



LAUDO Nº 1/2005

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE REVISION PRESENTADO POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DE FECHA 25 DE OCTUBRE DE 2005 EN LA CONTROVERSIA “PROHIBICION DE IMPORTACION DE NEUMATICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY”

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay a los veinte días del mes de diciembre de 2005,

I. VISTO:

Para laudo el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay (parte recurrente, en adelante “Uruguay”) contra el Laudo Arbitral de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia entre la misma y la República Argentina (parte recurrida, en adelante “Argentina”), sobre “PROHIBICION DE IMPORTACION DE NEUMATICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY”, y

II. RESULTANDO:

Que, el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante “TPR”), se encuentra integrado conforme al Protocolo de Olivos por los Árbitros Dr. Nicolás Eduardo Becerra de la Argentina y Dr. Ricardo Olivera del Uruguay, presidiendo el Dr. Wilfrido Fernández de la República del Paraguay. Se deja constancia que el Dr. Ricardo Olivera integra este TPR ante la excusación del Árbitro Titular del Uruguay Dr. Roberto Puceiro.

Que, el recurso de revisión fue presentado en fecha 9 de noviembre de 2005 por el Uruguay, habiendo sido el mismo contestado por la Argentina en fecha 9 de diciembre de 2005. Por providencia de fecha 9 de diciembre de 2005, se corrió traslado de la presente controversia, sin darle calidad de parte, a la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay. Asimismo, por tal providencia se llamó a audiencia oral a las partes, la cual se llevó a cabo el 19 de diciembre. Con posterioridad a la misma, el TPR se abocó de inmediato a la elaboración del laudo arbitral.

Que, se deja asimismo constancia de que las representaciones quedaron debidamente acreditadas y los domicilios constituidos en la estación procesal oportuna. El Uruguay designó como sus representantes a los Señores Doctores Hugo Cayrús Maurin, José María Robaina, Myriam Fraschini y el Ing. José Luis Heijo; y la Argentina a los Sres. Lic. Adrian Makuc, Ministro Daniel Raimondi y Ministro Héctor Daniel Dellepiane.

Que, las Reglas de Procedimiento del TPR aprobadas por el Consejo del Mercado Común por Decisión 30/05 de fecha 8 de diciembre de 2005, fueron debidamente notificadas a las

partes por la referida providencia de fecha 9 de diciembre de 2005. Las actuaciones del TPR que preceden a este laudo arbitral se encuentran debidamente agregadas a estos autos, y

III. CONSIDERANDO:

A. ALCANCE DEL RECURSO – CUESTIONES DE DERECHO

1. El Art. 17 del Protocolo de Olivos en su Numeral 2, establece expresamente que el recurso de revisión estará limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Es bueno resaltar en esta primera actuación del TPR que la distinción histórica entre cuestiones de derecho y de hecho está entroncada en el recurso de casación, una creación francesa. En un primer momento este recurso fue estructurado para cumplir con una función concreta, hoy ya no justificable: el control de los jueces bajo el tamiz del ius constitutionis, procurándose así evitar que éstos emitieran sentencias contrarias a los textos legales. No importaba para nada la defensa de los derechos de las partes. Siempre históricamente, el último objetivo era conservar la potestad del rey y ulteriormente la prevalencia de la asamblea legislativa.

2. Posteriormente le fue atribuido al recurso de casación el objetivo de unificar la jurisprudencia, y entonces quedó de esta manera estructurada aquella función de naturaleza extraprocesal: la vigencia uniforme del derecho objetivo. Con posterioridad, siendo el derecho evolutivo, la casación se extendió a los vicios in procedendo. Con este alcance, el recurso de casación llegó de Europa a nuestra región. Así por ejemplo a la Argentina con la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

