

¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración <sup>(1)</sup> / Who pays the costs of default judgments of Permanent Review Tribunal of MERCOSUR? State Responsibility for violation of the Integration Law

Por Alejandro Daniel Perotti<sup>2 3</sup>

*«...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 afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración»*  
(TJCA\*\*\*\*)

### Resumo

O presente artigo busca comentar duas decisões do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUR (TPR) tomadas no marco da controvérsia sobre a livre circulação de pneumáticos remodelados, controvérsia entre Uruguai contra Argentina, como assim também analisar algumas consequências que surgem desse assunto.

Palavras-chave: Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Livre circulação de pneumáticos remodelados. Uruguai. Argentina.

### Abstract

This article seeks to comment two decisions of the Permanent Court of Review of MERCOSUR (TPR) taken in the context of the controversy about the free circulation of pneumatics refurbished, controversy between Uruguay against Argentina, as well also analyze some consequences that arise from this issue.

Keywords: Permanent Court of Revision of Mercosur. Free circulation of pneumatics refurbished. Uruguay. Argentina.

---

<sup>1</sup> Publicado previamente en la revista jurídica "El Derecho", ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina: Suplemento de Derecho Administrativo del 31/03/09, págs. 1 a 8 (1ª parte); del 30/04/09, págs. 11 a 13 (2ª parte) y números subsiguientes.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe), Master en Derecho Comunitario (Universidad Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Universidad Austral, Buenos Aires). Profesor Asociado a cargo de Derecho de la Integración de la Universidad Austral. Ex Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR, por concurso público internacional. Estudio "Mansueti, Gallo, Sallette & Perotti – Abogados". [aperotti@estudiomansueti.com](mailto:aperotti@estudiomansueti.com), [adperotti@yahoo.com](mailto:adperotti@yahoo.com).

<sup>3</sup> El presente trabajo fue concluido durante la estancia de investigación postdoctoral que el autor realizó en el Max-Planck Institute (Institute for Comparative Public Law and International Law), de Heidelberg, gracias una "Beca de corto plazo Thyssen-Humboldt para investigadores en Ciencias Sociales de Latinoamérica", otorgada por la "Alexander von Humboldt-Stiftung/Foundation" (AvH), <http://www.humboldt-foundation.de>, de Alemania, a quien agradece por la misma.

\*\*\*\*

TJCA (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), auto del 6 de marzo de 2002, en el marco del sumario por incumplimiento de sentencia dictada en el proceso 53-AI-99, Secretaría General/Ecuador, GOAC (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena) Nº 778, 02/04/02, considerando 2º. La sentencia incumplida fue dictada por el TJCA, el 14 de marzo de 2001, GOAC Nº 673, 29/05/01.

Sumário: Introducción. I. Tribunal permanente de revisión. El conflicto por la importación de neumáticos remoldeados en el Mercosur. La Resolución nº. 01/2008 del TPR, Uruguay y Argentina. El Laudo nº. 01/2008 del TPR, Uruguay y Argentina. La nueva Resolución nº. 25/2008 del Grupo Mercado Común. Los reclamos ante la Justicia Nacional (Brasil). El incumplimiento del Laudo nº. 05/2005 del TPR. Responsabilidad del Estado por la violación del derecho comunitario. La Corte Suprema de la Nación y la responsabilidad por la violación de los acuerdos internacionales. Responsabilidad del Estado por la violación del derecho del Mercosur. La responsabilidad refleja. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas tienen por finalidad comentar dos recientes decisiones del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR, o Tribunal)<sup>4</sup>, dictadas en el marco de la controversia sobre libre circulación de neumáticos remoldeados, que enfrenta hace tiempo a Uruguay contra Argentina, como así también analizar algunas consecuencias que surgen de este asunto.

Las posibles derivaciones que la situación creada en este expediente pueden tener lugar hacia el futuro no deben ser minimizadas, no sólo porque afectan la credibilidad y consolidación institucional del MERCOSUR y de su Tribunal, sino, lo cual suele despertar mayor atención en los Gobiernos, por el hecho de que los daños ocasionados por la violación del derecho regional, y más aún cuando ya existe una sentencia que así lo declara, tarde o temprano, significará condenas pecuniarias que incidirán en las arcas públicas.

## II. TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

### §1. Integración del Tribunal

1. El TPR está constituido por cinco miembros electos por los Estados Partes, de la siguiente manera<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> TPR, Resolución Nº 01/2008, 18/03/08, y Laudo Nº 01/2008, 25/04/08. Ver infra.

<sup>5</sup> Artículo 18 del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO), firmado el 18/02/02 y vigente desde el 01/01/04. Cabe agregar que recientemente, el 19 de enero de 2007, los Estados Partes han firmado en Río de Janeiro, el Protocolo Modificador del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, el cual entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del cuarto instrumento de ratificación (lo cual aún no ha ocurrido). Una de las normas que dicho Protocolo altera es el artículo 18 del PO, a fin de adaptar el número de miembros del TPR a la adhesión de nuevos Estados Partes (artículo 1). En este sentido, se establece que el TPR estará formado por un miembro (y su suplente) por cada Estado Parte, siguiendo en cuanto a la duración y renovación lo previsto en el PO. Desaparece la figura del Quinto Árbitro, y para el caso en el que el MERCOSUR llegue a estar conformado por un número par de Estados (y por ende, también el Tribunal) se crea la figura de un "árbitro titular adicional" (y su suplente), que durará en su cargo, salvo las hipótesis determinadas en la norma, dos años, siendo electo siguiendo el procedimiento hoy vigente para la selección del Quinto Árbitro.

- cuatro miembros (con sus respectivos suplentes) seleccionados uno por cada Estado Parte, los cuales duran en su cargo dos años “renovable por no más de dos períodos consecutivos” (miembros de la “lista del artículo 18.2 del PO”), y
- el quinto, denominado “Quinto Árbitro”, elegido por unanimidad de los Estados Partes – a partir de una lista conformada por dos candidatos propuestos por cada Estado – y designado “por un
- período de tres... años no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes”<sup>6</sup>; este último, deberá tener la nacionalidad de algún de los Estados Partes<sup>4</sup>. Este miembro carece de suplente.

2. Los primeros miembros del Tribunal fueron designados por el Consejo del Mercado Común, a través de la Decisión N° 26/04: Nicolás E. Becerra (Argentina; Susana Czar de Zalduendo, suplente), João Grandino Rodas (Brasil; Nádia de Araújo, suplente), Wilfrido Fernández de Brix (Paraguay, Hugo Estigarribia Gutiérrez, suplente) – quien luego renunció y fue reemplazado por Carlos A. González Garabelli<sup>5</sup> (ver infra) – y Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay; Ricardo Olivera García, suplente), y Quinto Árbitro, José Antonio Moreno Ruffinelli (Paraguay).

El Tribunal<sup>6</sup> tiene su sede en Asunción, Paraguay<sup>7</sup>, y fue instalado el 13 de agosto de 2004, fecha a partir de la cual comenzó a computarse el mandato de sus miembros<sup>8</sup>.

A través de la Decisión N° 18/06, del 20/07/06, el CMC prorrogó por dos años el mandato de los miembros (titulares y suplentes) de la lista del artículo 18, inciso 2, del PO, y por la Decisión N° 38/07, del 27/09/07, como se mencionó, hizo lo propio con el mandato del Quinto Árbitro hasta el 13/08/08. Asimismo, tal como se señaló, por Decisión N° 42/07, del 25/10/07, el CMC designó a Carlos A. González Garabelli como miembro del TPR, en reemplazo de Wilfrido Fernández de Brix, “por el período que finalizará el 13 de agosto de 2008” (artículo 1). Por todo ello, el mandato de todos los miembros del TPR – lista del artículo 18, inciso 2, del PO y Quinto Árbitro – finalizó el 13/08/08<sup>9</sup>.

A pesar de que el PO establece, en su artículo 18, inciso 5, que “[p]or lo menos tres (3) meses antes del término del mandato de los árbitros [lista del artículo 18, inciso 2, del PO], los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos”, y en el inciso 3 del mismo artículo, con relación al Quinto Árbitro, que éste “será elegido por unanimidad de los Estados Partes, ..., por lo menos tres (3) meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio”<sup>10</sup>, el CMC, siete meses después de haberse vencido ambos plazos<sup>11</sup>, por Decisión N°

36/08, del 15/12/08, designó a los miembros del TPR: titulares<sup>12</sup> y suplentes<sup>13</sup>, por el período del 15/12/08 al 15/12/10, y Quinto Árbitro<sup>7</sup>, por el período del 15/12/08 al 15/12/11.

---

<sup>6</sup> Como se observa, en relación al quinto miembro, el PO utiliza el verbo “renovar” (uno de cuyos significados, según el Diccionario de la Lengua Española – edición electrónica 21.1.0, ed. Espasa Calpe, 1995, realizado bajo la supervisión de la Real Academia Española –, es “Hacer como de nuevo una cosa, o volverla a su primer estado”), sin embargo, el Consejo del Mercado Común (CMC) – formado por los Ministros de Economía y Relaciones Exteriores de los Estados Partes –, a través de su Decisión N° 38/07, decidió “prorrogar” por un año (hasta el 13/08/08) el mandato de dicho miembro del Tribunal, basando dicha norma en el hecho de “[q]ue los Estados Partes estiman conveniente prorrogar el mandato [del Quinto Árbitro] hasta el vencimiento del mandato de los demás integrantes del Tribunal” (considerandos, párrafo 5º). A decir verdad, esta no es la primera vez que el MERCOSUR se utiliza de manera demasiado flexible el contenido semántico de las normas; en este sentido puede citarse que, a pesar del artículo 33 del Protocolo de Ouro Preto (POP) – a cuyo tenor el Director de la Secretaría del MERCOSUR (SM)<sup>(1)</sup>, “[t]endrá mandato de dos años, estando prohibida la reelección” –, el CMC, luego de haber designado un Director para la SM “para el período 2003-2004” (Decisión CMC N° 32/02, artículo 1), por Decisión <sup>7</sup> Jorge Luiz Fontoura Nogueira.

Previamente, Uruguay, por decreto del Presidente – como es su práctica constante –, procedió a renovar por dos años más el mandato de sus nacionales (titular y suplente) de la lista del artículo 18, inciso 2, del PO. En los hechos, la actitud del Gobierno uruguayo es la más transparente en este ámbito dado que los nacionales electos para integrar tanto el Tribunal ad hoc del MERCOSUR (TAHM) como el TPR son siempre designados por decreto presidencial, el cual – obviamente – es publicado en su Diario Oficial<sup>8</sup>.

Argentina, por su parte, hizo un intento por seguir la misma sana práctica, aunque ello fue parcial y no tuvo continuidad en el tiempo<sup>9</sup>. En el caso de los restantes Estados Partes – Brasil y Paraguay – la única información disponible surge de la página Web de la SM<sup>10</sup>.

Resta mencionar que el próximo período de ejercicio en el cargo constituye el último para los miembros del artículo 18, inciso 2, del PO que hayan actuado desde la primera integración del Tribunal, ya que dicho Protocolo permite hasta dos renovaciones consecutivas.

## §2. Funcionamiento

1. Según el artículo 4 de las RP-TPR, el Tribunal “tendrá carácter permanente, y sus integrantes estarán disponibles para actuar cuando sea necesario”; es decir que como órgano, el Tribunal funciona de forma continua y permanente, no obstante que sus miembros, tal como lo prevé el artículo 19 del PO (Disponibilidad permanente), no serán de actuación permanente, sino que

---

<sup>8</sup> Por Decreto 393/995 (01/11/95) y por Resolución del Poder Ejecutivo 353/98 (22/05/98), fueron designados los 10 árbitros uruguayos previstos en el correspondientes artículo 10 del Protocolo de Brasilia – PB – (TAHM); por Decreto 78/004 (03/03/04, Diario Oficial – DO – 20/04/04), fueron nombrados los árbitros uruguayos de conformidad con el artículo 10 del PB (TAHM); por Decreto 121/004 (12/04/04, DO 20/04/04), se publicaron, respectivamente, las listas de los miembros uruguayos (y de terceros países) para integrar el TAHM (PO, artículo 11, incisos 1 y 2), el TPR (PO, artículo 18, inciso 2.), la lista de candidatos a Quinto Árbitro (PO, artículo 18, inciso 3) y la lista de Expertos (PO, artículo 43); por Decreto 122/004 (12/04/04, DO 20/04/04), se estableció que los miembros designados por el citado Decreto 78/004 continuarán su mandato para las controversias remanente del PB (artículo 10) – aquellas que no son cubiertas por el PO, es decir las iniciadas con anterioridad a su fecha de vigencia, conforme a su artículo 55, inciso 2 –; por Decreto 195/006 (22/06/06, DO 28/06/06), se prorrogó por dos años el mandato de los Árbitros titular y suplente en el TPR (PO, artículo 18), y finalmente por Decreto 324/008 (07/07/08, DO 15/07/08), se prorrogó por dos años más lo establecido en el Decreto 195/006.

<sup>9</sup> El artículo 1 del Decreto 970/04 (29/07/04, BO 02/08/04) oficializa la designación de Nicolás E. Becerra como Arbitro Titular para integrar el TPR, sin hacerse mención al Arbitro Suplente. El artículo 2 del decreto prescribe “[r]atificase la notificación realizada el día 2 de febrero de 2004 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto a los Estados Partes y a la Secretaría del MERCOSUR”. De cualquier manera, según la página Web <http://infoleg.meccon.gov.ar>, dependiente del Ministerio de Economía, el Decreto 970/04 no ha sido ni completado ni modificado por ninguna otra norma, en forma posterior. Según la información que obra en la página Web de la SM, <http://www.mercosur.int>: “Argentina. El Coordinador Nacional de Argentina en el Grupo Mercado Común comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota SCREI-s Nº 62/04, del 2 de febrero del 2004, el nombre del Árbitro Titular que actuará en el ámbito de aplicación del Artículo 18.2 del Protocolo de Olivos y por nota PPTA 668/04, del 6 de julio del 2004, el nombre del Árbitro Suplente que actuará en el mencionado Artículo. Artículo 18.2. 1) Nicolás Eduardo Becerra (titular) – 2) Susana Czar de Zalduendo (suplente)”.

En lo que hace a la lista para la elección del Quinto Árbitro (PO, artículo 18, inciso 3), la citada página Web menciona: “Argentina. El Coordinador Nacional de Argentina en el Grupo Mercado Común comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota PPTA/680/04, de fecha 8 de julio del 2004, el nombre de los Árbitros que actuarán en el ámbito de la aplicación del Artículo 18.3 del Protocolo de Olivos y por nota SCREI-s Nº 153/07 del 3 de octubre del 2007, los nombres de dos Árbitros que actuarán en el ámbito ya mencionado. artículo 18.3. 1) Marcelo Antonio Gottifredi – 2) Guillermo Michelson Irustra”.

<sup>10</sup> “Brasil. El Coordinador Nacional de Brasil en el Grupo Mercado Común comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota DMC/120, de fecha 22 de abril del 2004, el nombre de los Árbitros que actuarán en el ámbito de la aplicación del Artículo 18.2 del Protocolo de Olivos. Artículo 18.2. 1) João Grandino Rodas (titular) – 2) Nadia de Araujo (suplente)”; Quinto Árbitro “Brasil. El Coordinador Nacional de Brasil en el Grupo Mercado Común comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota DMC/120, de fecha 22 de abril del 2004, el nombre de los Árbitros que actuarán en el ámbito de la aplicación del Artículo 18.3 del Protocolo de Olivos. Artículo 18.3. 1) Alberto do Amaral Júnior – 2) Welber Oliveira Barral”.

“Paraguay. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota VMREI/ANCI/Nº 09/04, del 28 de abril del 2004, el nombre de los Árbitros que actuarán en el ámbito de la aplicación del Artículo 18.2 del Protocolo de Olivos y por la Dec CMC Nº 42/07 fue designado el Árbitro Carlos Alberto González Garabelli. Artículo 18.2. 1) Carlos Alberto González Garabelli (titular) – 2) Hugo Estigarribia (suplente)”; Quinto Árbitro “Paraguay. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay comunicó a la Secretaría del MERCOSUR por nota VMREI/ANCI/Nº 09/04, del 28 de abril del 2004, el nombre de uno de los Árbitros que actuarán en el ámbito de la aplicación del Artículo 18.3 del Protocolo de Olivos. Artículo 18.3. 1) José Antonio Moreno Ruffinelli...”.

<sup>12</sup> Carlos María Correa (Argentina), João Grandino Rodas (Brasil), Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay) y Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay).

<sup>13</sup> Marcelo Antonio Gottifredi (Argentina), Alberto do Amaral Júnior (Brasil), Carlos Sosa Jovellanos (Paraguay) y Ricardo Olivera García (Uruguay).

“deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque”. Por otro lado, el Tribunal tiene una Secretaría (ST)<sup>11</sup>, a cargo de un Secretario y demás personal, cuyo funcionamiento es permanente.

2. En materia de controversias – que es lo relevante a los fines presentes –, el Tribunal, cuando la misma involucra a dos Estados Partes, actúa conformado por tres miembros (del total de cinco)<sup>12</sup>: uno nacional de cada Estado involucrado y el tercero, de diferente nacionalidad, electo por sorteo por la Secretaría del MERCOSUR entre los restantes miembros<sup>13</sup>; si en la cuestión controversial participan más de dos Estados, el Tribunal actúa en pleno (cinco miembros).

3. En cuanto a su naturaleza, el artículo 2, inciso 1, de las RP-TPR dispone que el Tribunal “es el órgano constituido como instancia jurisdiccional para conocer y resolver” de las diferentes materias que la normativa mercosureña le asigna.

4. La independencia de los miembros del Tribunal viene garantizada por el Protocolo de Olivos, su Reglamento y las RP-TPR<sup>14</sup>.

El propio Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia la fuerza de estas normas, definiéndose como «un órgano “constitucional, fundamental y principal” del MERCOSUR, al haber sido creado por un Protocolo, como lo es el Protocolo de Olivos», que «como todo órgano de justicia y según surge del citado Protocolo de Olivos, está dotado de la necesaria e imprescindible independencia de los Estados Partes y de los demás órganos del MERCOSUR, para tomar sus decisiones»<sup>15</sup>, agregando, en lo que hace a este último aspecto, que «el Tribunal entiende que no es un órgano subordinado al CMC, porque si así fuera, su institucionalización no tendría sentido alguno, pues tendría que limitarse al cumplimiento de las disposiciones emanadas del citado órgano, y dejaría de cumplir los fines para los cuáles fuera creado por el Protocolo de Olivos»<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Artículo 35 del Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO), aprobado por Decisión CMC Nº 37/03.

