habilita plenamente a este Tribunal, al evaluar la proporcionalidad, a considerar como consecuencia derivada del incumplimiento del laudo al daño existente a partir de la fecha de vigencia de la medida (en este caso la Ley 25.626) declarada violatoria del ordenamiento regional por el laudo incumplido.

IV. CONCLUSIÓN

La fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria en estudio tiende a cubrir dos rubros: daño económico (uno de cuyos componentes es el daño comercial, siendo los otros los propios de las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, inversiones perdidas) y daño institucional. En este caso, la medida compensatoria adoptada ni siquiera agota el primer factor. Es un poco más que simbólica, habida cuenta de que la misma es abiertamente menos gravosa para Argentina que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado. Ello se explica esencialmente por las asimetrías de tamaño entre ambos Estados Partes y de sus respectivas economías, y la realidad económica del sector involucrado. Un solo ejemplo bastaría para ilustrar esta conclusión: la participación de Argentina en el año 2000 en las exportaciones de Uruguay del ítem 4012.11.00 fue del 43.4%, mientras que la participación de Uruguay en las exportaciones de Argentina del ítem 4011.10.00 se ha mantenido en alrededor del 2%. A su vez, consultando la página Web del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) de Argentina se puede observar también actualmente como cifra

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

macroeconómica que las exportaciones globales (FOB) intra Mercosur de Argentina apenas dan un 10,96% de destino a Uruguay, mientras que las exportaciones globales de Argentina tienen como destino Uruguay sólo en un 2,1% (www.indec.mecon.ar). Para el mismo año en la página web del INE uruguayo las exportaciones globales de Uruguay (FOB) intra Mercosur dan a Argentina como destino un porcentual del 34,17%, mientras que en cuanto a exportaciones globales dan como destino a Argentina un porcentual del 7,84% (www.ine.gub.uy).

Adicionalmente, existe además incluso un factor no mencionado por ninguna de las Partes: el factor económico-social de pérdida de empleos. Así en el caso en cuestión, una eventual pérdida de un 2% de mercado no conlleva a ningún resultado negativo para Argentina, pero sí, *a contrario sensu*, la pérdida de un 43.4% de mercado obviamente provoca resultados muy negativos en cuanto este factor individualmente considerado. La equivalencia sustentada por la parte argentina deviene manifiestamente improcedente al evaluarse la proporcionalidad de una medida compensatoria, dentro del marco del incumplimiento de un laudo emanado del tribunal comunitario en un bloque regional de integración.

Finalmente, el daño institucional explicitado en cierta forma pero no específicamente conceptualizado por Uruguay, comporta otro factor de vital importancia en la evaluación de la proporcionalidad para casos como el presente, más todavía considerando que el incumplimiento se refiere precisamente al primer laudo emitido por este Tribunal desde su constitución. A su vez, con las distancias del caso ya que en la Unión Europea están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de calculo de multas coercitivas, son igualmente de plena aplicación al caso (gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita en la realidad normativa actual de ninguna delegación de soberanía.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal DECIDE:

- 1) Por mayoría, determinar que la medida compensatoria contenida en el Decreto N° 142/007 de 17 de abril de 2007, emitido por la República Oriental del Uruguay es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005 dictado por este Tribunal el 20 de diciembre de 2005, conforme a la normativa aplicable.
- 2) Por unanimidad, disponer, conforme a la normativa aplicable al caso, que, dada la novedad de la cuestión, los honorarios y gastos del presente proceso en cuanto a los tres Miembros actuantes del Tribunal serán abonados, por partes iguales, por Argentina y por Uruguay.
- 3) Por unanimidad, disponer la notificación por correo privado a las partes.
- 4) Por unanimidad, disponer que el presente laudo sea notificado por correo privado, al mero efecto informativo, a las Coordinaciones Nacionales del GMC de la República Federativa del Brasil y de la República del Paraguay, a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes, así como a la Secretaría del Mercosur.
- 5) Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo.
- 6) Por unanimidad, disponer la publicación inmediata de este laudo en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR, a partir de la notificación mencionada en el punto 3).