3. Surge luego ya en el siglo XX la preocupación de que los recursos debían estar orientados por sobre todo a proteger el derecho de las partes y así se crearon innovativamente ventanas jurídicas para abrir el recurso de casación a cuestiones tradicionalmente consideradas como cuestiones de hecho. Por todo ello, resulta correcta la aseveración de la República Argentina a fs. 7 de su presentación al TPR alegando que en este caso la labor del TPR debe ceñirse a la interpretación y aplicación del principio de libre comercio, sus excepciones plasmadas en el Art. 50 del Tratado de Montevideo y su aplicabilidad al caso concreto. Igualmente es correcta la postura argentina a fs. 5 y 6 de incluir en el recurso de revisión precisamente graves cuestiones calificadas como “errores monumentales”, no enmarcados en el original concepto de cuestiones de derecho arriba reseñado. Igualmente a fs. 33 de la contestación argentina, tal representación reconoce expresamente que en caso de arbitrariedad, irrazonabilidad en el análisis y valoración de alguna prueba, también sería competencia jurisdiccional del TPR analizarlas (es claro que la postura argentina es de que ello en este caso no sucede). Este TPR agregaría a esta última caracterización el concepto de que tal arbitrariedad o irrazonabilidad debe ser manifiesta. Es con dicho alcance histórico hasta la fecha logrado en relación al contenido de cuestiones de derecho, que deben entenderse las facultades del TPR en cuanto a su alcance jurisdiccional en recursos de revisión. Sostener lo contrario sería todo un

anacronismo, más todavía dentro de un esquema de solución de controversias en un proceso de integración que se tilde de institucional y serio en el siglo XXI.¹

4. Finalmente, sobre el punto se consigna expresamente que tanto en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) como en el Tribunal de la Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) se rechaza expresamente la consideración de cuestiones netamente jurídicas, cuando por ejemplo en cuestiones prejudiciales las presentaciones pertinentes no vienen precedidas de un informe claro y concreto de los hechos en cuestión. Entes como el TPR, el TJCE y el TJCA obviamente no están estructurados de manera alguna para realizar meras disquisiciones jurídicas, teóricas y en abstracto. Por ello y en forma muy concreta, citamos solo una consideración del TJCA en el contexto de cuestiones prejudiciales que literalmente expresa: “En efecto, la función del Tribunal Comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma jurídica desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de su competencia. No obstante el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos, cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”.²

B. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

5. El Protocolo de Olivos en su Art. 14.1 establece expresamente que el objeto de la controversia queda determinado por los escritos de presentación y de respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, no pudiendo ser ampliado posteriormente. Por ello está correctamente definido en el ítem 90 del laudo en revisión que el objeto de la controversia en este caso está dado por la Ley argentina N° 25626 de fecha 8 de agosto de 2002. A su vez está incorrectamente definido que el objeto de la controversia también abarca todo otro texto legislativo o administrativo que la Argentina tenga o venga a tener con los mismos efectos de la citada ley. Comprendemos la preocupación uruguaya en cuanto a tal punto, pero la tesis argentina de que ensanchar con semejante alcance la controversia viola y atenta contra los principios de especificidad y no abstracción que debe primar en toda pretensión litigiosa es correcta. Este Tribunal es consciente de que en el seno del TJCA y el TJCE han acaecido varios casos en los cuales, una vez introducida la demanda por incumplimiento ante el Tribunal Comunitario, el Estado Miembro demandado deroga la norma infractora y dicta otra en la cual reedita con alguna modificación secundaria, el texto cuya licitud fuera demandada. Por ello el TJCA ha optado por la tesis del incumplimiento continuado, destacando que el objeto de la persecución comunitaria es la conducta infractora con independencia de las formas y textos normativos en que se

¹ Una excelente reseña de la mencionada evolución histórica del recurso de casación vinculado a cuestiones de derecho y de hecho se puede leer en el excelente trabajo del Dr. Esteban Righi de fecha 9 de agosto de 2005, presentado a la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en la causa caratulada “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa-causa n° 1681 – S.C. 1757; L.XL”.-

² Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – Sentencia del 3 de septiembre de 1999 en el proceso 30-IP-99, caso “DENIM”.

recoja. En consecuencia en la Comunidad Andina se ha declarado el incumplimiento de la parte demandada, aunque la conducta infractora aparezca para la fecha de la sentencia, recogida en un texto normativo distinto al señalado en la demanda. Es por ello que en las sentencias definitivas del TJCA no es inusual el leer un párrafo que esencialmente establezca lo siguiente: el Estado Miembro queda obligado a la ejecución de la presente sentencia en un plazo no mayor de noventa días a su notificación y le esta prohibido adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a su pronunciamiento o que obstaculice su aplicación. Este TPR incorpora como precepto jurisprudencial tal concepción con el alcance mencionado y con todas sus consecuencias.