<sup>12</sup> PO, artículo 20 “Funcionamiento del Tribunal”.

<sup>13</sup> El artículo 5 del Protocolo Modificatorio del PO transfiere esta atribución y otras similares de la SM a la Secretaría del Tribunal.

<sup>14</sup> PO, artículo 35 (Calificación de los árbitros), inciso 2 (“Los árbitros deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia. Serán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio”); RPO, artículo 32 (“Declaración de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión (art. 19 PO). Los integrantes del TPR y sus suplentes, al aceptar su cargo, firmarán dos declaraciones del siguiente tenor, las cuales quedarán depositadas en la SM, y en la ST. ‘Por la presente acepto la designación para ser integrante del Tribunal... y [...] Me comprometo a actuar y juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de los Estados Partes, así como a no recibir ninguna remuneración excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos. Asumo la responsabilidad de excusarme de actuar en aquellos casos en que por cualquier motivo no tenga la necesaria independencia...’), y RP-TPR, artículo 3 “Independencia del TPR. El TPR actuará, en todos los casos en que ejerza sus atribuciones específicas, como un órgano del MERCOSUR independiente de los demás que conforman la organización institucional, sujetándose a lo establecido en el Artículo 35 del PO” (todos los resaltados figuran en la versión original). A su vez, el artículo 5 (Inmunities y privilegios) de las RP-TRP establece que “[l]os integrantes del TPR, el Secretario y los funcionarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, gozarán de las inmunities y privilegios reconocidos por el Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión”. Dicho Acuerdo de Sede fue aprobado por Decisión CMC Nº 01/05.

<sup>15</sup> TPR, pleno, Resolución Nº 02/2007, sobre confirmación de la Resolución Nº 01/2007, de 9 de julio de 2007, inédita, considerandos VI y VII, respectivamente, del voto de la mayoría, ver también considerando XIX. Esta Resolución, a pesar de tener asignado por el Tribunal «carácter público» (Resuelve 6) – y de lo que surge implícito de los artículos 39 del POP (laudos), 46, inciso 1, del PO (laudos), 13 (opiniones consultivas) y 40, inciso 4 (laudo), del RPO, y 27 (laudo) de las RP-TPR – no ha sido publicada por la SM [ni en el Boletín Oficial del MERCOSUR (BOM), ni en su página Web, <http://www.mercosur.int>, en la cual se incluyen todos los laudos, opiniones consultivas y resoluciones del Tribunal). Sin perjuicio de ello, dado su carácter, la misma puede ser solicitada al propio Tribunal.

<sup>16</sup> TPR, Resolución Nº 02/2007, cit., considerando XXV del voto de la mayoría. En la Resolución Nº 04/2007 [pleno, sobre elección del Secretario y elevación al CMC (II), de 10 de octubre de 2007, inédita, en cuanto a su falta de publicación por la SM (a pesar de que el

5. Tal como surge del PO, y así lo ha hecho valer el juez del MERCOSUR, la función primaria y fundamental del Tribunal es asegurar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico mercosureño<sup>17</sup>, en otras palabras, es «obligación del Tribunal, como su primer deber, garantizar la observancia y aplicación del Derecho del MERCOSUR»<sup>25</sup>.

De todas las funciones mencionadas, la interpretativa resulta la más importante y valiosa, tal como algunos miembros del Tribunal lo han sostenido al expresar «[e]n este sentido, [que] el Tribunal ya ha ejercido en dos oportunidades – Resoluciones Nº 1/2007 y 2/2007 citadas – su principal función jurisdiccional, cual es la de interpretar las normas del MERCOSUR aplicables, es decir determinar su sentido y alcance con carácter auténtico, dado su rol de órgano supremo en la dilucidación de la hermenéutica que cabe otorgar a la normativa mercosureña»<sup>26</sup>.

Anticipadamente ha descartarse la posibilidad de oponer a estas consideraciones la discusión sobre si el bloque carece o no de supranacionalidad<sup>27</sup>. En efecto, «pese a que el MERCOSUR es aún un proceso de integración fundamentalmente intergubernamental<sup>[28]</sup>, ello no impide reconocer el carácter de último intérprete jurídico al TPR y cumplir con las decisiones que éste adopta, conforme lo establece el propio PO en sus considerandos»<sup>29</sup>.

### III. EL CONFLICTO POR LA IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS EN EL MERCOSUR

#### §1. Laudo del TAHM, Uruguay/Brasil, 2001

Los antecedentes remotos del conflicto por la importación de neumáticos remoldeados en el MERCOSUR se remontan al año 2001<sup>30</sup>, oportunidad en la cual la República Oriental del Uruguay demandó a la República Federativa del Brasil, con motivo de que esta última, en forma posterior al Tratado de Asunción (TA) – fundacional del MERCOSUR – prohibió la importación de este tipo de neumáticos, sin discriminación de su origen<sup>31</sup>. En aquella oportunidad, el Tribunal ad hoc del bloque<sup>32</sup> dio la razón al Estado reclamante considerando, entre otros fundamentos, que la actitud del Gobierno brasileño había implicado una medida contraria a “actos propios” de dicho Estado – ya que éste había permitido hasta la aprobación de la Portaria Nº 08/00 las importaciones de los productos en cuestión –, teniendo ello como consecuencia una restricción no justificada al principio jurídico fundamental de la libre circulación de mercaderías plasmado en distintas normas mercosureñas, en particular en el TA y su Anexo, lo cual constituía una violación del ordenamiento

regional<sup>18</sup>. Como consecuencia del laudo del TAHM, Brasil levantó la prohibición de importación de este tipo de neumáticos<sup>19</sup>, aunque sólo a los Estados del MERCOSUR<sup>20</sup>.

---

Tribunal determinó que la misma es de «carácter público», Resuelve 2), se reproduce aquí lo mencionado ut supra en relación a la Resolución Nº 02/2007, cit.), el miembro Fernández de Brix considero que el Tribunal y el CMC son «dos órganos constitucionales y autónomos» (considerando XI, párrafo 2º, de su voto disidente).

<sup>17</sup> «Que, por otro lado, el Protocolo de Olivos en su “Considerando”, como función del Tribunal, establece la “necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto

<sup>18</sup> TAHM, laudo del 9 de enero de 2002, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay, asunto 1/02, BOM Nº 20, enero – marzo 2002, pág. 345, texto en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/VI%20LAUDO.pdf>.

<sup>19</sup> Portaria SECEX Nº 02/02 (08/03/02, DOU 11/03/02), que habilita la expedición de licencias de importación de neumáticos remoldeados “procedentes de los Estados Partes del MERCOSUR al amparo del Acuerdo de Complementación Económica Nº 18” (ACE-18), y Decreto Nº 4.592/03 (11/02/03, DOU 12/02/03 pág. 1), que agregó un párrafo al artículo 47-A del Decreto Nº 3.179/99 (sobre sanciones aplicables a las conductas y actividades lesivas al medio ambiente, 21/09/99, DOU 22/09/99), estableciendo una exención del pago de la multa a que se refiere el mencionado artículo para las importaciones de neumáticos remoldados procedentes de los Estados del MERCOSUR.

A su vez, la medida de Brasil – acorde al mandato del TAHM –, al habilitar el comercio de estos bienes sólo con los demás Estados Partes, provocó que las Comunidades Europeas presentaran una demanda, por discriminación, ante la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>21</sup>. Dicho proceso en la OMC fue resultado el 03/12/07, a favor de la tesis europea<sup>22</sup>; y, muy recientemente, el 29/08/08 el OA-OMC hizo público el laudo del árbitro Taniguchi – adoptado en el marco del artículo 21, párrafo 3, literal c), del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la OMC (ESD-OMC, o ESD)<sup>23</sup> – por el cual éste concluyó «que el plazo prudencial para que el Brasil aplique las recomendaciones y resoluciones del OSD [Órgano de Solución de Diferencias] en la presente diferencia es de 12 meses a partir de la fecha de adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. Por lo tanto, el plazo prudencial terminará el 17 de diciembre de 2008»<sup>24</sup>. Todo ello ha ocasionado una situación sumamente difícil para Brasil, quien ya ha comenzado a aplicar cuotas a la importación de neumáticos remoldeados desde el MERCOSUR<sup>25</sup>.

Y, por si ello no fuera suficiente, actualmente tramita ante el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño una acción de inconstitucionalidad contra el decreto (Nº 4.592/03, citado) que permite las importaciones de neumáticos remoldeados desde el bloque<sup>26,27</sup>.

## §2. Laudo del TAHM, Uruguay/Argentina, 2005

1. En forma más inmediata, el conflicto en el marco del cual han sido dictadas las decisiones que se comentarán infra, tuvo su origen con el dictado de la Ley argentina 25.626 (2002)<sup>42</sup>, cuyo artículo 1 prohibía la importación de neumáticos usados y remoldeados, cualquiera sea su origen y procedencia<sup>28</sup>.

Replicando su actitud frente a Brasil, Uruguay inició una controversia contra la Argentina, la cual fue, ni más ni menos, que la primera que tramitara bajo el régimen del Protocolo de Olivos, incluyendo, como se verá, la intervención del TPR.

---

<sup>20</sup> Para un comentario del laudo, ver, BUSTINGORRI, Ignacio–BARRIENTOS, Alejandro–CASTRO VIDELA, Santiago M.–LANDERA, Eduardo F., “Sexto Laudo del Mercosur – Una alternativa de solución conforme al Derecho Comunitario”, inédito (pendiente de publicación), 2005.

<sup>21</sup> Uno de los principales argumentos utilizados por Brasil en su descargo fue la protección del medioambiente, dado la extremadamente difícil disposición final de los residuos, una vez utilizados los neumáticos, como así también el hecho de que los mismos, al ser abandonados, contribuyen sustancialmente a la proliferación y transmisión de enfermedades tales como el dengue.

<sup>22</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación (OA-OMC), del 3 de diciembre de 2007, “Brasil – medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados”, WT/DS332/AB/R, disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/332abr\\_s.doc](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/332abr_s.doc).

<sup>23</sup> Sobre determinación del plazo prudencial para el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OA-OMC.

<sup>24</sup> OMC, laudo del árbitro Yasuhei Taniguchi, del 29 de agosto de 2008, “Brasil – medidas que afectan...”, cit., WT/DS332/16, ARB2008-2/23, disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/332\\_16\\_s.doc](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/332_16_s.doc), considerando IV.91.

<sup>25</sup> Portaria SECEX Nº 30/07, 17/10/07, DOU 19/10/07, sustituida luego por la Portaria SECEX Nº 36/07, 22/11/07, DOU 26/11/07 (ver Anexo B, literal V), y esta última por la Portaria SECEX Nº 25/08, Consolidación de las normas de comercio exterior, 27/11/08, DOU 28/11/08 (ver artículo 42 y Anexo B, literal V); Resolução CAMEX (Câmara de Comércio Exterior) Nº 38/07, por la que se dispone sobre el establecimiento de cuotas en las importaciones de neumáticos remoldeados, clasificados en las NCM 4012.11.00, 4012.12.00 e 4012.19.00, originarios y procedentes de Uruguay y de Paraguay, 22/08/07, DOU 18/09/07, recientemente modificada por la Resolução CAMEX Nº 46/08, la cual aumenta la cuota de importación de neumáticos remoldeados de Paraguay y Uruguay (ver infra).

<sup>26</sup> STF, ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 3241/DF, rel. Min. Carlos Britto, interpuesta por el Partido del Frente Liberal (PFL), el 10/05/04; pendiente de resolución.

<sup>27</sup> /07/02, BO (Boletín Oficial) 09/08/02, texto en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76688/norma.htm>

<sup>28</sup> Ley 25.626, artículo 1 “Prohíbese 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”.

2. El artículo 23 del PO establece una especie de *per saltum*<sup>29</sup>, por el cual, si existe acuerdo entre ambos Estados Partes involucrados, la controversia – una vez finalizadas las negociaciones directas – puede ser presentada directamente ante el TPR, lo cual trae como ventaja que su sentencia – laudo – será inapelable e irrecurrible<sup>30</sup>, es decir, este mecanismo garantiza que el asunto se resuelva en una única instancia. Por el contrario, ante la falta de acuerdo entre ambos Estados – acerca de presentar el caso ante el TPR –, el asunto debe ser interpuesto, obligatoriamente, ante el Tribunal ad hoc, siendo el laudo de este último susceptible de ser recurrible, a través de “recurso de revisión” ante el TPR<sup>31</sup>, en los términos del artículo 17 del PO; como se observa, esta opción – TAHM y TPR – abre la posibilidad de duplicar las instancias intervinientes como así también la duración del juicio y los gastos consiguientes<sup>32</sup>.

La lógica y la coherencia, además de la celeridad y la necesidad de no duplicar recursos monetarios, parecerían incitar a pensar que la tendencia será que el *per saltum* sea la regla. Sin embargo, ello no ocurrió en el caso bajo análisis, pues Uruguay – desconocemos si por opción propia o ante la ausencia de acuerdo de Argentina – presentó el conflicto ante el Tribunal ad hoc<sup>33</sup>.

3. A diferencia de la defensa construida por Brasil en el caso sentenciado en el 2001, la Argentina utilizó como uno de los ejes de la suya la protección del medioambiente, la cual, además de considerar derivada de varias normas mercosureñas, apoyó en el mandato constitucional contenido en los artículos 41 y 43 de la Carta magna; para el Estado reclamado, la ley censurada tiene como finalidad no aumentar el pasivo ambiental nacional. Uruguay, por su parte, alegó que la medida argentina no encuentra sustento técnico que la justifique como imprescindible a los fines de una eficaz garantía del medioambiente, por lo que constituía, en el fondo, una restricción encubierta al comercio, prohibida por el Tratado de Asunción.

4. En su decisión el TAHM, por mayoría, consideró, entre otros, que si bien es cierto existe en el MERCOSUR un principio jurídico fundamental como lo es la libre circulación de mercaderías, el mismo no puede ser considerado como «absoluto e inderogable,... e inmune a cualquier excepción»; que «[l]a protección del medio ambiente es [también] un principio básico para el Mercosur» que encuentra respaldo en sus propias normas; y que, por tal razón, la salvaguarda del medioambiente, siempre que ello esté fundado en justas razones, puede constituir una excepción válida al principio de la libre circulación de mercaderías<sup>34,35</sup>. Por todo ello, decidió también por

---

<sup>29</sup> PO, artículo 23 “Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión. 1. Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 [Negociaciones directas] de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo”.

<sup>30</sup> “En este supuesto [artículo 23, inciso 1, citado] los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada” (PO, artículo 23, inciso 2). Así también PO, artículo 26 (Obligatoriedad de los laudos), inciso 2, “Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada”.

<sup>31</sup> PO, artículo 17 (Recurso de revisión) “1. Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión, contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince (15) días a partir de la notificación del mismo. 2. El recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc”.

<sup>32</sup> Los laudos del Tribunal ad hoc también son obligatorios para los Estados Partes y definitivos, pero ello una vez vencido el plazo para la interposición del recurso de revisión ante la TPR (PO, artículo 26 “1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el Artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuere interpuesto”).

<sup>33</sup> El Tribunal ad hoc, en este asunto, estuvo conformado por Hermes Marcelo Huck (Brasil), Presidente, y Marcelo Antonio Gottifredi (Argentina) y José María Gamio (Uruguay), miembros.

<sup>34</sup> TAHM, laudo del 25 de octubre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, BOM Nº 34,

<sup>35</sup> 5, disponible

en

mayoría, que la Ley 25.626 «es compatible con lo dispuesto en el Tratado de Asunción y su Anexo I, con las normas derivadas de tal Tratado, así como con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia»<sup>36</sup>.

### §3. Laudo N° 01/2005 del TPR, Uruguay/Argentina

1. Disconforme con la decisión, Uruguay resistió la misma incoando un recurso de revisión ante el TPR, en los términos del artículo 17 del PO, citado.

Acorde al artículo 20 del PO, el Tribunal – lo cual resulta de importancia como luego se verá – estuvo conformado por los Wilfrido Fernández de Brix (Paraguay), presidente, y Nicolás Becerra (Argentina) y Ricardo Olivera García (Uruguay, por excusación del titular, Roberto Puceiro Ripoll), miembros.

2. En su primer laudo, el Tribunal, por mayoría, entre otros<sup>37</sup>: i) revocó la decisión del TAHM apelada; ii) declaró que la ley argentina impugnada «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<sup>38</sup>, las cuales están entroncadas en el Anexo 1 del Tratado de Asunción, específicamente en su Art. 2b<sup>3940</sup>, 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»; y iii) determinó «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»<sup>41</sup>.

3. Para así decidir, el Tribunal analizó en profundidad la relación entre el principio de la libre circulación de mercaderías y la protección del medioambiente. En este sentido, sostuvo que aquel principio (que se halla plasmado en el TA y demás normas derivadas), en efecto, no es absoluto razón por la cual admite excepciones. Ahora bien, éstas, en tanto excepciones al principio, son de

---

[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Tribunal%20AdHoc\\_Laudo%20Neumaticos\\_ES.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Neumaticos_ES.pdf), considerandos E:92, 94, 99 y 100.

<sup>36</sup> TAHM, laudo prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, cit., F.Decisión N° 1.

<sup>37</sup> TPR, laudo de revisión de 20 de diciembre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, Laudo N° 01/2005, asunto TPR-1/05, BOM N° 34, 2005, disponible en [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Laudo0012005\\_Importacion%20de%20Neumaticos%20Remoldeados.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Laudo0012005_Importacion%20de%20Neumaticos%20Remoldeados.pdf), Decisiones 1ª a 4ª.

<sup>38</sup> Tratado de la Asociación Latinoamericana de Integración (o Tratado de Montevideo de 1980), artículo 50 “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 y 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”.

<sup>39</sup> TA, Anexo I, “Programa de Liberación Comercial”, artículo 2 “A los efectos dispuestos en el artículo anterior<sup>[1]</sup>, se entenderá: b) por ‘restricciones’, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980”.

<sup>40</sup> TA, Anexo I, artículo 1 “Los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco. En lo referente a las listas de excepciones presentadas por la República del Paraguay y por la República Oriental del Uruguay, el plazo para su eliminación se extenderá hasta el 31 de diciembre de 1995, en los términos del artículo séptimo del presente anexo”.

