

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 N° 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 N° 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.

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 Fedye, 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 discrecionales, 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 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 esa 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 irracionales 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.

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 N° 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 N° 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.

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 Fedye, 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 discrecionales, 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 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 esa 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 irracionales 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.