C. CUESTIONES DE DERECHO EN REVISIÓN

C.1. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMERCIO EN EL MERCOSUR

6. El principio de libre comercio en el Mercosur en realidad no es una cuestión jurídica controvertida. Ambas Partes así como el laudo en revisión en realidad concuerdan de que tal principio está claramente establecido dentro de la normativa mercosureña, la cual tiene como base de partida el Tratado de Asunción. Ello está correctamente establecido entre otros ítems, en el Numeral 56 primera parte del laudo en revisión.

C.2. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL LIBRE COMERCIO

7. Al tratar el punto, el laudo arbitral en revisión estipula de que obviamente el principio del libre comercio tiene excepciones posibles. El laudo arbitral en revisión en el Numeral 53 ya hace alusión a la correcta posición argentina de argumentar su excepción en el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (en adelante TM) (nótese que en la versión del laudo que tenemos a la vista se consigna equivocadamente el año de 1950, cuando que en realidad el TM es de 1980). Siempre correctamente el laudo hace alusión en tal Numeral de que el Anexo 1 del Tratado de Asunción, específicamente en cuanto a su Art. 2b, incorpora como excepciones al libre comercio las hipótesis previstas en el referido Art. 50 del TM haciendo alusión expresa de los ítems b y d. Para mejor ilustración se transcribe como nota de pie el texto integro de tal Artículo.³

8. Debido a la conclusión fáctica con respecto a la cuestión de seguridad a que arriba el laudo arbitral en revisión en el Numeral 48, obviamente la viabilidad de tal

³ Art. 50 del TM de 1980 establece que “ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes de reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones, y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

excepción queda descartada en este caso, restando solo la eventual viabilidad de la excepción prevista en el ítem d, la cual se puede resumir globalmente en un concepto de excepción medio-ambiental (se incluye así el concepto de vida y salud en la misma, al efecto de su mero análisis en este laudo). Así aludiremos a tal excepción a partir de este momento.

C.3. CRITERIOS DE RIGOR PARA EL ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES AL LIBRE COMERCIO.

9. Este TPR nota a primera vista de que en realidad en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su Numeral 55. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental aludida). Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección de medio-ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es conciente de que no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el Mercosur) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el Mercosur) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recurrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional”⁴.

10. En cuanto a la invocación de la excepción en concreto, en primer término en derecho de integración así como en derecho comunitario, quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla. Normativamente, no existe en el Mercosur un cuerpo legal que establezca clara y concretamente los criterios de rigor a ser analizados para la invocación de tales excepciones, las cuales siempre deben ser interpretadas con criterio restrictivo. No compartimos al respecto la denominación de presupuestos habilitantes que

⁴ Perotti, Alejandro Daniel, Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y Derecho Regional, RDM, 2000-5, Pag. 234. Otras excelentes referencias se pueden encontrar en “Sexto Laudo del Mercosur – Una alternativa de solución conforme al Derecho Comunitario” de autoría de los alumnos de Derecho Ignacio Bustingorri, Alejandro Barrientos, Santiago María Castro Videla y Eduardo Federico Landera, bajo la coordinación de Alejandro Daniel Perotti.

les otorga la representación uruguaya. El laudo arbitral en revisión no contiene lamentablemente ninguna aseveración en tal sentido, y mucho menos cumple su rol institucional que consiste claramente en tales circunstancias, ante un vacío normativo, en establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso de tales criterios de rigor para luego aplicarlos al caso concreto. Históricamente en realidad tanto en la hoy Unión Europea como en la Comunidad Andina fueron los tribunales comunitarios los que primero desarrollaron tal concepto jurisprudencialmente. He ahí un craso error jurídico del laudo en revisión. La representación argentina en su contestación, a fs. 11, correctamente a nuestro entender, sostiene que un Tribunal del Mercosur no puede aplicar normativa ajena al Mercosur para resolver una controversia en este ámbito y a fs. 12 reconoce expresamente de que en el Mercosur no existe normativa que condicione la utilización de la excepción consagrada en el Art. 50 del TM.

11. Lo único que encontramos en el laudo al respecto es el último párrafo del Numeral 56, donde menciona que las excepciones al principio de libre comercio como las de salud, vida, personas, animales y la preservación del medio-ambiente tienen condiciones jurídicas de oponerse al libre comercio en determinadas condiciones y/o circunstancias. Una aseveración parca e insuficiente y nunca desarrollada en el sentido de establecer cuales son esas condiciones o circunstancias, y si son o no aplicables al caso concreto. Vale decir cuales son aquellos criterios de rigor y que determinan los mismos aplicándolos al caso concreto.