<sup>41</sup> Para un comentario sobre el laudo, puede verse DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Comercio en el Mercosur y desarrollo: límites. A propósito del laudo once y el primer laudo del TPR”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2006-1, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 541 a 574.

interpretación restrictiva y deben ser probadas y justificadas por el Estado que las invoca<sup>42</sup>. Entre las excepciones reconocidas que pueden afectar el citado principio, se encuentra la protección del medioambiente. Para que tales excepciones – entre ellas la salvaguarda del medioambiente<sup>43</sup> – puedan legítimamente obstaculizar el libre comercio de mercaderías en el MERCOSUR deben cumplir con cuatro «criterios de rigor», los cuales deben ser analizados de manera decreciente. Tales criterios de rigor son los siguientes: (1) que se trate efectivamente de una medida que tenga efectos restrictivos sobre el comercio; (2) que ella no sea de carácter discriminatorio en cuanto al origen de los bienes, es decir que se aplique de igual manera, de hecho y de derecho, a los bienes nacionales e importados; (3) que esté justificada por su finalidad protectora de un bien jurídicamente digno de salvaguarda; y (4) que sea proporcionada, es decir que exista equilibrio entre los medios y el fin, lo cual implica, entre otros, que, de todas las opciones posibles, sea la medida proteccionista menos restrictiva de las corrientes comerciales<sup>44</sup>.

4. En definitiva, el TPR sostuvo que la Ley 25.626 era restrictiva, discriminatoria, no justificada y desproporcionada, y con ello violatoria del Derecho del MERCOSUR.

#### §4. Laudo N° 01/2006 del TPR, Uruguay/Argentina

1. Ante la decisión del Tribunal, la República Argentina presentó una solicitud de aclaratoria, en los términos del artículo 28 del PO<sup>45</sup>.

2. Al evacuar dicha solicitud, el Tribunal – como no podía ser de otra manera, dado los limitados alcances de un pedido de “aclaratoria” – confirmó todos los entendimientos sentados en su laudo previo, en especial – y en lo que aquí interesa<sup>46,47</sup> – la relación entre el principio de la libre circulación de mercaderías y la protección del medioambiente<sup>48</sup>.

Conviene destacar que, dado el contenido de la solicitud de aclaratoria presentada, el Tribunal se vio obligado a trazar los límites de esta herramienta y a distinguirla claramente del recurso de revisión extraordinaria. En este sentido, resaltó – siguiendo a Lino Palacio – que «...“El recurso de aclaratoria es el remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo juez o tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas”», y que «como se sabe debe tener por objeto: a) la corrección de un error material, b) la aclaración de cualquier expresión oscura, sin desde luego alterar lo sustancial de la decisión objeto del recurso, c) suplir alguna omisión en la que el TPR hubiere incurrido en relación a cualquier pretensión deducida y discutida en el litigio»<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> TPR, Laudo N° 01/2005, cit., considerandos III.C.3:10 y C.4:20.

<sup>43</sup> TPR, Laudo N° 01/2005, cit., considerando III.C.3:9.

<sup>44</sup> TPR, Laudo N° 01/2005, cit., considerandos III.C.3:14 a C.3:17.

<sup>45</sup> PO, artículo 28 “Recurso de aclaratoria. 1. Cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá solicitar una aclaración del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión y sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación”.

<sup>46</sup> Tales entendimientos no se referían sólo a la cuestión de la libre circulación de mercaderías y la protección del medioambiente, sino que incluían cuestiones relativas a la invitación a los terceros Estados Partes no intervinientes en el litigio para que presenten observaciones escritas; al objeto de la controversia; al alcance del recurso de revisión, y a la aplicación del derecho internacional y sus principios en el ámbito del PO (TPR, aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remolcados, Laudo N° 01/2006, asunto TPR-1/05, BOM N° 34, 2005, disponible en [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Laudo001-Recurso%20de%20Aclaratoria.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Laudo001-Recurso%20de%20Aclaratoria.pdf), considerandos 2:XXIX; 2:X; 2:VIII y 2:XXIII, y 2:XIV, respectivamente).

<sup>47</sup> [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Laudo001-Recurso%20de%20Aclaratoria.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Laudo001-Recurso%20de%20Aclaratoria.pdf), considerandos 2:XXIX; 2:X; 2:VIII y 2:XXIII, y 2:XIV, respectivamente).

<sup>48</sup> TPR, Laudo N° 01/2006, cit., considerando 2:XV.

<sup>49</sup> TPR, Laudo N° 01/2006, cit., considerandos 2:I y 2:II. Más adelante, y visto que «la representación argentina ha usado en gran parte el recurso de aclaratoria con la intención sustancial de reabrir la instancia y el debate acerca de las cuestiones decididas por el referido

## §5. Laudo Nº 01/2007 del TPR, Uruguay/Argentina

5. Ante la falta de cumplimiento por parte de Argentina, Uruguay optó por hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 31 del PO<sup>50</sup> y, en consecuencia, decidió aplicar – a partir del 18 de abril de 2007 – una medida compensatoria, instrumentada a través del Decreto 142/007<sup>51</sup>, consistente en la fijación de un derecho aduanero (“tasa global arancelaria”) del 16% a la importación de neumáticos nuevos desde la Argentina<sup>64</sup>.

Cabe destacar que la medida uruguaya fue aplicada luego de haber sido presentados varios requerimientos al Estado argentino para que acate el fallo del TPR<sup>65</sup>.

6. El 3 de mayo de 2007, la Argentina se presentó ante el Tribunal, sobre la base del artículo 32, inciso 2, de PO<sup>66</sup>, alegando que la medida compensatoria aplicada por Uruguay no era proporcional al daño causado por el incumplimiento del laudo, es decir era excesiva<sup>67</sup>.

7. En su decisión al respecto, el Tribunal realizó varias apreciaciones, algunas vinculadas a la naturaleza del MERCOSUR. En este contexto señaló 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», sino que, tal como resulta de la letra y el espíritu del TA y el POP, «los Estados Partes han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos»<sup>68</sup>; que «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», constituyendo ello «uno de los actos unilaterales más delicados que un Estado Parte puede adoptar frente a las instituciones y al derecho mercosureño», razón por la cual puede decirse – con cita del TJCA – que «tal situación

“siempre y en todos los casos... es de gravedad extrema”<sup>52</sup>; que, en el ámbito del MERCOSUR, las medidas compensatorias «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», por ello el valor del daño que dicha medida intenta revertir «será el barómetro para medir su proporcionalidad»<sup>53</sup>; que, en cuanto al daño mencionado, «se ha de prescindir del criterio del mero equilibrio entre las concesiones comerciales

---

laudo arbitral», el Tribunal señaló que «por este medio insta respetuosamente a que en el futuro no se use el recurso de aclaratoria de manera inapropiada para pretender reabrir el debate en la forma comentada por Palacios, por ser ello procesalmente manifiestamente improcedente. Por lo demás, la crítica, justificada o no, a las leyes, y con mayor razón a las resoluciones de cualquier tribunal, son siempre permisibles, pero nunca a través de un recurso de aclaratoria» (ibidem, considerando 3:XXXIV, párrafos 1º y 2º).

<sup>50</sup> PO, artículo 31 “Facultad de aplicar medidas compensatorias. 1. Si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad, durante el plazo de un (1) año, contado a partir del día siguiente al que venció el plazo referido en el artículo 29.1, e independientemente de recurrir a los procedimientos del artículo 30, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo”.

<sup>51</sup> Del 17/04/07, DO 26/04/07.

<sup>52</sup> TPR, Laudo Nº 01/2007, cit., considerandos 8.2, 8.3 y 8.4. Más adelante agregó que «el incumplimiento de un laudo del Tribunal, de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener... 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» (considerando 8.7).

<sup>53</sup> TPR, Laudo Nº 01/2007, cit., considerandos 9.2 y 9.3; en otras palabras, «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» (considerando 9.4).

recíprocas, aplicado en la [OMC], y optarse por el criterio del daño globalmente considerado, afín con la práctica de [las Comunidades Europeas y la Comunidad Andina]», el cual, «si bien incluye aquel daño comercial, no se agota en el mismo, 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»<sup>54</sup>.

A su vez, continuó el Tribunal, la finalidad perseguida por una medida compensatoria, tal como lo ha entendido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), «es inducir al Estado miembro a que ponga fin al desacato en el menor tiempo posible», es decir que la misma «debe garantizar que el Estado cumpla con la sentencia cuya falta de observancia se le imputa y con ello garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario»<sup>55</sup>.

En cuanto a los elementos que cuantifican una medida compensatoria caben ser mencionados: i) el «daño económico (uno de cuyos componentes es el daño comercial<sup>56</sup>), 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 ii) el «daño institucional», es decir el efecto perjudicial que tiene el incumplimiento de una sentencia del Tribunal, que, además del Estado Parte que sufre dicha situación, termina expandiéndose «sobre todo el proceso de integración, afectando sustancialmente su credibilidad institucional y su consolidación jurídica»<sup>57</sup>. Otros elementos que deben ser tenidos en cuenta en este contexto son, según el Tribunal: a) el tamaño del Estado Parte afectado por la medida compensatoria, ello a fin de dotarla de «efectividad» y al mismo tiempo para que respete la «igualdad de los derechos y obligaciones de los Estados Partes»; b) el carácter persuasivo de la misma, siendo relevante que, «[e]n 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», y c) «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»<sup>58</sup>.

Aplicando todo lo anterior al sub examine, el Tribunal consideró que la medida compensatoria uruguaya, desde la perspectiva del daño económico y del daño institucional, «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».

En consecuencia, por mayoría, reconoció que la medida compensatoria denunciada «es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005»<sup>59-6061</sup>

---

<sup>54</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, cit., considerando 10.1.

<sup>55</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, cit., considerandos 10.2 y 10.3.

<sup>56</sup> Conceptualizado también por el Tribunal como el monto pecuniario aproximado de los «flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento» de la sentencia (TPR, Laudo N° 01/2007, cit., considerando 10.5).

<sup>57</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, IV. Conclusión y considerando 10.9, respectivamente.

<sup>58</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, considerandos 10.7, 10.8 y 10.11, respectivamente.

<sup>59</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, IV. Conclusión y Decide 1), respectivamente.

<sup>60</sup> El presente laudo ha sido comentado por: CÁRDENAS, Emilio J., "Un revés en el Mercosur", diario La Nación Buenos Aires, 11/08/07, link [http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.asp?nota\\_id=933468](http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.asp?nota_id=933468); CÁRDENAS, Emilio J.-TEMPESTA, Guillermo, "El incumplimiento de un laudo y el daño institucional en el Mercosur – Laudo contra la Argentina del Tribunal Permanente de Revisión", ED (El Derecho, Buenos Aires) 12/11/07, pág. 1; JOVTIS, Ignacio, "La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el

## §6. La Ley 26.329 (Argentina)

A fines de diciembre de 2007, y con el fin de dar cumplimiento al laudo del Tribunal, el Congreso de la Nación – luego de casi un año de haber recibido el proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo – aprobó la Ley 26.329<sup>78</sup>, la cual alteró la Ley 25.626, incorporándole 3 nuevos artículos, a saber:

- Artículo 2 “Exceptúase de la prohibición establecida en el artículo anterior la importación de neumáticos remoldeados que clasifiquen por las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (N.C.M.) 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00, con los límites y bajo las condiciones que se expresan a continuación.

A los efectos de lo previsto en este artículo, se entiende por neumático remoldeado a los neumáticos reconstruidos por sustitución de su banda de rodamiento, de sus hombros y de toda la superficie de sus costados (recauchutaje de talón a talón), según la norma conjunta IRAM 113.323 – MERCOSUR NM 225”.

- Artículo 3 “La importación de neumáticos (llantas neumáticas) remoldeados —N.C.M. 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00— de cualquier origen sólo podrá autorizarse en cantidades iguales o inferiores al número de neumáticos (llantas neumáticas) usados —N.C.M. 4012.20.00—, del mismo tipo, que hayan sido exportados a ese destino desde la República Argentina, en forma previa a que se autorice tal importación”.

- Artículo 4 “El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las formalidades y procedimientos para autorizar la importación de neumáticos remoldeados de cualquier origen, previa verificación de la compensación con el número y el tipo de neumáticos usados exportados desde la República Argentina a ese mismo destino”<sup>79</sup>.

## IV. LA RESOLUCIÓN N° 01/2008 DEL TPR, URUGUAY/ARGENTINA

## §1. Antecedentes

1. El 15/10/07, el miembro del Tribunal Fernández de Brix (Paraguay) renunció en forma irrevocable a su cargo, alegando disconformidad con la situación institucional, económica y administrativa del Tribunal.

Como se recordará, Fernández de Brix se había desempeñado como presidente del Tribunal para esta controversia (Laudos N° 01/2005, 01/2006 y 01/2007).

El 25/10/07, el CMC aceptó la renuncia por Decisión N° 41/07<sup>62</sup>. El artículo 3 de dicha norma prevé que la misma “no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”. Conviene señalar que – de conformidad con el artículo 5, inciso a), de la Decisión CMC N° 23/00 – este tipo de normas mercosureñas – que al ser interna corporis no requieren de su internalización al derecho

---

MERCOSUR: algunas reflexiones en torno al Laudo 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión”, en “MERCOSUR y Unión Europea” (AA.VV.), Zlata Drnas de Clément (coord.) y Waldemar Hummer (ed.), ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2008, págs. 45 a 62; LÓPEZ BRAVO, Alfredo, “El reciente laudo del Tribunal Permanente de Justicia del Mercosur”, Mercosurabc Newsletter N° 157, Buenos Aires, 09/08/07, link <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1221&IdSeccion=14>; y PASTORI FILLLOL, Alejandro, “Comentarios al Primer Laudo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR sobre la aplicación en exceso de medidas compensatorias”, en “MERCOSUR y Unión Europea”, cit., págs. 23 a 43.

<sup>61</sup> /11/07, BO 26/12/07, texto en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136124/norma.htm> <sup>79</sup>Todos los resaltados han sido agregados.

<sup>62</sup> Cabe señalar que la aceptación de la renuncia lo fue “rechaza[ndo] los términos de la nota mediante la cual fue presentada dicha renuncia” (artículo 1, Decisión N° 41/07).

interno – “entrarán en vigencia a partir de su aprobación”, hecho que, como se señaló, en el caso de la Decisión CMC N° 41/07 ocurrió el 25/10/07.

En reemplazo de Fernández de Brix, el CMC, por Decisión N° 42/07, también del 25/10/07, designó “como miembro titular [del Tribunal], al Dr. Carlos Alberto González Garabelli (Paraguay) por el período que finalizará el 13 de agosto de 2008”, es decir por el término necesario “para completar el plazo de dos años” del miembro renunciante<sup>63</sup>. La Decisión N° 42/07 – según su propio articulado – tampoco requirió “ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR” (artículo 3).

2. Una vez aprobada la Ley 26.329, y habiendo tomado conocimiento de la misma, Uruguay consideró que si bien la nueva ley argentina era un paso hacia el acatamiento del laudo, sin embargo, dado las condiciones a las cuales dicha ley subordinaba la autorización para la importación de los productos en cuestión, el cumplimiento no podía ser considerado como satisfactorio. A su vez, atento a lo estipulado en el artículo 30 del PO<sup>64</sup>, el Gobierno oriental – una vez más – llevó al asunto al TPR, peticionando que dicho órgano decidiera acerca de la divergencia en cuanto al cumplimiento del Laudo N° 01/2005. Esta nueva intervención del TPR culminará con su Laudo N° 01/2008, el cual se analizará infra.

## §2. Alegaciones de los Estados Partes en la controversia

1. Al presentar sus respectivos escritos ante el Tribunal, ambos Estados Partes plantearon una cuestión previa. En efecto, tal como antes se señaló, el miembro Fernández de Brix, presidente del Tribunal para esta controversia, había renunciado, por lo que los dos Estados Partes propusieron dos formas diferentes de determinar un nuevo presidente para este asunto.

Uruguay, que incitó esta nueva intervención del TPR, mantuvo que la presidencia del órgano debía recaer en el reemplazante del juez renunciante o en su suplente, fundándose en los siguientes argumentos: a) que el artículo 30 del PO prevé que para casos como el presente «debe entender el mismo Tribunal que intervino en la controversia» y que si bien dicha norma, al prever que ante la imposibilidad de reunir al mismo tribunal éste «se conforme con el o los suplentes del correspondiente árbitro titular», sólo hace referencia expresa al Tribunal ad hoc<sup>65</sup> y no al TPR, «ello obedece a que el art. 18.2 PO establece con carácter general que los árbitros titulares tienen su correspondiente suplente»; b) que, por ello, «cuando por alguna razón el árbitro titular no puede intervenir – cualquiera sea la causal – corresponde que actúe su suplente, indicándose al Dr. González Garabelli y destacando que el suplente del Dr. Fernández era el Dr. Hugo Estigarribia – quien continúa en funciones –»; c) que, consecuentemente, «debía convocarse al titular o al suplente sin que proceda el... sorteo» solicitado por Argentina; y d) que cabía al pleno del Tribunal resolver la presente incidencia procesal<sup>66</sup>.

2. Por su parte, Argentina entendió que, ante el vacío normativo que sobre este punto ofrece el PO, procedía hacer un nuevo sorteo para la elección del presidente del Tribunal, trayendo en su apoyo el artículo 20 del PO, o, en su defecto, se convoque al pleno del TPR para decidir la cuestión. Según el Estado argentino: a) el «silencio» del artículo 30 del PO, que no menciona al TPR en

<sup>63</sup> Decisión CMC N° 42/07, artículo 1 y considerandos párrafo 2º, respectivamente.

<sup>64</sup> PO, artículo 30 “Divergencias sobre el cumplimiento del laudo. En caso de que el Estado beneficiado por el laudo entienda que las medidas adoptadas no dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de treinta (30) días desde la adopción de aquellas, para llevar la situación a la consideración del Tribunal Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda”.

<sup>65</sup> PO, artículo 30, inciso 3, “Si no fuera posible convocar al Tribunal Arbitral Ad Hoc interviniente, se conformará otro con el o los suplentes necesarios mencionados en los artículos 10.2 y 10.3”.