12. Existen algunas alusiones tanto por el Uruguay como la Argentina al respecto, contenidas específicamente en el recurso de revisión. Curiosamente el laudo no desarrolla jurisprudencialmente tales criterios de rigor y sin embargo ambas partes hablan acerca de los mismos en el recurso de revisión.

13. En el Numeral 31 de su presentación (recurso de revisión), el Uruguay cita cuatro presupuestos de rigor entre los cuales resalta en negritas el de proporcionalidad (que las medidas deben estar efectivamente destinadas a proteger los bienes contemplados bajo dicho artículo, que no deben incidir en el comercio, que no deben golpear mas, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros y finalmente que deben ser proporcionales al fin perseguido). Luego en su Numeral 32 hace alusión al laudo arbitral Uruguay – Brasil sobre la materia, aludiendo a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y previsibilidad comercial. La contestación argentina del recurso de revisión menciona como ejemplo a fs. 14, que interpretando jurídicamente la cuestión, serían criterios de rigor los siguientes: que las medidas estén efectivamente destinadas a proteger dichos valores, que en lo posible no incidan en el comercio y que finalmente sean proporcionales con el fin perseguido. En realidad ninguna de ellas, ni las propuestas uruguaya ni argentina, satisfacen totalmente al TPR, como se verá más abajo.

14. En concreto, ante el error jurídico en cuestión del laudo arbitral de no detallar jurisprudencialmente los criterios de rigor (que no precisamente son siempre presupuestos habilitantes) para la invocación de excepciones al principio de libre comercio, y de evaluarlos a la luz de este caso, este Tribunal ante la ausencia normativa en el Mercosur en cuanto a tales criterios de rigor sentando jurisprudencia inicial al

respecto establece: a) en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio. En la eventualidad de una respuesta positiva al caso concreto, ello de manera alguna hace inviable la medida. Es solo un primer paso de análisis. En nuestro caso la respuesta es precisamente positiva, pues efectivamente la prohibición de importación de neumáticos remoldeados es evidentemente una medida restrictiva al libre comercio. Siendo este un caso piloto corresponde citar brevemente una referencia jurisprudencial del TJCE que calza perfectamente. En efecto, en la causa individualizada como Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria⁵, en reciente sentencia del 15 de noviembre de 2005, el TJCE ha determinado: “se sostiene que es evidente que al prohibir los vehículos pesados de más de 7.5 toneladas que transportan determinadas clases de mercancías en un tramo de carretera de destacada importancia, que constituye una de las principales vías de comunicación terrestre entre el sur de Alemania y el norte de Italia, el Reglamento controvertido obstaculiza la libre circulación de mercancías, y, en particular, su libre tránsito De ello se deduce que debe considerarse que el Reglamento controvertido constituye una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, en principio incompatible con las obligaciones del Derecho comunitario derivada de los Arts. 28 y 29 de CE, A MENOS QUE DICHA MEDIDA PUEDA JUSTIFICARSE OBJETIVAMENTE” (las mayúsculas son nuestras).

15. b) En segundo término, habiéndose concluido en relación al caso en estudio ante este Tribunal que la medida analizada es una restricción al libre comercio, corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida. Según se nota en la jurisprudencia europea, cualquier medida analizada puede ser discriminatoria, directa o indirectamente. Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales. Precisamente en la causa europea precedentemente mencionada el Abogado General L.A. Geelhoed en su dictamen de fecha 14 de julio de 2005, establece textualmente lo siguiente: “Según el planteamiento seguido por el TJ sobre la posibilidad de justificar restricciones al comercio intracomunitario, solo las medidas aplicables indistintamente a las mercancías nacionales y a las importadas de otro Estado Miembro pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, incluida la PROTECCIÓN DEL MEDIO-AMBIENTE” (las mayúsculas son nuestras) ... “Según reiterada jurisprudencia, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes ... La cuestión estriba en si esta diferencia en los efectos sobre los transportistas austriacos y no austriacos que transportan las mercancías afectadas constituyen una discriminación indirecta ...”. En suma, el Abogado General Geelhoed había concluido que la medida analizada no era discriminatoria ni directa ni indirectamente, pero aseveraba que si el TJCE concluía sobre el punto de manera diferente, correspondería entrar a analizar el siguiente criterio de rigor. En nuestro caso, este TPR entiende que la medida es directamente discriminatoria por cuanto que afecta solo a productos extranjeros, no importando que no solo afecte al Uruguay sino a todo el mundo. El discernimiento sobre el punto gira en torno a productos nacionales vis a vis

⁵ Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Austria – Asunto C-320/03

productos extranjeros. Nótese que al decidir este TPR que la medida es discriminatoria, ello tampoco significa desde ya que tal medida no va a tener viabilidad. Es solo un segundo paso del análisis a ser seguido y conlleva a la obligación de entrar a analizar el tercer presupuesto.

16. c) El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida. Siempre basándonos en la cita del caso europeo mencionado, vemos que el Abogado General Geelhoed consideró “que la prohibición sectorial contenida en la medida controvertida puede estar justificada por razones relativas a la protección del medio-ambiente, a pesar de la desigualdad de efectos para el tráfico extranjero y austriaco que atraviesa la zona de saneamiento” y que por tanto “debe examinarse a continuación si la medida era adecuada, necesaria y proporcionada”. A su vez el TJCE en su referida sentencia estipula: “según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio-ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (veanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2004. Comisión/Alemania. C-463/01. Rec. P. I-11705, apartado 75, así como Radlberger Getrankegesellschaft y S. Spitz. C-309/02. Rec. P. I-11763, apartado 75) ... En el caso de autos consta que el Reglamento controvertido fue adoptado con el fin de garantizar la calidad de aire ambiente de la zona afectada y está justificada, por tanto, por motivos relacionados a la protección del medio-ambiente. Procede examinar, con carácter previo, si el citado Reglamento tiene efectivamente tal objeto”. Luego de analizar la forma y las medidas adoptadas en el Reglamento el TJCE sostiene “aún admitiendo que el Reglamento controvertido esté basado en el Art. 8, apartado 3, de la Directiva 96/92, no puede considerarse que constituya una aplicación correcta e íntegra de esta disposición. Sin embargo, la afirmación anterior no se opone a que el obstáculo a la libre circulación de mercancías que resulta de la medida de prohibición de circular establecida por el Reglamento controvertido pueda justificarse por alguna de las exigencias imperativas de interés general reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En nuestro caso, este TPR, siguiendo la jurisprudencia citada considera de que la medida en cuestión no podría tener una debida justificación, considerando por ejemplo que en los antecedentes parlamentarios además de la protección al medio ambiente se cita literalmente “la protección de la industria nacional proveedora de estos productos”⁶, precediendo a la cita del impacto negativo en el medio ambiente y con posterioridad a la cita del argumento de seguridad en la vía pública (este último argumento descartado por el laudo en cuestión). Con esta conclusión la cuestión quedaría cerrada. Asumiendo no obstante este TPR la negada hipótesis de que la medida sería justificada, entonces y solo entonces, correspondería iniciar el análisis del siguiente cuarto criterio de rigor.

17. d) El cuarto y más difícil criterio a salvar es siempre el de la proporcionalidad considerando que toda medida que obste al libre comercio debe ser siempre evaluada con criterio restrictivo. Por ello es doblemente interesante resaltar en primer término la conclusión del Abogado General Geelhoed en el caso de referencia. El mismo concluye

⁶ Orden del día Nro. 210 - Cámara de Diputados de la Republica Argentina – Dictamen de fundamentos emitido por las Comisiones de Economía, de Industria y del Mercosur.