<sup>66</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., I. Vistos, punto 1 y II. Resulta, puntos 2 y 4 a 5.

cuanto a la forma de proceder a su constitución ante imposibilidad de convocar al mismo Tribunal, «constituye una laguna del propio PO que – incluso – puede interpretarse a contrario sensu como una voluntad de los negociadores de no dar igual solución que en el caso de los TAH [TAHM]»; b) que en el sub examine «no se está frente a una situación de vacancia de ningún árbitro titular del TPR que habilite que se convoque al árbitro suplente en los términos del art. 18.2 PO»; c) que la circunstancia de que una vacante en el Tribunal – por renuncia – haya sido colmada con la designación de un nuevo miembro «no implica automáticamente que éste deba sustituir[...] [a aquel] cuando se convoca a la sección del TPR que intervino en un procedimiento particular», dado que «[l]o contrario implicaría considerar que el tercer árbitro designado en la controversia era – más bien – el árbitro que ocupaba la vacante de Paraguay en el TPR, en lugar de constituir una carga ad personam del Dr. Fernández de Brix»<sup>67</sup>; d) que el criterio de la sustitución en caso de vacancia, en ciertos supuestos, resulta contradictorio con el artículo 20, inciso 1, del PO, como ocurriría en el caso de que hubiera sido el Quinto Árbitro<sup>68</sup> quien presidiera el Tribunal en esta controversia, y que en septiembre de 2007 ante el vencimiento del mandato de Moreno Ruffinelli los Estados Partes hubieran decidido – en vez de prorrogar su mandato como ocurrió – su reemplazo por un nuevo miembro de nacionalidad argentina, supuesto en el cual la sustitución hubiera sido contraria a lo estipulado en el mencionado artículo del PO; e) que, por todo lo anterior, «la manera más razonable de resolver la cuestión es proceder a un nuevo sorteo entre los árbitros titulares nacionales de los Estados Parte no involucrados en la controversia», incluyendo al nuevo miembro<sup>69</sup>.

### §3. La decisión del Tribunal y sus fundamentos

1. El Tribunal, que resolvió el asunto en su formación plenaria, decidió «[d]esestimar la presentación promovida por la República Argentina, solicitando el nuevo sorteo para cubrir el cargo de árbitro [presidente]» del TPR para esta controversia, y «[d]ar intervención al Dr. Carlos Alberto González Garabelli, en su carácter de árbitro titular legalmente designado al momento de formularse el planteo que motiva esta decisión, en todos los supuestos jurídicamente viables de pronunciamiento por parte del Tribunal Permanente de Revisión al amparo del caso principal»<sup>70</sup>.

Ello significa que el miembro designado presidirá el Tribunal en todas las decisiones que hayan de adoptarse en el marco del conflicto – asunto TPR 01/05 –, hasta tanto éste finalice.

2. Los fundamentos del Tribunal para arribar a su decisión puede ser divididos en generales (o jurídico-institucionales) y particulares.

3. Definitivamente, los argumentos generales utilizados por el juez del MERCOSUR resultan de mayor valor, ya que ellos traslucen opiniones del Tribunal acerca de la naturaleza y alcance de sus competencias, como así también del Derecho del MERCOSUR.

#### a) Fundamentos generales (o jurídico-institucionales)

1. En primer lugar, el Tribunal se consideró competente para entender de la presentación realizada por la Argentina «a la luz de las normas que rigen la materia», a pesar de que – y así lo

<sup>67</sup> Para la Argentina, «...[e]l cargo de tercer árbitro designado en la controversia en cuestión fue ocupado con carácter personal (ad personam) por el Dr. Fernández de Brix como resultado de un sorteo. El hecho de que ocupara la vacante en el TPR correspondiente a Paraguay es un hecho meramente circunstancial...». El resaltado es de la decisión.

<sup>68</sup> Cabe recordar que el Quinto Árbitro es el único miembro del TPR que, según el PO, no tiene designado un suplente (artículo 18, inciso 3, del PO). Esta omisión ha sido colmada por el Protocolo Modificatorio del PO (pendiente de entrar en vigor), citado (ver nueva redacción del artículo 18 del PO, introducida por el artículo 1 del mencionado Protocolo Modificatorio).

<sup>69</sup> TPR, Resolución Nº 01/2008, cit., I. Vistos, punto 2 y II. Resulta, puntos 3 y 8 a 11.

<sup>70</sup> TPR, Resolución Nº 01/2008, cit., IV. Decisión, puntos 1 y 2.

reconoció explícitamente – no se trataba «de una instancia o herramienta procesal expresamente prevista y reconocida en la normativa mercosureña», entendimiento que basó «en el acuerdo reflejado en las notas de ambas partes involucradas en este asunto» y, lo que es sustancialmente importante, «en el carácter de tribunal de alzada o casación reconocido al TPR por éstas y las propias normas MERCOSUR»<sup>71</sup>.

Debe recordarse que no es la primera vez que el Tribunal debe acudir a su formación plenaria para decidir acerca de su competencia, en el marco de una presentación realizada – en aquel caso – por un Estado Parte que sin embargo no reconocía base procesal alguna en el PO. En efecto, así ocurrió con el recurso de revisión que la República Argentina planteó al Tribunal – solicitando además su integración en pleno – «contra la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc... de fecha 21 de Junio de 2006, instrumentada en la pertinente Acta de Sesión N° 1»<sup>72</sup>, mediante la cual dicho TAHM decidió – por mayoría – su constitución e integración a los fines de entender en el demanda entablada por Uruguay contra Argentina con motivo de los cortes de rutas y puentes internacionales (vinculados con las protestas suscitadas por la instalación de las plantas de celulosa). En dicha ocasión, el Tribunal reconoció que la posibilidad de su actuación en pleno «solo está prevista en principio por el Protocolo de Olivos cuando la controversia involucrare a más de dos estados parte» (artículo 20, inciso 2) y no – como en el caso – cuando ella abarque a dos Estados Partes, situación ésta que «ameritaría, la desestimación in-límine del recurso de revisión interpuesto». Sin embargo, decidió pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, «en la medida que la reunión del TPR en plenario fue solicitada por la Argentina, y que se trata de un tema sustancial vinculado a la definición de la competencia del TPR para conocer en recursos contra providencias y autos interlocutorios de los TAH, que no fueren el laudo definitivo»<sup>73</sup>.

En su laudo, el Tribunal, por mayoría, resolvió «desestimar in-limine, el presente recurso de revisión promovido por la República Argentina»<sup>74</sup>. Para así decidir, tuvo en cuenta: i) que según el PO (artículo 17) «todo recurso de revisión planteado ante [el Tribunal] debe tener por objeto la impugnación de un laudo dictado por un TAH... En el presente caso no existe tal acto jurisdiccional, sino una resolución del TAH instrumentada en el Acta de Sesión N° 1, por la cual en mayoría éste ha resuelto la integración e instalación del Tribunal Ad Hoc»; ii) que, aún si por hipótesis se considerara que el Tribunal es competente, en el MERCOSUR «el recurso de revisión solo está vinculado al laudo de un Tribunal Arbitral Ad Hoc, y limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo en revisión», lo cual no ocurría en el sub lite; iii) que «[e]llo es absolutamente propio dentro de un procedimiento arbitral» donde «[l]a eventual revisión se realiza siempre finiquitado todo el procedimiento. No hacerlo así, obviamente desnaturalizaría el moderno concepto de arbitraje», tal como lo reconoce la doctrina que el Tribunal menciona (Roque J. Caivano); iv) que «en el derecho comunitario europeo, cuyo sistema de solución de controversias está estructurado en base a la judicialidad y no al arbitraje, los actos interlocutorios del Tribunal de Primera Instancia no son recurribles en cuanto tales ante la instancia superior. Solo son recurribles los autos del Tribunal de Primera Instancia que admiten o deniegan

---

<sup>71</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., III. Considerandos, párrafo 1º.

<sup>72</sup> TPR, laudo de 6 de julio de 2006, Impedimentos a la libre circulación derivado de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, Laudo N° 02/06, asunto TPR-2/06, pendiente de publicación en el BOM, disponible en [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Laudo0022006\\_Recurso%20Libre%20Circulacion\\_ES.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Laudo0022006_Recurso%20Libre%20Circulacion_ES.pdf), I. Vistos.

<sup>73</sup> TPR, Laudo N° 02/2006, cit., III. Considerandos, puntos 1 y 2.

<sup>74</sup> TPR, Laudo N° 02/2006, cit., V. Decisión, punto 1.

medidas cautelares»<sup>75</sup>. El Tribunal – también por mayoría – hizo «expresa reserva que esta desestimación in-limine, no perjudica en absoluto el derecho de la República Argentina a volver a alegar los mismos hechos y las mismas pretensiones jurídicas en un eventual recurso de revisión contra un laudo arbitral final del Tribunal Arbitral Ad Hoc»<sup>76</sup>. Sin embargo, la Argentina, a posteriori, una vez que el TAHM dictara su laudo en el marco de la controversia por restricciones no arancelarias por corte de vías de comunicación (rutas y puentes)<sup>77</sup>, no utilizó esta posibilidad mencionada por el TPR, y decidió no insistir con sus alegaciones que ponían en tela de juicio la validez del acto de integración del TAHM, dejando firme dicho laudo al no incoar en plazo el recurso de revisión – que si había intentado en forma previa –.

2. Continuando con la Resolución N° 01/2008, cabe mencionar que el Tribunal aprovechó la oportunidad para hacer alusión a las características del derecho mercosureño. En este sentido, argumentó «[q]ue, no debe olvidarse que el derecho comunitario y más precisamente el derecho de integración del MERCOSUR, con las notas características que lo distingue de los demás sistemas normativos, no es derecho interno de los Estados Partes (ni derecho internacional convencional). Se trata de una nueva especie distinta de ellos y que – pese a su estado embrionario – obliga a los Estados Partes a cumplirlo como consecuencia de la libre expresión de su voluntad plasmada en el TA, POP, PO y normas complementarias al amparo del derecho nacional e internacional»<sup>96</sup>.

Obviamente, escapa al objetivo del presente artículo el análisis acerca de la naturaleza del Derecho del MERCOSUR<sup>97</sup>, sin embargo si resulta oportuno mencionar como ha categorizado el Tribunal al derecho del bloque a lo largo de sus decisiones previas.

En primer lugar, el primer tribunal que pareció calificar al derecho mercosureño como “comunitario” fue el IX° TAHM (subsidios a las exportaciones intrabloque – lanas), aunque lo hizo al tiempo de definirlo como un «derecho comunitario [no] pleno»<sup>98</sup>.

Posteriormente, en su primer laudo, el TPR, luego de interpretar el alcance del artículo 34 del PO<sup>99</sup> y considerar que tanto el Derecho internacional como sus principios deben ser aplicados de forma indirecta y subsidiaria, afirmó que así «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»<sup>100</sup>.

En la primera Opinión Consultiva (Norte), el voto del miembro relator constató que bien se defina al derecho mercosureño como Derecho comunitario, bien como Derecho de la integración, cabe reconocer que una de las características de aquel derecho, el principio de primacía, «es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración» (MERCOSUR)<sup>78</sup>. Por su parte, el miembro Olivera García negó rotundamente que estemos frente a un ordenamiento comunitario<sup>79</sup>.

Como quiera que sea, el principio de la primacía del Derecho del MERCOSUR puede considerarse ya un pilar reconocido en la jurisprudencia del Tribunal. En efecto, al emitir su primera OC, el Tribunal concluyó, por mayoría, que «[l]as normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las

<sup>75</sup> TPR, Laudo N° 02/2006, cit., III. Considerandos, puntos 3 y 4.

<sup>76</sup> TPR, Laudo N° 02/2006, cit., V. Decisión, punto 3.

<sup>77</sup> TAHM, laudo de 6 de septiembre de 2006, Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes

<sup>78</sup> TPR, Opinión Consultiva de 3 de abril de 2007, Norte, OC N° 01/2007, asunto TPR-1/07, pendiente de publicación en el BOM, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/PrimeraOpinionConsultiva-Versionfinal.pdf>, considerando III.C.1 del voto del miembro coordinador Fernández de Brix.

<sup>79</sup> TPR, Norte, OC N° 01/2007, cit., considerandos C.b.14, 15, 18, 19, 20, 22 y 23 del miembro Olivera García.

normas del derecho interno de los Estados Partes»; y la concurrencia que «[l]as normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la ley nacional paraguaya 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso»<sup>80</sup>. A su vez, en su Laudo N° 01/2007 (medidas compensatorias), el Tribunal agregó que «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»<sup>81</sup>. Y en forma coincidente puede citarse la opinión del TAHM<sup>82</sup>.

En definitiva, lo que surge claramente de la Resolución N° 01/2008 – adoptada por el pleno del Tribunal – es que el ordenamiento mercosureño se diferencia claramente tanto del Derecho nacional como del Derecho internacional, lo cual no es definitivamente una afirmación menor. Es decir, el Derecho del MERCOSUR – para el TPR – tiene una naturaleza sui generis, diferente de ambas ramas del derecho, nacional e internacional, lo cual implica, como primera consecuencia que las fuentes de producción normativa, los órganos competentes para su interpretación y aplicación y, lo que es fundamental, los métodos de interpretación son propios y autónomos del ordenamiento regional.

3. A continuación el Tribunal afirmó «que pese a que el MERCOSUR es aún un proceso de integración fundamentalmente intergubernamental, ello no impide reconocer el carácter de último intérprete jurídico al TPR y cumplir con las decisiones que éste adopta, conforme lo establece el propio PO en sus considerandos (...). Máxime cuando a todos los Estados Partes, en mayor o menor medida, conforme a sus constituciones o el derecho internacional, podría reclamarse internamente su responsabilidad por acción u omisión en cada caso concreto»<sup>83</sup>.

En primer lugar, resulta poco clara la vinculación que el Tribunal parece sugerir en la pretendida naturaleza intergubernamental del bloque y el hecho de reconocer a dicho órgano como última instancia de interpretación del derecho regional. Ello es así porque no existe ninguna relación directa – ni indirecta – entre ambos extremos (intergubernamentalidad e interpretación definitiva del ordenamiento). Y en segundo término – lo que resulta aún más importante –, si justamente existe una institución que no puede ser catalogada como intergubernamental es el Tribunal, dado que expresamente el PO exige al órgano jurisdiccional, y más en particular a sus miembros ejercer sus funciones en forma autónoma e independiente de los Estados Partes<sup>84</sup>. Por otra parte, como órgano, el Tribunal decide por mayoría<sup>85</sup>, emitiendo decisiones obligatorias<sup>86-87</sup> que adquieren para los

---

<sup>80</sup> TPR, Norte, OC N° 01/2007, cit., Declaración N° 2 del voto en mayoría de los miembros Moreno Ruffinelli, Grandino Rodas y Olivera García y considerando 2.1 del voto concurrente del miembro Coordinador Fernández de Brix y del miembro Becerra, respectivamente.

<sup>81</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, cit., considerando 10.10.

<sup>82</sup> TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 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 N° 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 62.

<sup>83</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., III. Considerando, párrafo 3º.

<sup>84</sup> PO, artículos 35, y RPO, artículo 32. Así también lo reconoció el propio Tribunal en las citadas Resolución N° 02/2007, cit., considerandos VI, VII y XIX del voto de la mayoría.

<sup>85</sup> PO, artículo 25.

<sup>86</sup> Cabe destacar que el TPR no dicta únicamente laudos sobre las controversias propiamente dichas, sino también en materia de “Medidas excepcionales y de urgencia”, las cuales son igualmente obligatorias (artículo 24 del PO y Decisión CMC N° 23/04, citada), y – como en este caso – Resoluciones, igualmente vinculantes.

<sup>87</sup> Si bien es cierto que el 11 del RPO (que constituye una “Decisión” del CMC) establece que “[l]as opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias”, no lo es menos que el artículo 38 de POP (norma de superior jerarquía a las Decisiones del CMC) prevé que “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos

Estados Partes autoridad de cosa juzgada y son irrevisables e inapelables<sup>88</sup>. Por todo lo mencionado, el Tribunal – y es algo que no puede dudarse – no sigue la lógica de actuación de los órganos intergubernamentales. En este sentido, en el marco de la primera Opinión Consultiva, el miembro Moreno Ruffinelli (a quien adhirió el miembro Grandino Rodas) sostuvo, con razón, que «[l]a supranacionalidad – como superación de lo intergubernamental – es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho – entre otros – de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración»<sup>89</sup>.

La segunda afirmación del considerando, sobre la eventual responsabilidad de los Estados Partes por la violación del derecho regional será objeto de análisis infra.

#### b) Fundamentos individuales

1. Pasando al fondo de la cuestión, el Tribunal argumentó que – en casos como el presente – cabe aplicar «el principio procesal de “unidad en el conocimiento y unidad en la ejecución”», el cual implica que el Tribunal que entendió en la primera etapa del procedimiento, y que culminó con el laudo, debe también intervenir en las fases sucesivas, en este supuesto en la del efectivo cumplimiento del mismo. Aplicado ello al sub lite, y habiendo sido designado un nuevo miembro en reemplazo del juez renunciante en forma previa al planteo presentado por Uruguay – que dio origen a esta intervención del Tribunal –, corresponde al miembro ingresante, y no al suplente del miembro renunciante, integrar el Tribunal para todas las etapas vinculadas a este asunto<sup>90</sup>.

A su vez, el citado principio procesal se muestra conveniente «tratándose el TPR no de un órgano transitorio sino permanente, desde la perspectiva del órgano y no de sus integrantes», de tal manera que, según el Tribunal, al actuar el nuevo miembro no puede «afirmarse que no es el mismo Tribunal concebido como órgano el que atendió el proceso de conocimiento y el de ejecución»<sup>91</sup>.

2. Por otro lado, agregó el órgano jurisdiccional, no resulta procedente la realización de un nuevo sorteo para la designación de un miembro para esta controversia toda vez que éste ya ha sido instituido por el CMC, no existe base normativa para proceder en tal sentido, se trata de la ejecución de una decisión (laudo) ya emitida y, fundamentalmente, implicaría un «quiebre» del principio procesal antes aludido, el cual está «claramente recogido en el PO». Proceder en sentido contrario constituiría, además de un criterio desacertado, «un precedente equivocado para el funcionamiento

---

territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur” (el subrayado fue agregado); por ello, dado que en la expresión “Estados Partes” del citado artículo 38 debe incluirse a todos los poderes del Estados, en particular al “Poder Judicial”, ante una respuesta del TPR a una OC encaminada por un juez nacional, dicha respuesta, en tanto viene del órgano supremo en materia de hermenéutica del ordenamiento regional, es de obligatorio cumplimiento y aplicación para dicho juez. En otros términos, el artículo 11 del RPO deviene inaplicable en los supuestos de OC solicitadas por los jueces nacionales, dado su incompatibilidad con una norma superior, como lo es el artículo 38 del POP, por tal razón las referidas OC son vinculantes para el juez consultante. Sobre la cuestión, puede verse, del autor, “Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acordada N° 13/08 de la Corte Suprema”, conferencia dada en las “1<sup>eras</sup> Jornadas Internacionales de Derecho aduanero”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF), Buenos Aires, Argentina, 12 a 14 de agosto de 2008, pendiente de publicación por dicha AAEF.