que “el modo en que se preparó y pretendió introducir la medida controvertida vulnera el principio de proporcionalidad”. Sobre el punto y en tal caso el TJCE ha establecido que “a efectos de comprobar si tal obstáculo es proporcionado con relación al objetivo legítimo perseguido en el presente caso, a saber, la protección del medio-ambiente, es preciso determinar si es necesario y adecuado para alcanzar el objetivo autorizado ... Procede declarar que el Reglamento controvertido, al vulnerar el principio de proporcionalidad, no puede justificarse válidamente por motivos relacionados con la protección de la calidad del aire. Por consiguiente dicho Reglamento es incompatible con los Arts. 28 y 29 del CE”. Nótese que la justificación y la proporcionalidad son conceptos vinculados. Resulta interesante destacar para comprender claramente el concepto de proporcionalidad que según la Guía para la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE⁷, según se lee a fs. 10 cuando comenta las enseñanzas del caso Cassis de Dijon: “estos tres requisitos (necesidad, proporcionalidad y medios que sean los menos restrictivos del comercio) deben considerarse expresión del principio general de proporcionalidad”. Consecuentemente, este TPR en relación a la medida analizada estima, acoge la tesis uruguaya, de que la misma es desproporcionada frente a un producto, neumático remoldeado, que no es un desecho ni un neumático usado según la propia conclusión del laudo arbitral. Consta igualmente en autos de que la prohibición tomada no ha reducido objetivamente hablando, el concepto de daño ambiental aplicable al caso. Tampoco es proporcional porque el daño alegado según el criterio de este TPR no es grave ni irreversible (presupuestos éstos que se deben dar para la aplicación del principio precautorio) según lo analiza correctamente la representación uruguaya. Tampoco es proporcional desde el punto de vista de que no se puede impedir el libre comercio, salvo que sea la única medida disponible, eliminando de circulación de un producto extranjero que es igual de seguro a un producto nacional, según el mismo laudo arbitral en revisión; pero que tal vez, y no en todos los casos, es de menor duración. Tampoco es proporcional a nuestro entender porque la medida tomada no previene el daño. Las medidas a ser adoptadas en el caso en cuestión, ante las presentes circunstancias, deberían estar más bien orientadas a la limitación y eliminación de los neumáticos en desecho. El mismo laudo ha concluido de que son tres conceptos diferentes (el neumático nuevo, el neumático usado y el neumático remoldeado). Al respecto a fs. 26 la representación uruguaya cita una interesante conclusión del Órgano de Apelación en el caso Corea – Carnes: “hay otros aspectos de la medida para la lograr la observancia que han de considerarse al evaluar esa medida como necesaria. Uno es el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido. Cuando mayor sea la contribución, mas fácil será considerar que la medida es necesaria”⁸. Finalmente quisiéramos resaltar que la tesis argentina de que la única proporcionalidad aceptable en casos como el de autos, es la prohibición de ingreso del producto a territorio nacional no tiene asidero jurídico alguno. Dadas las precedentes consideraciones en casos como el de autos, no es fácil pero no es imposible, realizar una estimación o medición de la proporcionalidad. El deber constitucional resaltado por la representación argentina obviamente obliga a los tomadores de decisión a disponer responsablemente las medidas del caso, pero de ahí a

⁷ Guía par la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE – Enero 2001 – DG de Mercado Interior.

⁸ Caso “Corea – Carnes” (WT/DS161/AB/R, WT/DS168/AB/R, párrafo 163).

pretender concluir que existe un deber constitucional de directamente prohibir la importación hay demasiada e insalvable distancia.

18. Finalmente deseamos también puntualizar que la citada Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 a 30 del Tratado CE trae también a fs. 19 el siguiente comentario establecido en el caso De Peijper⁹ respecto a la cuestión de la protección de la salud y vida de las personas, animales y preservación de los vegetales. En efecto, reza tal guía: “El Tribunal de Justicia ha sentenciado que entre los bienes o intereses protegidos por el Art. 36 (actualmente Art. 30) son prioritarios la salud y la vida de las personas, y compete a los Estados Miembros dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir el grado de severidad de los controles que han de realizarse”. En esta misma sentencia el Tribunal afirma que: “las normas o prácticas nacionales no entran en el ámbito de aplicación de la excepción que se especifica en el Art. 36 (actualmente Art. 30) si la salud y la vida de las personas pueden protegerse de forma igualmente efectiva **CON MEDIDAS QUE NO RESTRINJAN EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO**” (las mayúsculas son nuestras).

C.4. INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA – INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

19. El laudo arbitral en revisión en el Numeral 70, invierte la carga de la prueba invocando el argumento de incertidumbre científica, el cual según el laudo puede justificar por sí solo la adopción de medidas de resguardo al medio-ambiente. La incertidumbre científica está efectivamente vinculada al principio de cautela. La Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 al 30 de las Comunidades Europeas, estipula claramente a fs. 19 lo siguiente: “El principio de cautela fue mencionado por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto “National Farmers Union” (si bien está implícitamente presente en la anterior jurisprudencia sobre el Art. 28). El principio define las circunstancias en las cuales un legislador, ya sea nacional, comunitario o internacional puede adoptar medidas para proteger a los consumidores contra los riesgos para la salud, que habida cuenta de la incertidumbre reinante en la investigación científica, cabe asociar a un determinado producto o servicio”.

20. Al respecto este Tribunal establece lo siguiente: a) la inversión de la carga de la prueba en derecho de integración no existe, en alegaciones vinculadas a excepciones de libre comercio. El excepcionante siempre debe asumir la carga de la prueba b) la inversión de la carga de la prueba solo puede darse jurídicamente cuando el texto expreso de la ley así lo autoriza, como por ejemplo en el área específica del derecho de patentes o del derecho laboral. c) el traer a colación el concepto de incertidumbre científica es una manifiesta invocación arbitraria (los riesgos para la salud y los daños para el medio-ambiente, están perfectamente reconocidos por ambas partes respecto a los neumáticos cuando terminaren su vida útil y fueren desechados, el mismo laudo en su Numeral 48 así lo reconoce), respecto a la cual no encontramos ninguna justificación para

⁹ La referida Guía nos remite al Caso 104/75, De Peijper (1976) RTJ 613.

su invocación en este caso y mucho menos para fundamentar una supuesta inversión de la carga de la prueba. d) aún en la hipótesis negada por este Tribunal de que existiere incertidumbre científica en el caso de autos, ello no equivale a poder justificar, por sí sola, la aplicación de una medida específica como es la prohibición de importación. Lo que en tal caso, tal incertidumbre científica permite es tomar alguna medida, pero no precisamente cualquiera. Precisamente la aplicabilidad de tal medida en tales casos estará siempre sujeta al examen a tenor de los referidos criterios de rigor. En suma este TPR entiende que la inversión de la carga de la prueba ha sido manifiestamente arbitraria desde todo punto de vista.

C.5. ESTOPPEL – SU APLICABILIDAD AL DERECHO DE INTEGRACIÓN

21. El estoppel es un concepto de origen anglosajón que impide y reprueba un cambio de conducta caprichoso y arbitrario, y no precisamente de buena fe. Hoy día tiene bastante aplicación en el derecho internacional, no obstante es un concepto no originario y ajeno al derecho de integración, y por lo tanto solo debe ser aplicable a solución de controversias en procesos de integración como último recurso. En suma, el estoppel al decir de Francisco Jiménez García citado en el Numeral 83 del laudo en revisión, “supone la reprobación de la contradicción. No de cualquier contradicción, sino de aquella que pone en entredicho la coherencia y la consistencia de los Estados en la realización de sus comportamientos y conductas en el marco de una determinada situación o relación jurídica internacional”¹⁰.

22. El estoppel tiene efectivamente como mínimo los tres elementos esenciales enunciados por el laudo en revisión en el Numeral 85. Coincidimos con el laudo en revisión al alegar que el estoppel tampoco tiene carácter absoluto, pero disintimos tajantemente en cuanto a la conclusión que hace el laudo al agregarle un cuarto peculiar e innovador requisito para su procedencia consistente en la existencia “de un flujo mercantil permanente”, que en el caso en cuestión se refleje por ejemplo en cantidades substanciales de las exportaciones pertinentes. Dicha aseveración no se compadece para nada dentro de un esquema de integración, mas todavía en nuestro caso con países con mercados y economías diametralmente diferentes en tamaño y desarrollo.

23. Hacemos nuestra la siguiente aseveración: “En efecto, ya sea que se considere al estoppel como principio de derecho internacional, ya como principio general del derecho, al no pertenecer éste al derecho originario, ni al derecho derivado, como tampoco ser un principio específico del derecho Mercosur, su aplicación solo es supletoria y en su caso debe adecuarse a la especificidad del objeto y fin del ordenamiento jurídico comunitario y ser útil para resolver el caso en cuestión”¹¹. Consecuentemente este TPR concluye con la innecesariedad de la aplicación de este instituto para el caso de autos.