<sup>88</sup> PO, artículo 26, inciso 2.

<sup>89</sup> TPR, Norte, OC N° 01/2007, cit., considerandos, párrafo 1º, del voto del miembro Moreno Ruffinelli, al que adhiere el voto del miembro Grandino Rodas.

<sup>90</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., III. Considerando, párrafos 4º y 5º. El resaltado fue adicionado.

<sup>91</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., III. Considerando, párrafo 6º.

del TPR». En efecto, el sorteo pretendido por la representación argentina conllevaría a «la ineficacia del Laudo 1/05» dado que no «sería ajustado a derecho (interpretación estricta) que un tribunal distinto al principal resuelva esta cuestión derivada de una [sic] caso principal»; con ello se culminaría sometiendo «al sistema de solución de controversias del MERCOSUR y al TPR a las inclemencias – casos fortuitos – de las personas que ocasionalmente forjan su identidad desde las distintas instituciones preestablecidas»<sup>115</sup>.

3. La misma solución se impone si se observan los regímenes procesales de otros sistemas de integración, tales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, ejemplificó el Tribunal<sup>116</sup>.

4. La interpretación del Tribunal parecería arrojar la idea de que el nuevo miembro reemplaza al renunciante en el conjunto de responsabilidades institucionales en las cuales éste se encontraba inmerso, incluyendo – como ahora sucede – los procedimientos de los cuales estaba conociendo.

#### §4. La (no) intervención de terceros Estados Partes

1. Una cuestión que llama la atención, y que es de lamentar, radica en el hecho de que el Tribunal, contra la práctica del propio órgano, no invitó a los Estados Partes terceros en la controversia – Brasil y Paraguay – a presentar observaciones escritas sobre el asunto planteado.

2. Como habrá de recordarse, el primer antecedente en tal sentido se halla en el artículo 13 de las Reglas de Procedimiento adoptadas por el IXº TAHM que intervino en la controversia sobre subsidios a la exportación – lanas<sup>117</sup>. A través de dicha disposición, el Tribunal ad hoc invitó a los Estados Partes no involucrados en la controversia (Brasil y Paraguay) ha someterle observaciones escritas vinculadas a las cuestiones suscitadas en el litigio; esta participación estaba condicionada a la no objeción de los Estados Partes en la controversia (Argentina y Uruguay); finalmente, dicha intervención no pudo ser instrumentada, ante la oposición de estos últimos (ambos). A la hora de justificar esta innovación en la práctica de los TAHM, el tribunal del asunto destacó que ello se fundamentaba «[t]eniendo en cuenta la importancia que en el Mercosur tiene la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración, y que la doctrina que emerge de los laudos de los Tribunales Arbitrales puede inspirar la actuación tanto de Tribunales Arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales», por lo que «los Estados Partes que no estén directamente involucrados en la contienda pueden tener interés en exponer sus puntos de vista»<sup>118</sup>.

Tal disposición – también sometida a la misma condición de no objeción de los Estados Partes en el litigio – figuró asimismo en las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Xº TAHM que entendió en la controversia sobre derechos a las exportaciones de tabaco y papel de tabaco. En esta

oportunidad, la oposición del Estado Parte reclamante (Uruguay) y el silencio del Estado Parte reclamado (Brasil) impidió la intervención de los otros dos Estados Partes (Argentina y Paraguay)<sup>92</sup>.

Por su parte, en el marco de la controversia por restricciones no arancelarias por corte de vías de comunicación (rutas y puentes), el XIIº TAHM también incluyó este mecanismo en el artículo 14 de sus Reglas de Procedimiento, sin embargo, si bien el Estado Parte reclamante (Uruguay) dejó la

---

<sup>92</sup> TAHM, laudo de 5 de agosto de 2005, Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco, asunto 1/05, BOM Nº 33, 2005, Antecedentes de la controversia, párrafos 15º a 16º.

decisión final al Tribunal ad hoc, éste consideró que no había lugar a la intervención de Brasil y Paraguay, dado la oposición de la parte reclamada (Argentina)<sup>93</sup>.

Cabe destacar que en las “Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR”, aprobadas por el CMC a través de la Decisión N° 30/04, no se previó este mecanismo de participación de los Estados Partes terceros en la controversia.

3. Desde su primer laudo – N° 01/2005, dictado justamente en el ámbito de la resolución bajo comentario –, el TPR, entre otros principios procesales, creó pretorianamente para los casos que tramiten bajo el régimen de controversias la posibilidad de invitar a terceros Estados Partes no intervinientes en el litigio a elevar al Tribunal observaciones escritas sobre el asunto, sin someter dicho procedimiento a ninguna formalidad o consenso previo de los Estados Partes implicados. La innovación del TPR estuvo dada por el hecho de que no subordinó la posibilidad de participación de los Estados Partes terceros a la falta de objeción de los Estados Partes involucrados, derivando tal atribución de sus facultades jurisdiccionales implícitas relativas a la dirección y administración del proceso.

En tal sentido, señaló, «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»<sup>94</sup>.

Finalmente, Brasil y Paraguay realizaron observaciones escritas, el primero a favor de la posición argentina, y el segundo apoyando la pretensión uruguaya.

4. En su primera Opinión Consultiva (Norte) – bien es cierto, fuera ya del ámbito controversial, lo cual sin embargo no invalida el ejemplo –, el TPR – por mayoría – dio intervención a todos los Estados Partes, al correr traslado de la petición de Opinión Consultiva a los Coordinadores nacionales del GMC, por el término de treinta días corridos, a fin de que cada Estado pudiera elevar las observaciones escritas que considera necesario. Sin embargo, ningún Estado Parte presentó observaciones al Tribunal<sup>95</sup>.

5. A su vez, también en el ámbito consultivo, el “Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia” (RPOC), aprobado por el CMC a través de la Decisión N° 02/07, prevé la

---

<sup>93</sup> TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando I-E:15.

<sup>94</sup> TPR, Laudo N° 01/2005, cit., considerando III.D:24. El destacado fue agregado. Ver a su vez, TPR, Laudo N° 01/2006, cit., considerando 2:XXIX.

<sup>95</sup> TPR, Norte, OC N° 01/2007, cit., II. Considerando, párrafo 1º, y punto I, del voto del miembro coordinador Fernández de Brix.

intervención de los Estados Partes en los procedimientos iniciados a partir de los pedidos elevados al TPR por los jueces nacionales<sup>96</sup>.

6. Finalmente, en el caso de las Opiniones Consultivas solicitadas al TPR por los Estados Partes conjuntamente, o por los órganos decisorios del MERCOSUR (CMC, GMC y CCM), las normas pertinentes (artículos 2 y 3 del RPO) permiten interpretar como válida la posibilidad, en el primer caso, de que, sin perjuicio del consenso necesario en cuanto al “objeto y contenido” de la OC, cada Estado Parte pueda adjuntar su punto de vista acerca de la cuestión sometida a criterio del Tribunal; y, en el segundo, de que cada delegación nacional en el órgano decisorio que presenta la Opinión Consultiva, exponga por escrito su criterio sobre el asunto planteado al TPR.

7. Por todo lo mencionado, como se observa, tanto la práctica de los TAHM, y más en particular la jurisprudencia del TPR y las normas reglamentarias del PO, aconsejan que en el futuro el Tribunal ejercite su atribución de otorgar a todos los Estados Partes – y no sólo a los involucrados en un litigio – la posibilidad de presentar observaciones escritas sobre el asunto sometido a resolución del Tribunal, cualquiera sea el ámbito del que se trate.

## V. EL LAUDO Nº 01/2008 DEL TPR, URUGUAY/ARGENTINA

Como antes se señaló, la divergencia de criterio entre Argentina y Uruguay, en torno a la cuestión de si Ley 26.329 daba cumplimiento íntegro al Laudo Nº 01/2005 – sostenido por el primero, y por el contrario rechazado por el segundo –, fue planteada al TPR.

### §1. Alegaciones de los Estados Partes en la controversia

1. Al realizar su presentación, Uruguay, con carácter previo, señaló que si bien Argentina «no comunicó formalmente» que la Ley 26.329 constituyera una medida que pretenda dar cumplimiento al Laudo Nº 01/2005, «la coincidencia del texto de dicha ley con el proyecto de ley que se comunicara a Uruguay con fecha 17 de enero de 2007 y se relacionara en esa oportunidad con “...el Laudo del TPR Nº 1/2005...”», permite inferir que el objetivo perseguido por la citada norma era el cumplimiento del Laudo<sup>97</sup>.

En cuanto al fondo del asunto, sostuvo que la Ley 26.329 «no da cumplimiento de modo manifiesto» y completo al Laudo Nº 01/2005; que el acatamiento del laudo «sólo se verifica atendiendo a la correcta interpretación y aplicación de las excepciones previstas en el artículo 50 TM, las cuales están entroncadas con el Anexo 1 del TA», y que si bien el Tribunal aceptó la posibilidad de aplicar la «excepción medio ambiental» frente al principio de la libre circulación de mercaderías, destacó que las excepciones «siempre deben interpretarse con criterio restrictivo,... y que quien invoca una excepción debe probarla»<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Decisión CMC Nº 02/07, artículos 6 “Recibida una solicitud de opinión consultiva, la ST enviará inmediatamente a los miembros del TPR, informando, si fuera el caso, la existencia de solicitudes de opiniones consultivas anteriores sobre temas relacionados y anexando indicación del árbitro que coordinó la redacción de las respuestas a tales consultas y las respuestas correspondientes. La ST dará conocimiento, por intermedio de la PPT [Presidencia Pro Tempore], a los Coordinadores Nacionales del GMC de las solicitudes de opiniones consultivas recibidas”, y 9 “Los Coordinadores Nacionales del GMC, podrán, en un plazo de quince días contados a partir de la notificación de recepción de una solicitud de opinión consultiva, conforme el Artículo 6, enviar al TPR, por intermedio de la ST, únicamente con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva”.

<sup>97</sup> TPR, laudo de 25 de abril de 2008, Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo Nº 1/05 iniciada por la República Oriental del Uruguay (art. 30 Protocolo de Olivos), Laudo Nº 01/2008, asunto TPR-1/05, pendiente de publicación en el BOM, disponible en [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Resoluciones/ES/2008/RES\\_1-2008\\_TPR.doc](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/2008/RES_1-2008_TPR.doc), III. Resultando, Planteo de Uruguay, párrafo 2º.

<sup>98</sup> TPR, Laudo Nº 01/2008, cit., III. Resultando, Planteo de Uruguay, párrafos 1º y 3º.

Uruguay agregó que así como la ley originaria (Nº 25.626) no superó los criterios de rigor establecidos por el Tribunal (o «test de viabilidad de las excepciones al libre comercio»), tampoco la nueva ley superó dicho baremo y, en el fondo, «Argentina sustituyó una medida restrictiva al comercio por otra, menos restrictiva». Resaltó a su vez que la Ley 26.329 es «una medida de carácter inequívocamente restrictivo del comercio al sujetar ese tráfico al flujo exportado por Argentina hacia el país del cual provienen los neumáticos»; y que la misma es «discriminatoria por afectar sólo a los productores extranjeros. Injustificada, debido a que este tipo de neumáticos no es un desecho ni un neumático usado y no afecta al medio ambiente, no es menos seguro que los nuevos ni tampoco posee en todos los casos menor vida útil que éstos; se trata de un producto objeto del comercio internacional. Y, finalmente, desproporcionada, por cuanto no es necesaria ni adecuada para alcanzar el objeto invocado por el Poder Ejecutivo argentino al instar su aprobación por el Congreso... evitando el incremento del pasivo ambiental local y protegiendo la salud de las personas, animales y vegetales, así como el medio ambiente. Tal objetivo podría alcanzarse... por otro tipo de medida que siguiendo los criterios de rigor del Laudo no suponga una limitación a la libre circulación»<sup>99</sup>.

Por último, el Gobierno oriental afirmó que la citada ley «también es violatoria de lo dispuesto por los numerales 3 y 4 de la parte resolutive del Laudo<sup>100]</sup>, lo cual se desprende del condicionamiento impuesto por la nueva ley para permitir el ingreso de neumáticos remoldeados en su territorio, sujetando su aceptación a un criterio de igualdad o inferioridad de flujo de intercambio de similar producto entre las partes»<sup>101</sup>.

2. Con carácter previo, Argentina adelantó que no procedió a comunicar oficialmente a Uruguay la nueva ley «toda vez que se estima que podrá tenerse finalmente por cumplido el Laudo recién cuando su reglamentación sea puesta en vigor y porque tal comunicación no constituye una obligación impuesta por el PO o su Reglamento», por tal razón la actual presentación uruguaya, de conformidad con el artículo 30 del PO, «puede considerarse como prematur[a]»<sup>102</sup>.

En relación al fondo, mantuvo que la ley «cumplió con la obligación impuesta por el Laudo y que ésta sortea el test de las excepciones del artículo 50 TM..., sumado a que en términos del análisis efectuado por el TPR resulta justificada y proporcionada»; dicha norma «elimina la prohibición de importación..., imponiéndose ahora un dispositivo específico para mantener estable la cantidad de neumáticos usados que se generan en su territorio»<sup>103</sup> y que la misma «está justificada» por el artículo 50, inciso “d”, del Tratado de Montevideo de 1980 – ya que «persigue como objetivo la protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, reduciendo el pasivo medioambiental producido por acumulación de este tipo de productos específicos» – y por el artículo XX, inciso “b”, del GATT de 1994<sup>104</sup>, tal como lo han reconocido tanto el laudo (previo)

---

<sup>99</sup> TPR, Laudo Nº 01/2008, cit., III. Resultando, Planteo de Uruguay, párrafos 4º a 7º.

<sup>100</sup> TPR, Laudo Nº 01/2005, cit.: el Tribunal decide «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» (V. Decisión, considerando 26).

<sup>101</sup> TPR, Laudo Nº 01/2008, cit., III. Resultando, Planteo de Uruguay, párrafo 8º.

<sup>102</sup> TPR, Laudo Nº 01/2008, cit. III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafo 1º.

<sup>103</sup> TPR, Laudo Nº 01/2008, cit. III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafos 1º y 2º.

<sup>104</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (denominado “GATT de 1994”) – incluido dentro del Acuerdo sobre la OMC –, artículo XX “Excepciones generales. A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de

del Tribunal ad hoc<sup>105106</sup> como por Uruguay en su recurso de revisión contra dicho laudo presentado ante el TPR<sup>107</sup>.

Según Argentina, el TPR, en sus Laudos N° 01/2005 y N° 01/2006, citados, al exponer sus “criterios de rigor” – como parámetros para la validez de las medidas restrictivas del comercio – no se ha explayado «sobre los criterios a tener en cuenta para definir el concepto de necesidad o el medio menos restrictivo del comercio con el cual se pueda lograr el objetivo perseguido con la medida»; por ello lo que cabe establecer es «si la medida específica en litigio es necesaria» en el sentido del artículo XX, inciso “b”, del GATT de 1994<sup>108</sup>, y en este contexto «a los efectos de la determinación de la necesidad se debe tener presente: la importancia relativa de los intereses o valores que la medida impugnada tiene por objeto proteger; su contribución a la realización de los fines por ella perseguida; y los efectos restrictivos en el comercio internacional»<sup>109</sup>. La Ley 26.329, continuó, protege efectivamente el medioambiente, al tiempo que constituye la medida menos restrictiva al comercio «razonablemente disponible», lo cual puede ser constatado si se tiene en cuenta el Informe del OA-OMC del 03/12/07, en el asunto “Brasil – medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados” (WT/DS332/AB/R)<sup>110</sup>, en el que fijó que la prohibición brasileña de la importación de neumáticos remoldeados «resulta una medida “necesaria” en los términos del Art. XX (b) del GATT de 1994» y «que los neumáticos recauchutados tienen por definición, una vida útil más corta que los nuevos, y que, en consecuencia, la prohibición de las importaciones puede resultar en una reducción del número total de neumáticos de desecho» dada la mayor vida útil de los neumáticos nuevo<sup>111</sup>.

Finalmente, argumentó que «no existe alternativa menos restrictiva del comercio», no observando Uruguay en el presente caso con «la carga de la prueba, ya que no identificó ninguna de las “posibles alternativas a la medida en litigio que el Miembro demandado podría haber adoptado”»; por otro lado, la medida «no constituye un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional, debido a que en el caso... afecta a todos los orígenes de neumáticos remoldeados de la misma manera sin que exista una discriminación directa (...). Ni se hace diferencia entre mercadería importada y doméstica»<sup>112</sup>.

## §2. La decisión del Tribunal y sus fundamentos

1. La primera tarea a la cual se avocó el Tribunal fue la determinación del objeto de la controversia, cuya dilucidación había provocado su constitución.

---

impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: [...] b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”.

<sup>105</sup> TAHM, laudo de 25 de octubre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, BOM N° 34,

<sup>106</sup>, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/> - [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR\\_Tribunal%20AdHoc\\_Laudo%20Neumaticos\\_ES.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Neumaticos_ES.pdf)

<sup>107</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafos 3° y 9°.

<sup>108</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafos 4° y 5°. Agregó a continuación que el OA-OMC «sostuvo en casos similares que el nivel de protección adecuado de la salud humana o los objetivos medioambientales resulta discrecional del Estado del que se trate».

<sup>109</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafo 6°.

<sup>110</sup> Citado ut supra.

<sup>111</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit., III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafos 7°, 8° y 11°. Todos los destacados figuran en el original.

<sup>112</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit., III, Resultando, Presentación de Argentina, párrafos 12° y 13°.

En este sentido, el Tribunal destacó que su función «debe limitarse a decidir acerca de si la Ley N° 26.239 supone o no el cumplimiento del Laudo N° 1/2005», y, consecuentemente, si Uruguay mantenía su derecho a continuar con la aplicación de las medidas compensatorias contra la Argentina, dispuestas por el Decreto N° 142/007, citado. En dicha investigación, el Tribunal, con buen criterio, se impuso una restricción, al sostener que «no puede de ningún modo volver a considerar asuntos ya decididos por el... Laudo [N° 01/2005 del TPR], ya que ello supondría la revisión del mismo, lo que excede los poderes [de] este Tribunal»<sup>113</sup>.