¹⁰ Francisco Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional: A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Editorial Diles, Madrid, 2002, p.236

¹¹ Publicación citada en segundo termino en la nota nro 4 – pag 32

D. PRONUNCIAMIENTO SOBRE TRASLADO A TERCEROS PAÍSES NO PARTES EN LA CONTROVERSIA

24. Finalmente este TPR considera importante volver a reiterar lo contenido en el auto interlocutorio de fecha 19 de diciembre de 2005 en el sentido de documentar en este laudo que el TPR, al menos en procesos vinculados a incumplimientos e incompatibilidad de normativas, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, tiene la atribución y responsabilidad institucionalidad de correr traslado de oficio sin otorgar calidad de parte, a los demás países no partes en la controversia que sean socios plenos del Mercosur, independientemente del consenso de las partes. Esta atribución es rutinaria en foros de solución de controversias en procesos de integración mejor estructurados y con mayor institucionalidad que el nuestro. Además es necesario entender que el resguardo de la confidencialidad en solución de controversias en un esquema de integración tiene alcances y aristas absolutamente diferentes a la confidencialidad propia de un arbitraje de derecho privado. En estas condiciones la confidencialidad del caso no se viola de manera alguna en razón que el traslado se otorga sin dar calidad de partes a los demás países miembros plenos del Mercosur, los cuales tienen a su vez la misma carga de responsabilidad en cuanto a tal confidencialidad, en su carácter de terceros opcionalmente opinantes en la controversia. La República Federativa del Brasil en su presentación pertinente se muestra favorable a la posición argentina, y a su vez la República del Paraguay endosa la posición uruguaya.

IV. CONCLUSIÓN

25. En concreto a tenor de las precedentes consideraciones, este TPR concluye que el laudo arbitral en revisión posee evidentes y graves errores jurídicos, según se deja manifestado, los cuales tornan imperiosamente revocable el laudo en cuestión, inclusive solo adoptando aquellas escuetas y primeras acepciones jurídicas reseñadas como evolución de lo que históricamente se entendió como cuestiones de derecho, hoy ya perimidas.

V. DECISIÓN

26. Por todo lo expuesto, y de conformidad a las normas y principios jurídicos aplicables al caso, este Tribunal Permanente de Revisión en la presente controversia sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”, DECIDE:

- 1.** Por mayoría, revocar con el alcance indicado el laudo arbitral en revisión en esta instancia, de fecha 25 de octubre de 2005.

2. Por mayoría, determinar que la Ley argentina 25.626 promulgada en fecha 8 de agosto del 2002 y publicada en el Boletín Oficial en fecha 9 de agosto de 2002 es incompatible con la normativa Mercosur, en base a una correcta interpretación y aplicación jurídica de las excepciones previstas en el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, las cuales están entroncadas en el Anexo 1 del Tratado de Asunción, específicamente en su Art. 2b, y en consecuencia la República Argentina deberá derogarla o modificarla con el alcance precedentemente expuesto, por la vía institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos.
3. Por mayoría, determinar que a la República Argentina le está vedado a partir de la notificación del presente laudo, adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a este pronunciamiento, o que obstaculice su aplicación.
4. Por mayoría, determinar que la presente decisión tendrá vigencia hasta que el Mercosur, por la vía institucional apropiada, apruebe una normativa consensuada sobre la cuestión debatida en estos autos relativa al tema de la importación de neumáticos remoldeados.
5. Por unanimidad, disponer, conforme lo establece la normativa aplicable al caso, que los honorarios y gastos del presente proceso arbitral en cuanto a los tres Árbitros actuantes del TPR, serán abonados en partes iguales por los dos Estados Partes en esta controversia (Art. 36.2 del Protocolo de Olivos).
6. Por unanimidad, determinar que los efectos de este laudo para las partes tienen efecto inmediato, de conformidad con lo que determinan los Arts. 26 y 27 del Protocolo de Olivos, a excepción del plazo otorgado en el Numeral 2 de este cuerpo decisorio.
7. Por unanimidad, disponer la notificación a las partes del presente laudo arbitral por fax vía Secretaría, enviándose vía correo privado por separado copia íntegra del mismo a las partes. El plazo para el pertinente recurso de aclaratoria correrá a partir de la fecha de entrega del correo privado pertinente.
8. Por unanimidad, disponer que el presente laudo sea notificado al mero efecto informativo, a la República Federativa del Brasil y a la República del Paraguay, así como a la Secretaría del Mercosur.
9. Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo, con la constancia de que la versión en español será siempre la única oficial y prevalecerá sobre la versión del mismo traducida al portugués. En razón del carácter no oficial de la misma, la referida versión en portugués no será autenticada por los Árbitros actuantes del TPR.



Tribunal Permanente de Revisión



10. Regístrese, notifíquese en forma inmediata y publíquese.

Nicolás Becerra
Árbitro

Ricardo Olivera
Árbitro

Wilfrido Fernández
Presidente