Para el TPR, las cuestiones establecidas en su Laudo N° 01/2005 que han pasado ya en autoridad de cosa juzgada y que por lo tanto – a pesar de haber sido «controvertid[a]s por las partes» en el presente proceso – escapaban a su poder revisor, son las siguientes<sup>114</sup>:

«a) “No es que haya dos principios en conflicto o confrontación ... Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio ambiental aludida)” (nal 9).

b) “Quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla” (nal 10).

c) Para analizar la viabilidad de la excepción “a) en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio” (nal 14), “...b) ...corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida” (nal 15), ...”c) El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida” (nal 16), ...”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” (nal 17).

d) “La prohibición tomada no ha reducido objetivamente hablando, el concepto de daño ambiental aplicable al caso” (nal 17).

e) “El daño alegado según el criterio de este TPR no es grave ni irreversible” (nal 17)»<sup>115</sup>.

2. Al pasar al análisis de la Ley 26.239, el Tribunal reiteró los límites a su actividad jurisdiccional. Por ello recordó que el TPR había ya declarado en su Laudo N° 01/2005 «que el daño ambiental alegado por Argentina para justificar su restricción al libre comercio “no es grave ni irreversible” (nal. 17)», por lo que habiendo sido «tal premisa laudada con calidad de cosa juzgada», se halla impedido de proceder a su «recalificación» o «a la consideración de nuevos argumentos jurídicos o antecedentes jurisprudenciales inexistentes o no invocados al momento del dictado del Laudo en cuestión». Para que pudiera actuar en la forma ahora rechazada, es decir «[p]ara que la decisión pudiera ser mutada a partir de nuevos hechos o nuevos antecedentes así debe habilitárselo la norma al Tribunal so pena de vulnerar el principio general de la cosa juzgada y del “non bis in idem”, y en el caso no existe dicho permiso normativo». Sin embargo, agregó el Tribunal, «resulta indiscutible la conveniencia de tomar conocimiento de las circunstancias que rodean el caso pues ello contribuirá a esclarecer el tema central en discusión»<sup>116</sup>.

3. Más allá de rechazar las defensas expuestas por la Argentina, dado que las mismas eran en gran medida reiteración de aquellas ya desestimadas por el TPR en su Laudo N° 01/2008, el Tribunal señaló asimismo «que la adopción de un criterio rígido sobre ciertos puntos expuestos por la parte argentina, llevaría a posibilitar la prohibición de importación de una gran cantidad de

<sup>113</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto A, párrafos 3° y 4°.

<sup>114</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto B. El resaltado es del original.

<sup>115</sup> Que corresponden a los considerandos C.3.9, C.3.10, C.3.14, C.3.15.b), C.3.16.c) y C.3.17.d) del Laudo N° 01/2005 del TPR, cit.

<sup>116</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafos 2° a 4°.

materiales sobre cuya toxicidad, comparada con la de los neumáticos, podría ser mucho mayor, tales como: baterías, pilas, teléfonos celulares, MP3, latas, envases de aluminio, tergo por, material plástico en general y sobre todo ciertas especies de tal material como el tereftalato de polietileno (PET), por citar solamente algunos productos que están en el comercio de manera muy intensa, muchos de los cuales requieren entre 100 y hasta 1000 años para degradarse en forma natural constituyendo mientras tanto, en mayor o menor medida, un elemento que implica un potencial daño ambiental». Ello demuestra, según el Tribunal, que los gobiernos a nivel interno deben adoptar normas que reduzcan el impacto en el medio ambiente, y a nivel internacional imponer el debate sobre estas cuestiones. A su vez, debe también afirmarse que, ante la realidad descripta, «no resulta razonable suponer que tal política [de reducción del menoscabo ambiental] debe afectar a un producto determinado de las características del que ha originado esta controversia, que por lo demás, genera serios problemas en materia comercial y en el manejo adecuado de la normativa del MERCOSUR»<sup>117</sup>.

4. A continuación el Tribunal analizó si la ley bajo examen cumple con los criterios de rigor establecidos en su Laudo N° 01/2005. Cabe recordar que en el contexto de aquella sentencia, los citados criterios constituyen los requisitos – cuatro en total – que deben observar en su totalidad todas las medidas nacionales que afecten el comercio intrablock, a fin de que las mismas sean compatibles con el principio de la libre circulación de mercaderías reconocido por el Derecho del MERCOSUR, es decir puedan ser calificadas como excepciones permitidas a dicho principio.

En cuanto al primer criterio, el Tribunal declaró que la ley 26.239, sin lugar a dudas, «supone una restricción al comercio en cuanto limita la importación de neumáticos remoldeados a la exportación de neumáticos usados»; sin perjuicio de que tal restricción «claramente se atempera», ya que no es una «lisa y llana prohibición», ella «se mantiene», y más aún sobre la base de argumentos ya desestimados por el Tribunal<sup>118</sup>.

Pasando al segundo criterio resaltó que la ley «es claramente discriminatoria (...) al dar tratamiento diverso a los productos nacionales de un país respecto de productos similares del extranjero, dando un tratamiento preferencial al nacional. (...) Al limitar el número de neumáticos remoldeados que se pueden importar al país, y no limitar el remoldeado por la industria nacional, Argentina evidentemente ingresa en una discriminación injustificada»<sup>119</sup>.

Según el Tribunal la ley tampoco se encuentra justificada (tercer criterio de rigor), ya que «[l]a justificación de la restricción impuesta por la nueva Ley es sustancialmente igual a la esgrimida en el procedimiento que dio lugar al Laudo N° 1/2005, por tanto atender ahora a la misma importaría la posibilidad de modificar el mencionado Laudo, lo que es contrario a los principios ya enunciados del “non bis in idem” y de la no afectación de la cosa juzgada»<sup>120</sup>.

Para desestimar la proporcionalidad de la medida (último criterio de rigor), el Tribunal se remitió a lo ya sentenciado en su Laudo N° 01/2005, en el sentido de que «...“La prohibición tomada no ha reducido objetivamente hablando, el concepto de daño ambiental aplicable al caso” y “[e]l daño alegado según el criterio de este TPR no es grave ni irreversible”». Carece de proporcionalidad la

<sup>117</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafos 7° a 8°.

<sup>118</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafos 9° y 12°.

<sup>119</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafo 10°.

<sup>120</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafo 11°. El Tribunal agregó que «Argentina no puede modificar la ley, justificando el nuevo texto legal en base a supuestos que ya fueron descartados por el Tribunal, de lo contrario se podría dar cumplimiento al Laudo por el simple expediente formal de la modificación de la ley, aunque sustancialmente se mantenga la misma postura» (ibidem, párrafo 12°).

medida «cuando el daño que supuestamente la justifica ya fue descartado por este Tribunal en el proceso principal donde se debatió el alcance de la prohibición de la Ley N° 25.626, la que supuestamente buscaba evitar el mismo perjuicio ambiental que pretende tutelar la nueva ley»<sup>121</sup>.

5. En virtud de todo lo anterior, el Tribunal decidió, en lo que aquí interesa, por mayoría, que la Ley 26.239 no constituía un cumplimiento cabal de su Laudo N° 01/2005, por lo que la Argentina debía proceder a acomodar su legislación a las condiciones previstas en dicho laudo; que, dado que había vencido el plazo para que la Argentina cumpla con aquella decisión, Uruguay mantenía el derecho de aplicar las medidas compensatorias instrumentadas en el Decreto N° 142/007 «hasta tanto se de cumplimiento al mencionado Laudo»; y, por unanimidad, que el presente laudo tenía para los Estados Partes en la controversia «efecto inmediato», en el sentido de los artículos 26 y 27 del PO<sup>122</sup>.

6. El Tribunal se ocupó de clarificar a la Argentina cuales son los requisitos que debería observar una medida que diera cumplimiento al laudo. Para el Tribunal, «si su nuevo texto legal restringe el comercio alegando alguna excepción de las admitidas, las mismas deben superar uno a uno los cuatro criterios que con valor de cosa juzgada fueron fijados por el Tribunal en el Laudo N° 1/2005. Bastaría con que no se superara una sola de las observaciones para que el nuevo texto legal no pueda considerarse como dando cumplimiento al Laudo»<sup>123</sup>.

7. El Tribunal no perdió la oportunidad para poner de manifiesto la omisión en que estaban incurriendo los órganos del MERCOSUR al no regular la problemática cuestión del comercio intrazona de neumáticos remoldeados, tal como ya lo había mencionado en su Laudo N° 01/2005. Como antes se señaló, en dicho laudo, el Tribunal determinó que su decisión – acerca del incumplimiento de la Argentina en virtud de la Ley 25.626 – «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». En esta oportunidad (Laudo N° 01/2008), el Tribunal consideró que «el tema.. debe ser discutido en el futuro en las instancias pertinentes del Mercosur»<sup>124</sup>.

## VI. LA NUEVA RESOLUCIÓN N° 25/08 DEL GRUPO MERCADO COMÚN

1. A pesar de que el conflicto tuvo su origen en el año 2001, ante el TAHM – Uruguay/Brasil – y que – tal como se ha reseñado – el mismo continuó ante el TPR, los órganos del MERCOSUR no se han ocupado de la reglamentación del comercio de los bienes en cuestión.

2. Sólo recientemente, la Delegación de Brasil presentó en el marco de la LXXIª Reunión del GMC (Buenos Aires, 15 y 16 de abril de 2008)<sup>125</sup> «una propuesta de creación del Grupo Ad Hoc sobre la Política Regional para el Comercio de Neumáticos Reformados y Usados para la Elaboración de una Política Común MERCOSUR para Neumáticos Reformados»<sup>126</sup>. En la reunión

---

<sup>121</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafo 14º. El destacado es del original.

<sup>122</sup> PO, artículos 26 “Obligatoriedad de los laudos. [...] 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada” y 27 “Obligación del cumplimiento de los laudos. Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo”.

<sup>123</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafo 15º.

<sup>124</sup> TPR, Laudo N° 01/2008, cit. III, Considerando, punto C, párrafo 7º.

<sup>125</sup> Texto del Acta en [http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/LXXI%20GMC%20-%20ACTA%200108%20FINAL/GMC\\_2008\\_ACTA01\\_ES.doc](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/LXXI%20GMC%20-%20ACTA%200108%20FINAL/GMC_2008_ACTA01_ES.doc)

<sup>126</sup> Ver punto 9 del Acta N° 01/08, LXXIª Reunión del GMC, cit. La propuesta figura como Anexo XV (DT N° 07/08) del Acta, texto en

siguiente (LXXIIª GMC, Buenos Aires, 19 y 20 de junio de 2008), Paraguay “presentó una contrapropuesta”, que figura como Anexo XII “reservado” del acta correspondiente (DT N° 12/08)<sup>127</sup>.

3. Finalmente, en oportunidad de su XXXIIIª Reunión Extraordinaria (Tucumán, 29 de junio de 2008)<sup>128</sup>, el GMC aprobó la Resolución N° 25/08, “Creación del Grupo ad hoc para una Política Regional de Neumáticos inclusive Reformados y Usados (GAHN)”<sup>129</sup>.

4. La norma (Resolución GMC N° 25/08) encomienda al GAHN – que estará subordinado al GMC – la elaboración de una “política del MERCOSUR para el comercio de neumáticos reformados y usados”, antes de fines de 2008 (artículos 1 y 2), la cual debía ser presentada al GMC quien la elevaría a consideración del CMC en ocasión de su XXXVIª Reunión (la cual tuvo lugar el 15 de diciembre de 2008)<sup>130</sup>. El artículo 3 prescribe que “[d]urante la implementación del mandato”, es decir en el transcurso del período de elaboración de la citada política, “se mantendrán las corrientes de comercio de neumáticos reformados y usados en el comercio intrazona”. El siguiente artículo dispone que el GAHM “elaborará también una política común de destino final ambientalmente adecuada para todo el sector de neumáticos”, sin embargo para dicha tarea no se le ha asignado ningún plazo perentorio.

La Resolución N° 25/08, según su artículo 5, “no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”, razón por la cual – según el artículo 5, inciso a), de la Decisión N° 23/00 del CMC<sup>131</sup> – se encuentra vigente desde su aprobación, es decir desde el 29/06/08.

5. Por otro lado, la CAMEX de Brasil dictó su Resolução N° 46/08<sup>132</sup>, por la cual modifica los artículos 1, inciso I, y 2 de su Resolução N° 38/07 (antes citada), aumentando las cuotas de importación de neumáticos remoldeados desde Paraguay (164.000 unidades) y Uruguay (168.000 unidades) (artículo 1); según el artículo 2, dichas cuotas “permanecerán en vigor hasta el 31 de diciembre de 2008, conforme el plazo establecido en la Resolución N° 25, de 29 de junio de 2008,

[http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/LXXI%20GMC%20-%20ACTA%200108%20FINAL/GMC\\_2008\\_ACTA01\\_ANE15\\_DT07-08\\_ES\\_P.res%20CreacionGAH.doc](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/LXXI%20GMC%20-%20ACTA%200108%20FINAL/GMC_2008_ACTA01_ANE15_DT07-08_ES_P.res%20CreacionGAH.doc).

<sup>127</sup> 3Ver punto 9 del Acta N° 02/08, LXXIIª Reunión del GMC, texto en <http://www.mercosur.int/msweb/sm/actas%20temporarias/gmc/lxxii%20gmc%20-%20acta%2002-08%20final/acta%202008%20lxxii%20gmc/acta%20final%20final.doc>

<sup>128</sup> 4Acta Extr. N° 01/08, punto 6.2 y Anexo III, texto en [http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/2008\\_ACTA01\\_EXT/ACTA/GMC%20Acta%201-08%20Ext.doc](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/2008_ACTA01_EXT/ACTA/GMC%20Acta%201-08%20Ext.doc)

<sup>129</sup> 5Texto en [http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/2008\\_ACTA01\\_EXT/ANEXO%20III%20Resoluciones/RES\\_0252008\\_ES\\_GupoAdHocNeumatico.doc](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/GMC/2008_ACTA01_EXT/ANEXO%20III%20Resoluciones/RES_0252008_ES_GupoAdHocNeumatico.doc).

<sup>130</sup> Teniendo en cuenta la fecha de la reunión del CMC, la propuesta debió haber sido remitida por el GAHN al GMC (para su tratamiento) en oportunidad de su última reunión ordinaria del año, a saber la N° LXXIV, la cual tuvo lugar en Brasilia, entre los días 26 a 28 de noviembre de 2008. Bien es cierto también que la práctica del bloque demuestra que dos o tres días antes de la reunión del CMC tiene lugar una reunión extraordinaria del GMC, juntamente con una reunión preparatoria de la del CMC – en los hechos llevada a cabo por los mismos integrantes del GMC –, y en dichas ocasiones es posible la consideración y elevación de proyectos de normas al CMC.

<sup>131</sup> Decisión CMC N° 23/00, artículo 5 “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando: a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: ‘Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR’. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación”.

<sup>132</sup> Resolução CAMEX N° 46/08, por la que se altera los arts. 1º y 2º de la Resolução N° 38, de 22 de agosto de 2008, que fijó cuotas para las importaciones de neumáticos remoldeados, originarias y provenientes del MERCOSUR, 03/07/08, DOU 04/07/08, texto en [http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1215193740.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1215193740.pdf)

del Grupo Mercado Común – GMC”<sup>133</sup> (así también, anexo B, literal V.5, Portaría SECEX N° 25/08, citada).

6. A pesar de los mandatos contenidos en la Resolución GMC N° 25/08 (elaboración de la política del MERCOSUR sobre comercio de neumáticos reformados y usados antes de fines de 2008; elevación al GMC, y remisión por éste al CMC en ocasión de su XXXVIª Reunión, 15/12/08), según lo que consta en las Actas N° 04/08 de la LXXIVª Reunión del GMC y 02/08 de la XXXVIª Reunión del CMC, la propuesta de política sobre neumáticos referida no ha sido tratada aún por ninguno de ambos órganos<sup>134</sup>, por lo que se llegará al 31/12/08 sin haberse aprobado la misma. Por tal razón, teniendo en cuenta el laudo de la OMC – en cuanto al plazo para el cumplimiento del laudo sobre la importación de neumáticos remoldeados –, se crea una difícil situación para Brasil.

## VII. LOS RECLAMOS ANTE LA JUSTICIA NACIONAL (BRASIL)

1. La cuestión sobre el libre comercio de los neumáticos remoldeados, luego del laudo del TAHM, en la controversia Uruguay/Brasil, provocó gran cantidad de presentaciones judiciales en Brasil.

Por un lado, las demandas fueron presentadas por empresas particularmente de Uruguay, pero también de Paraguay, contra el fisco y la aduana brasileños por su negativa a expedir permisos de importación alegando, en especial, la protección del medio ambiente. Tales presentaciones judiciales tenían por fin obtener la autorización para la importación de los bienes en cuestión, sobre la base del derecho que les asistía en virtud del laudo del TAHM que reconoció que la prohibición brasileña a la libre circulación constituía una restricción contraria al Tratado de Asunción, por lo que dicho Estado debía modificar su legislación, permitiendo el comercio de estos productos.

Sin embargo, también se presentaron a la justicia empresas brasileñas que importaban neumáticos usados especialmente desde Europa, con la finalidad de utilizarlos como materia prima para su remoldaje en Brasil, quienes resistieron la negativa de las autoridades brasileñas – que alegaban el daño al medio ambiente – e invocaron que la diferencia de trato que provocaba la libre importación de estos neumáticos desde el MERCOSUR en virtud del laudo del TAHM, constituía una violación al principio constitucional de igualdad, como así también al derecho al ejercicio de una actividad económica lícita.

Una relación de los casos presentados puede verse en los dos “informes” de la Secretaría del MERCOSUR sobre aplicación del Derecho del MERCOSUR por los jueces nacionales<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> El párrafo único del artículo establece que “[la] presente Resolución podrá ser prorrogada de acuerdo a los resultados del Grupo Ad Hoc, creado por la Resolución GMC N° 25, de 2008, y el laudo arbitral sobre el plazo razonable de implementación en el marco del mecanismo de solución de controversias de la OMC relativo a la controversia iniciada por las Comunidades Europeas contra Brasil en relación a la prohibición de la importación de neumáticos reformados” (OMC, WT/DS332/AB/R). Como antes se señaló, el OA-OMC dio a Brasil un plazo para el acatamiento de su decisión que venció el 17/12/08.

<sup>134</sup> Se desconoce si en el mes de diciembre, previo a la reunión del CMC, el GMC se reunió de forma extraordinaria – como acostumbra hacerlo – y si, de haber tenido lugar la misma, la propuesta fue analizada. En la página Web del MERCOSUR, <http://www.mercosur.int>, a la fecha no aparece registro de que tal reunión extraordinaria haya existido.

<sup>135</sup> SECRETARÍA DEL MERCOSUR, “Primer informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2003)”, ed. Secretaría del MERCOSUR, Fundación Konrad Adenauer y Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados, Montevideo, Uruguay, 2005, pág. 87 y ss, texto en <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/publica/archivos/Infome%20Derecho%20Mercosur%20-%202003.pdf>, y en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_6961-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_6961-544-4-30.pdf); del mismo autor, “Segundo informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2004)”, ed. Secretaría del MERCOSUR y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2007, pág. 250 y ss, texto en <http://www.mercosur.int/msweb/SM/General/Textos/2InfAplicacionDerMCS.pdf>, y en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_10044-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_10044-544-4-30.pdf).

2. Por otro lado, tramita ante la Corte Suprema brasileña (Supremo Tribunal Federal) el proceso ADPF 101 (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Acusación de Incumplimiento de un Precepto Fundamental)<sup>136</sup>, el cual está acompañado de un pedido de medida cautelar. El asunto fue presentado por el Presidente, a través de la Advocacia Geral da União (AGU), contra las decisiones judiciales de todo el país que autorizan la importación de neumáticos usados<sup>137</sup>.

En la demanda la AGU destaca que desde 1991 diversos actos normativos, tanto del Poder Ejecutivo<sup>138</sup> como del Poder Legislativo, como así también acuerdos internacionales<sup>139</sup>, han prohibido la importación de neumáticos usados sobre la base de la protección de la salud pública y el medio ambiente<sup>140</sup>, sin embargo una gran cantidad de decisiones de la justicia federal (26 identificadas<sup>141</sup>) vienen amenazando la salvaguarda de ambos bienes jurídicos “autorizando la importación de neumáticos usados provenientes de países no miembros del MERCOSUR”<sup>168</sup>. El escrito menciona que tales decisiones judiciales se sustentaron en 5 argumentos: “a) ofensa al régimen constitucional de libre iniciativa y de libertad de comercio (art. 170, IV, párrafo único, de la CF/88 [Constitución Federal]); b) ofensa al principio de igualdad (art. 5º, caput, de la CF/88), toda vez que el Poder Público esta autorizando la importación de neumáticos remoldeados provenientes de países integrantes del MERCOSUR; c) los mencionados actos normativos [decretos, resoluciones y portarias] sólo abarcarían neumáticos usados, en los cuales no estarían comprendidos los recauchutados; d) tales restricciones no podrían ser hechas por medio de actos reglamentarios, sino sólo por ley en sentido formal; e) la Resolución del CONAMA [Conselho Nacional do Meio Ambiente] Nº 258/99, con la redacción determinada por la Resolución CONAMA Nº 301/02, habría derogado la prohibición de importación de neumáticos usados, en la medida en que habría previsto la destinación de neumáticos importados reformados”<sup>142</sup>.

Esas sentencias, según la AGU, han ocasionado que Brasil sea demandado en la OMC por la Unión Europea, quien alega que “si el Brasil permite la importación de neumáticos usados como materia prima, la prohibición de importación de neumáticos reformados sería una barrera comercial no arancelaria”. Por tal razón, la “definición” por el STF de que la prohibición es constitucional, “no habiendo espacio para decisiones judiciales en sentido contrario, sería fundamental para las pretensiones de Brasil en la OMC”<sup>143</sup>.

---

<sup>136</sup> Constitución Federal de 1988 (CF 1988), artículo 102 “[...] §1.º La Acusación de Incumplimiento de un precepto fundamental, resultante de esta Constitución, será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, de acuerdo a la ley”.

La ADPF es un tipo de acción directa y originaria que se presenta ante el STF, regulado por la Lei 9.882 (03/12/99, DOU 06/12/99), que tiene por finalidad el control de constitucionalidad de los actos de los Poderes Públicos. Su aplicación sólo puede tener lugar siempre que no hubiera otro remedio procesal – como la Ação Direta de Inconstitucionalidade o la Ação Direta de Constitucionalidade – para obtener los fines perseguidos. Según el artículo 1 la Lei 9.882, la ADPF “tendrá por objeto evitar o reparar la lesión de un precepto fundamental, resultante de un acto del Poder Público”.

<sup>137</sup> Ver, STF, “Noticias do STF” del 25/09/06, texto en <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67929&caixaBusca=N>.

<sup>138</sup> Decretos, Resoluciones y Portarias.

<sup>139</sup> Convención de Basilea sobre control de movimientos transfronterizo de residuos peligrosos y su depósito, del 22 de marzo de 1989, aprobada en Brasil por Decreto Legislativo (Congreso) 34/92, 16/06/92, DOU 17/07/92, promulgada por Decreto 875/93, 19/07/93, DOU 20/07/93, depositada la Carta de adhesión el 15/10/92.

<sup>140</sup> Protegidos por los artículos 196 y 225 de la CF 1988, respectivamente.

<sup>141</sup> STF, Pleno, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), págs. 13 a 22, texto en la página del STF, <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADPF&processo=101>. <sup>168</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., págs. 2 a 8.

<sup>142</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., págs. 8 a 9.

<sup>143</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., pág. 23.

La AGU consideró asimismo que no puede sostenerse que se viole el “principio de igualdad por el hecho de que la prohibición de importación de neumáticos usados no se extiende a los países miembros del MERCOSUR. En efecto, con base en el laudo arbitral proferido por el Tribunal ad hoc del MERCOSUR, se autorizó apenas la importación de neumáticos usados clasificados como remoldeados, siendo cierto que no existe autorización para la importación de neumáticos usados aún no sometidos a proceso de reforma provenientes de países miembros del MERCOSUR. El hecho de que Brasil – por fuerza de la decisión del tribunal arbitral, al cual adhirió, sometiéndose a su jurisdicción –, esté obligado a permitir la importación de neumáticos remoldeados de los país del MERCOSUR no puede conferir a los importadores el derecho de importar neumáticos usados de otros países para ser utilizados como materia prima, sobre la alegación de igualdad. Aún cuando Brasil no esté de acuerdo con los términos de la citada decisión arbitral, que no consideró argumentos de naturaleza ambiental y de salud, debe a ella integral cumplimiento, pues también se presenta esencial para los intereses de Brasil mantener armónica relación con los países hermanos del MERCOSUR, para buscar ‘la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, buscando la formación de una comunidad latinoamericana de naciones’, como exige el art. 4º de la Constitución. Además, de acuerdo con las normas del comercio internacional, aparece lícita la exención de la prohibición y de multas para la importación de neumáticos remoldeados de países del MERCOSUR, por el hecho del MERCOSUR ser una Unión Aduanera, conforme lo prevé el Artículo XXIV del GATT. A la par de ello, para hablar de igualdad de tratamiento, debería considerarse países en situación al menos semejante, en lo que se refiere a la cantidad de neumáticos existentes como pasivo ambiental”, en atención a la diferencia exorbitante de neumáticos que provienen de Europa y USA en relación a los oriundos del MERCOSUR. Para culminar, “el argumento de la violación al principio de igualdad se muestra falaz, pues, además de que Brasil ha sido compelido judicialmente a permitir la importación sólo de neumáticos remoldeados de países del MERCOSUR, y no de neumáticos usados para que sirvan como materia prima, sería plenamente justificable conferir tratamiento distintos a los mismos, por el hecho de que el MERCOSUR es una Unión Aduanera y por razones de equidad y de política internacional, considerando, sobretudo, el diminuto impacto ambiental que tales importaciones podrían representar”<sup>144</sup>.

En cuanto al fondo, el Presidente solicitó al STF que declare la existencia de una violación de los preceptos fundamentales que protegen la salud pública y un medio ambiente equilibrado, de conformidad con los artículos 196 y 225 de la CF 1988; la “ilegitimidad e inconstitucionalidad de las decisiones judiciales que autorizan la importación de neumáticos usados de cualquier especie, incluso de decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada”; la “inconstitucionalidad e ilegitimidad de la interpretación judicial utilizada para viabilizar la importación de neumáticos usados de cualquier especie, con efecto ex tunc, incluyendo las acciones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada; y la “constitucionalidad y legalidad” de varios decretos, portarias y resoluciones con efectos ex tunc<sup>145</sup>.

La demanda está acompañada de un pedido de “liminar” tendiente a “suspender los efectos de las decisiones judiciales que autorizan la importación de neumáticos usados y suspender la tramitación de los hechos judiciales en que se discute la materia, impidiendo que nuevas decisiones sean emitidas en ese sentido hasta el juzgamiento definitivo” de la ADPF 101<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., págs. 37 a 39.

<sup>145</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., págs. 61 a 62.

<sup>146</sup> STF, ADPF 101/DF, escrito del Presidente (AGU), cit., pág. 60.

Este proceso ante al STF ha concitado tal atención en Brasil que la Ministra relatora, Carmen Lucía, ha optado por llamar a una audiencia pública<sup>147</sup>, la cual tuvo lugar el 27 de junio de 2008<sup>148</sup>.

El proceso aún se halla pendiente de resolución por parte del Supremo Tribunal Federal<sup>149</sup>.

## VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL LAUDO N° 01/2005 DEL TPR

1. El incumplimiento de Argentina del Laudo N° 01/2005, por el cual se ordena a nuestro país permitir la importación de neumáticos remoldeados provenientes de Uruguay, afecta evidentemente a dos sectores de empresas. En primer lugar, a las fábricas uruguayas exportadoras de este tipo de bienes hacia la Argentina, y en segundo lugar a las propias empresas argentinas que producen neumáticos nuevos que exportan a Uruguay pues sufren la aplicación de medidas compensatorias.

2. En el primer supuesto, la prohibición de la importación, y luego de la Ley 26.329 la restricción de la importación, ha perjudicado a las empresas uruguayas que hasta el dictado de Ley 25.626 exportaban hacia la Argentina parte de su producción, como así también a aquellas que estaban en condiciones de hacerlo con posterioridad.

3. En el segundo caso, esto es las empresas argentinas exportadoras de neumáticos nuevos hacia el mercado uruguayo, es evidente que la falta de acatamiento del laudo del TPR por Argentina y la consiguiente aplicación por parte de Uruguay de un arancel de importación a dichos productos – en concepto de medida compensatoria –, les provoca un daño económico considerable. El perjuicio ocasionado a tales empresas tiene lugar, por un lado, por la restricción comercial que el arancel implica, lo que encarece el ingreso del producto al Uruguay; y por el otro, lo cual es consecuencia directa de lo anterior, en virtud de que los competidores externo de neumáticos nuevos (principalmente de Brasil y China) tienen un incentivo adicional (el arancel del 16%) que favorece sus ventas al mercado uruguayo, en la misma proporción que dificulta el acceso de los neumáticos nuevos argentinos.

En términos jurídicos, dicho daño estrictamente no tiene su origen en la medida compensatoria uruguaya, sino en la actitud omisiva del Estado argentino para cumplir con la decisión del TPR, pues ella confiere el derecho al Gobierno oriental para aplicar tal sanción (responsabilidad “refleja”, ver infra). Por lo tanto, el daño surge directamente por la inacción del Gobierno nacional.

4. Luego del laudo del TPR, no cabe dudas que la prohibición (Ley 25.626) y ahora la restricción (Ley 26.329) constituyen una violación del Derecho del MERCOSUR, y como tal provoca, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado nacional.

Más allá de las normas internas sobre responsabilidad patrimonial del Estado por actividad ilícita<sup>150</sup>, el Derecho comunitario impone también sus principios al respecto<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> STF, Pleno, decisão monocrática, ADPF 101, rel. Min. Carmen Lucía, publicada en DJe (Diário de Justiça eletrônico) Nº 112, 19/06/08 pág. 147, texto en <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2395870&tipoApp=RTF>

<sup>148</sup> Todos los documentos presentados en la audiencia pública, incluyendo las memorias de las partes y amicus curiae, las normas nacionales y del MERCOSUR y los fallos del TAHM y de la OMC, pueden encontrarse en la siguiente página del STF, <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101>

<sup>149</sup> El expediente del proceso puede seguirse a través de la página del STF,

<sup>150</sup> Cabe reconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha declarado que el Estado debe resarcir los daños ocasionados a los particulares, provengan éstos de un accionar legítimo o ilegítimo (CSJN, “Asociación Escuela Popular Germana - Argentina Belgrano c/ Nación”, 09/11/59, Fallos 245:146; legítimo, ver CSJN, “Carlos Begher c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 01/07/86, Fallos 308:1049, y “Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario”, 15/08/95, Fallos 318:1531, considerandos 6 y 7); sea que provengan del ejercicio de funciones administrativas (CSJN, “Carlos Alberto Galanti c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 22/12/87, Fallos 310:2824).

## IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

## §1. Comunidades Europeas

1. En las Comunidades Europeas puede recordarse el leading case Francovich del TJCE, de 1991<sup>179</sup>.

Sin embargo, muchos años antes, el Tribunal de Justicia había adelantado este principio, en particular en el asunto Humblet, en el cual consideró que una de las consecuencias del incumplimiento del derecho regional por un Estado miembro es, además de «revocar el acto de que se trata», «reparar los efectos ilícitos que éste haya producido»<sup>180</sup>. Posteriormente, en el marco de un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión contra Italia, ante la excepción previa del Gobierno demandado acerca de la pérdida de objeto del recurso – visto que Italia cumplió sus obligaciones antes de la sentencia –, el Tribunal de Justicia destacó «que, ..., una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en virtud de artículos 169 y 171 del Tratado puede revestir interés material, con el objeto de establecer las bases de la responsabilidad en que, como consecuencia de su incumplimiento, pudo haber incurrido un Estado miembro en relación a otros Estados miembros,

---

<sup>151</sup> Ver ALONSO GARCÍA, Ricardo, “La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario”, ed. Fundación Universidad Empresa – Civitas, Madrid, 1997. Para ampliar puede verse, entre muchos, COBREROS MENDAZONA, Eduardo, “Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado”, ed. Civitas, Madrid, 1995 (Cuadernos Civitas); CHALTIEL, Florence, “Nouvelles précisions sur la responsabilité de l'état en droit communautaire: à propos de l'arrêt préjudiciel TDM du 13 juin 2006”, en *Revue du marché commun et de l'union européenne* N° 502, 2006, págs. 609-612; DANTONEL-COR, Nadine, “La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire”, en *Revue trimestrielle de droit européen* N° 3, vol. 3, 1995, Paris, págs. 471-508; DAVIS, Roy W., “Liability in damages for a breach of Community law: some reflections on the question of who to sue and the concept of ‘the state’ ”, en *European law review* N° 31, vol. 1, 2006, Andover, págs. 69-80; FERNÁNDEZ MARTÍN, José M., “El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho Comunitario: evolución jurisprudencial reciente”, en *Revista de Instituciones Europeas* N° 23, vol. 2, 1996, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 505-538; GÓRKA, Maciej, “The principle of State liability in damages for breaches of Community law”, en *Comparative law review* N° 8, 1998, Toruń, págs. 129-139; SIMON, Denys, “La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire: la jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas”, en *L'actualité juridique* N° 52, vols. 7/8, 1996, Paris, págs. 489-499; VANDERSANDEN, Georges-MARIANNE, Dony, “La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire: études de droit communautaire et de droit national compare”, ed. Bruylant, Bruselas, 1997; WATHELET, Melchior-VAN RAEPENBUSCH, Sean, “La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire: vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse?”, en *Cahiers de droit européen* N° 33, vols. 1/2, 1997, Bruselas, págs. 13-65.

<sup>179</sup> Para un comentario en Argentina, ver, BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso ‘Francovich’. Una experiencia para el Mercosur”, LL (La Ley, Buenos Aires) 1993-D, 1064.

<sup>180</sup> «que, en efecto, si el Tribunal de Justicia declara en una sentencia que un acto legislativo o administrativo que emana de las autoridades de un Estado miembro es contrario al Derecho comunitario, dicho Estado está obligado, en virtud del artículo 86 del Tratado CECA, tanto a revocar el acto de que se trata como a reparar los efectos ilícitos que éste haya producido; que esta obligación se deriva del Tratado y Protocolo [sobre Privilegios y las Inmunidades de la CECA], que, tras su ratificación, tiene fuerza de Ley en los Estados miembros y prevalecen sobre el Derecho interno»: TJCE, sentencia de 16 diciembre de 1960, Humblet, asunto 6/60, EEE (Edición Especial Española) 1954-1960 pág. 409, considerando 1.2, párrafo 10º.

<sup>181</sup> TJCE, sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, asunto 39/72, Rec. 1973 pág. 1181, considerando 11. La negrita fue agregada.

<sup>182</sup> TJCE, sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, asunto 60/75, Rec. 1976 pág. 45, considerando 9, y de 19 de enero de 1982, Becker, asunto 8/81, Rec. 1982 pág. 53, considerando 47.

<sup>183</sup> De 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas) N° L 283, 28/10/80 pág. 23.

<sup>184</sup> TJCE, sentencia de 2 de febrero de 1989, Comisión/Italia, asunto 22/87, Rec. 1989 pág. 143.

la Comunidad o los particulares»<sup>181</sup>. Un anticipo también puede ser encontrado en las sentencias Russo y Becker<sup>182</sup>.

2. El famoso asunto Francovich llegó a conocimiento del Tribunal de Justicia partir de sendas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales italianos (Pretura de Vicenza y Pretura de Bassano del Grappa), en el marco de procesos seguidos contra el Estado italiano ante la justicia nacional, por trabajadoras de empresas en estado de insolvencia, que se agraviaban alegando los daños sufridos por la falta de transposición al derecho interno de la Directiva 80/987/CEE del Consejo<sup>183</sup>, la cual tenía por fin garantizar a los trabajadores, en caso de quiebra de su empresa, el cobro de un mínimo de salarios devengados y no percibidos. Previamente, el Tribunal de Justicia había condenado a Italia por la falta de incorporación de dicha norma, a partir de un proceso iniciado por la Comisión<sup>184</sup>.

Consultado por los citados tribunales italianos, acerca de la existencia – o no – de un principio del derecho regional que obligue al Estado miembro a hacer frente patrimonialmente a los daños sufridos por los particulares que sean consecuencia directa del incumplimiento del Derecho comunitario por dicho Estado, el Tribunal de la Comunidad respondió:

– «Hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

– «La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario»<sup>152</sup>.

– «De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado»<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5357, considerandos 33 y 34.

<sup>153</sup> TJCE, sentencia Francovich y otros, considerando 35. Así también, sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (Factortame III), asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. I-1029, considerandos considerando 31 y ss.; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, asunto C-392/93, Rec. I-1631, considerando 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, asunto C-5/94, Rec. I-2553, considerando 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. I-4845, considerando 20; de 17 de octubre de 1996, Denkavit, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, Rec. I-5063, considerando 47; de 10 de julio de 1997, Palmisani, asunto C-261/95, Rec. I-4025, considerando 24; de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, asunto C-54/96, Rec. I-4961, considerando 46; de 2 de abril de 1998, Norbrook, asunto C-127/95, Rec. I-1531, considerando 106; de 24 de septiembre de 1998, Brinkmann, asunto C-319/96, Rec. I-5255, considerando 24, Walter Tögel, asunto C-76/97, Rec. I-5357, considerando 27, y EvoBus Austria, asunto C-111/97, Rec. I-5411, considerando 21; de 15 de junio de 1999, Rechberger, asunto C-140/97, Rec. I-3499, considerando 21; de 4 de julio de 2000, Haim, asunto C-424/97, Rec. I-5123, considerando 26; de 18 de enero de 2001, Lindöpark, asunto C-150/99, Rec. I-493, considerando 36; de 28 de junio de 2001, Larsy, asunto C-118/00, Rec. I-5063, considerando 34; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, asunto C-224/01, Rec. I-10239, considerando 30; de 4 de diciembre de 2003, Sidney Evans, asunto C-63/01, Rec. I-4447, considerando 82; de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterráneo, asunto C-173/03, Rec. I-5177, considerando 30; de 4 de julio de 2006, Adeneler, asunto C-212/04, Rec. I-6057, considerando 112; de 12 de septiembre de 2006, Eman and Sevinger, asunto C-300/04, Rec. I-8055, considerando 69; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, asunto C-446/04, Rec. I-11753, considerando 209; de 25 de enero de 2007, Robins and others, asunto C-278/05, Rec. I-1053, considerando 69, y de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, asunto C-470/03, Rec. I-2749, considerando 78, y auto del Tribunal de Justicia del 23 de abril de 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, asunto C-201/05, Rec. I-00000 (pendiente de publicación), considerando 118.

– «La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario<sup>154</sup>. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario...

– «De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables»<sup>155</sup>.

En la citada sentencia, el Tribunal de Justicia se refirió también a los requisitos, de cuyo cumplimiento nace la obligación de indemnización. A saber:

– «El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

– «Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario»<sup>156</sup>.

3. Posteriormente, el TJCE fue especificando con mayor detalle el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por violación del derecho regional.

Uno de los principales cambios se ha referido al segundo de los requisitos, el cual fue sustituido por la exigencia de que la infracción se trate de una «violación suficientemente caracterizada»<sup>157</sup>.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha entendido que una infracción es de tal entidad cuando se trata «de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación»<sup>158</sup>.

La dificultad para desentrañar el alcance del concepto de violación suficientemente caracterizada, ha llevado al Tribunal de Justicia a extenderse en su definición y ejemplificación. Así ha tenido oportunidad de establecer:

– «entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de

---

<sup>154</sup> En el MERCOSUR, artículo 38 del POP, citado.

<sup>155</sup> TJCE, sentencia Francovich y otros, considerandos 36 a 37.

<sup>156</sup> TJCE, Francovich, cit. considerandos 40 y 41. Ver también, TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret, asunto C334/92, Rec. I-6911, considerandos 22 y 23.

<sup>157</sup> TJCE, sentencias Brasserie du Pêcheur y Factortame, cit., considerando 51; British Telecommunications, cit., considerando 39; Hedley Lomas, cit., considerando 25; Dillenkofer, cit., considerando 21; Denkavit, cit., considerando 48; Palmisani, cit., considerando 25; Norbrook, cit., considerando 107; Brinkmann, cit., considerando 25; Rechberger, cit., considerando 21; Haim, cit., considerando 36; Lindöpark, cit., considerando 37; Larsy, cit., considerando 36; Köbler, cit., considerando 30; Sidney Evans, cit., considerando 83; Traghetti del Mediterráneo, cit., considerando 45; Eman and Sevinger, cit., considerando 69; Test Claimants in the FII Group Litigation, cit., considerando 209, y Robins and others, cit., considerando 69, y AGM-COS.MET, cit., considerando 78; auto, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, considerando 118, y sentencia de 16 de octubre de 2008, Synthon BV, asunto C-452/06, Rec. I00000 (pendiente de publicación), considerando 35.

<sup>158</sup> TJCE, sentencias Brasserie du Pêcheur y Factortame, cit., considerando 55; British Telecommunications, cit., considerando 42; Dillenkofer, cit., considerandos 25 y 26; Denkavit, cit., considerando 50; Norbrook, cit., considerando 109; Rechberger, cit., considerando 50; Haim, cit., considerando 38; Lindöpark, cit., considerando 39; Larsy, cit., considerando 38; Köbler, cit., considerandos 59, 124 y 126; Traghetti del Mediterráneo, cit., considerando 42; Test Claimants in the FII Group Litigation, cit., considerando 212; Robins and others, cit., considerandos 70 y 75, y AGM-COS.MET, cit., considerando 80; auto, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, considerando 121, y sentencia Synthon BV, cit., considerando 37.

apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario»<sup>159</sup>.

– «debe considerarse que, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada»<sup>160</sup>.

– de lo anterior resulta que «el margen de apreciación del Estado miembro constituye un criterio importante para determinar la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario», y tal «margen de apreciación depende en gran medida del grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada»<sup>161</sup>.

– «En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido»<sup>162</sup>.

– no obstante, «la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante<sup>163</sup>, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito»; «[p]or tanto, admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario»; y «[a]demás, supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros,

---

<sup>159</sup> TJCE, sentencias *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., considerando 56; *British Telecommunications*, cit., considerando 42; *Denkavit*, cit., considerando 50; *Rechberger*, cit., considerando 50; sentencia *Haim*, cit., considerando 43; *Lindöpark*, cit., considerando 39; *Larsy*, cit., considerando 39; *Köbler*, cit., considerando 55; *Sidney Evans*, cit., considerando 86; *Traghetti del Mediterraneo*, cit., considerando 43; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit., considerandos 213 y 217, y *Robins and others*, cit., considerandos 70, 73 y 77; auto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, considerando 122, y sentencia *Synthon BV*, cit., considerando 37.

<sup>160</sup> TJCE, sentencias *Hedley Lomas*, cit., considerando 28; *Dillenkofer*, cit., considerando 25; *Norbrook*, cit., considerando 109; v, cit., considerando 36; *Lindöpark*, cit., considerando 40; *Larsy*, cit., considerando 38; *Robins and others*, cit., considerando 71, y *AGMCOS.MET*, cit., considerando 81; auto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, considerando 121, y sentencia *Synthon BV*, cit., considerando 38.

<sup>161</sup> TJCE, sentencias *Robins and others*, cit., considerandos 72 y 73, y *Synthon BV*, cit., considerando 39.

<sup>162</sup> TJCE, sentencias *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., considerando 57, ver también considerandos 59 y 62 a 64. La negrita fue agregada. Así también, sentencias *Larsy*, cit., considerando 44; *Köbler*, cit., considerando 56, y *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit., considerando 214, y auto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, considerando 123.

<sup>163</sup> Para la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo 169 del Tratado, en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento»<sup>164</sup>.

– «no [se] puede supeditar la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable la infracción que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario»<sup>165</sup>.

4. Para el Tribunal de Justicia, «corresponderá al órgano jurisdiccional nacional garantizar, con arreglo al Derecho nacional sobre la responsabilidad», el derecho del particular – que ha sufrido un daño producto de un acto del Estado que viola el derecho regional – a obtener la reparación patrimonial correspondiente de las autoridades nacionales<sup>166</sup>.

Los tres requisitos que habilitan la responsabilidad del Estado – a saber, que la norma infringida tenga por objeto otorgar derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción (incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado) y el daño sufrido por los particulares – «se exigen tanto cuando los daños cuya reparación se solicita se derivan de una inactividad del Estado miembro, por ejemplo, en el caso de que éste no haya adaptado el Derecho interno a una Directiva comunitaria, como cuando resultan de la adopción de un acto legislativo o administrativo contrario al Derecho comunitario, con independencia de que haya sido adoptado por el propio Estado miembro o por un organismo de Derecho público jurídicamente independiente del Estado»<sup>167</sup>.

## §2. Comunidad Andina

1. El principio de responsabilidad del Estado por los daños causados por la violación del Derecho comunitario, bien sea por acción como por omisión, no constituye un patrimonio exclusivo de las Comunidades Europeas.

En la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia también debió analizar la vigencia de este principio en el marco del derecho regional.

2. En su redacción original, el “Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”<sup>168</sup> (hoy “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” – TCTJCA –<sup>169</sup>) no contenía una cláusula expresa sobre el principio en examen, disponiendo únicamente su ex artículo 27 (hoy artículo 31) que – se cita en la nueva redacción, artículo 31 – “[l]as personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países

---

<sup>164</sup> TJCE, sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, cit., considerandos 93 a 95, ver también considerando 96; en igual sentido, sentencia *Dillenkofer*, cit., considerando 28.

<sup>165</sup> TJCE, sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, cit., considerando 80, ver también considerandos 76 a 79; así también sentencias *Dillenkofer*, cit., considerando 28; *Haim*, cit., considerando 39, y *Traghetti del Mediterráneo*, cit., considerandos 42 y 46.

<sup>166</sup> TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, Rec. I-3325, considerando 29.

<sup>167</sup> TJCE, sentencia *Haim*, cit., considerando 37.

<sup>168</sup> Firmado en Cartagena, el 28 de mayo de 1979, en vigor desde el 19 de mayo de 1983 (artículo 37).

<sup>169</sup> Tras la firma del Protocolo Modificado del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, o Protocolo de Cochabamba, del 28 de mayo de 1996, en vigor desde el 25 de agosto de 1999; codificado por la Decisión N° 472 de la Comisión, 16/09/99, GOAC N° 483, 17/09/99.

Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado<sup>[170]</sup>, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”<sup>171</sup>.

3. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sentó el principio de la responsabilidad del Estado a partir del precedente marca: Louis Vuitton, cuyo trámite llegó a conocimiento de la alta jurisdicción a partir de la interpretación prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Colombia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera).

En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia destacó que «[e]n la acción por incumplimiento contemplada en el artículo 27 del Tratado, la responsabilidad del Estado se circunscribe exclusivamente al ámbito nacional, y puede generar reparación del derecho individual que se comprobare violado, a la luz del artículo 27 citado y del artículo 80 del Estatuto del Tribunal»<sup>172</sup>. Para el Tribunal de Justicia, «[l]a situación de incumplimiento puede producirse por la actuación u omisión de los Poderes del Estado, por conducto de sus órganos, en desarrollo de sus obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico comunitario y puede generar responsabilidad directa frente a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados»<sup>173</sup>.

El Tribunal de Justicia basó argumentalmente dicho principio en lo siguiente:

– «Así como en el orden interno la responsabilidad del Estado se deriva de su régimen constitucional, en el orden comunitario dicha responsabilidad se sustenta además en el compromiso que adquiere cada Estado en virtud del artículo 5 [hoy artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal. La obligación de cumplimiento se debe tanto a los Estados partes como a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados, puesto que el ordenamiento jurídico comunitario se incorpora también al derecho interno.

– «Desde este punto de vista, del artículo 5 del Tratado, se desprende la responsabilidad estatal frente al individuo por actos de la administración que deriven en incumplimiento de la norma comunitaria»<sup>174</sup>.

En cuanto a los recaudos, mantuvo:

– que «no basta la falta de la administración, sino que para el caso individual se requiere probar el daño ocasionado contra el sujeto de derecho o contra el bien jurídico protegido, pues el artículo 27 exige para la legitimación activa de esta acción, la condición de resultar afectados los derechos del administrado.

– «No se puede predicar omisión generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente requiere de solicitud de parte para actuar en ejercicio de sus funciones, y en todo caso mientras ellas no se hayan completado en tiempo razonable. No le es dable al Juez comunitario medir estas circunstancias sino que corresponde al Juez nacional establecer, dentro de la normativa

---

<sup>170</sup> TCTJCA, artículo 4 [antes artículo 5] “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

<sup>171</sup> En forma concordante, el artículo 80 del anterior Estatuto del TJCA (aprobado por Decisión N° 184 de la Comisión, 19/08/83, GOAC N° 2, 07/09/83; sustituido por la Decisión 500, ver infra) disponía que “[l]as personas naturales o jurídicas cuyos derechos resultaren afectados por el incumplimiento en que incurriere un País Miembro, tendrán derecho a acudir ante los tribunales competentes de éste, conforme a su derecho interno, en demanda de que se cumplan las disposiciones del Artículo 5 del Tratado” (la negrita no es del original).

<sup>172</sup> TJCA, sentencia de 25 de marzo de 1994, marca: Louis Vuitton, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150, 25/03/94, conclusión 4, ver también “Naturaleza específica de la Acción por Incumplimiento consagrada en el artículo 27”, párrafo 2°.

<sup>173</sup> TJCA, sentencia marca: Louis Vuitton, conclusión 2.

<sup>174</sup> TJCA, sentencia marca: Louis Vuitton, “La Responsabilidad del Estado”, párrafos 1° y 2°.

interna, si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo.

– «Además será necesario que la actuación de la administración, o la ausencia de ella, sea causa eficiente del daño ocasionado. Así lo determina el mismo artículo 27 al exigir que la afectación del derecho sea consecuencia del incumplimiento alegado»<sup>175</sup>.

4. Con posterioridad, la reforma del Tratado originario del Tribunal de Justicia por el Protocolo de Cochabamba (citado) incorporó la obligación reparatoria de los Países miembros a texto expreso en el ordenamiento jurídico andino. En este sentido, el artículo 30 del TCTJCA dispone que “[l]a sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25<sup>[176]</sup>, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”<sup>177</sup>.

Bien es cierto que el principio así plasmado tiene aplicación en tanto el particular afectado demande al País miembro ante el propio Tribunal de Justicia y obtenga de esa forma una sentencia condenatoria, que luego podrá hacer valer como título ejecutivo ante la justicia interna del Estado respectivo. Sin embargo, ello no significa que la reparación patrimonial estatal por violación del Derecho comunitario andino sólo pueda lograrse en la justicia interna si previamente el particular hace uso del mecanismo del artículo 25 del TCTJCA (demanda contra el País miembro incoada ante el Tribunal de Justicia). En efecto, la acción prevista en el artículo 25 es autónoma y diferente – pero alternativa – de la regulada en el artículo 31, tal como surge del hecho de que ambas vías procesales se hallan presentes en el Tratado y, en especial, del párrafo final del citado artículo 25. Más aún, la circunstancia de que el párrafo segundo del artículo 25 establezca el carácter alternativo de ambas acciones de incumplimiento – la del propio artículo 25 en relación a la del artículo 31 – significa que por ambas vías puede lograrse el reconocimiento de la señalada responsabilidad estatal. Ello en un todo coherente con el precedente Louis Vuitton.

5. Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha comenzado a incluir en sus sentencias sobre incumplimiento, algunos párrafos sobre la obligación del País miembro de reparar los daños derivados de su conducta contraria al derecho regional.

Así en el proceso 43-AI-2000<sup>178</sup>, luego de declarar parcialmente a lugar la acción de incumplimiento contra Ecuador – por infringir varias Resoluciones de la Junta y de la Secretaría General (SG), así como el artículo 4 del TCTJCA –, concluyó que «[l]a República del Ecuador deberá, a los efectos de restablecer el ordenamiento jurídico infringido, adoptar las medidas que fueren necesarias para reparar las situaciones jurídicas que hubiesen resultado afectadas por el incumplimiento»<sup>179</sup>.

6. A su vez, más enfático ha sido a partir del proceso 118-AI-2003, en el cual, tras declarar a lugar la demanda contra el País miembro accionado, declaró que «[l]a República de Colombia, de

<sup>175</sup> TJCA, sentencia marca: Louis Vuitton, “La Responsabilidad del Estado”, párrafos 3º a 5º.

<sup>176</sup> TCTJCA, artículo 25 “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.

<sup>177</sup> Así también, artículo 110 del Estatuto del TJCA, aprobado por Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 24/06/01, GOAC Nº 680, 28/06/01.

<sup>178</sup> AI: acción de incumplimiento.

<sup>179</sup> TJCA, sentencia de 10 de marzo de 2004, Secretaría General/Ecuador, GOAC Nº 1079, 07/06/04, conclusión 2; en igual sentido, entre muchas, sentencias de 17 de noviembre de 2004, Secretaría General/Perú, proceso 119-AI-2003, GOAC Nº 1161, 27/01/05, conclusión 2, y de 24 de noviembre de 2005, Secretaría General/Perú, proceso 121-AI-2003, GOAC Nº 1163, 01/02/06, conclusión 2.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio, sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder»<sup>180</sup>.

En el proceso 136-AI-2004, al condenar a Ecuador, agregó que dicho País miembro «deberá adoptar las medidas necesarias para dejar sin validez y sin efecto las disposiciones internas calificadas en la Resolución 802 de la [SG] como restricción al comercio, en los términos fijados en esta sentencia, sin perjuicio del derecho de los afectados a reclamar, por ante los Tribunales Nacionales, la reparación de los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiese causado a sus derechos»<sup>181</sup>.

7. Por otro lado, lo cual puede resultar útil en el caso del MERCOSUR, el Tribunal de Justicia en los supuestos de levantamiento de las sanciones aplicadas a los Países miembros por incumplimiento de sus sentencias, ha mantenido latente la posibilidad de que los particulares acudan a la justicia interna a solicitar la reparación de los daños causados.

Así, en su decisión sobre el sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 119AI-2003<sup>182</sup>, al «[d]ar por terminado el procedimiento de desacato en curso»<sup>183</sup>, lo hizo «sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder»; para así decidir, tuvo en cuenta «[q]ue, si el desacato de la sentencia, por un período de tiempo determinado, ha derivado en daños y perjuicios a los particulares, el hecho de la cesación del desacato no impide a los afectados reclamar su reparación ante los Tribunales Nacionales»<sup>184</sup>.

8. Con motivo de la denuncia del Acuerdo de Cartagena (AC) por parte de Venezuela<sup>185</sup>, el Tribunal de Justicia, aplicando el artículo 135 del AC<sup>186</sup>, decidió inhibirse de continuar en el tratamiento de las acciones por incumplimiento planteadas por la SG contra dicho país. En su auto del 13 de julio de 2006<sup>187</sup>, emitido en el sumario por incumplimiento de la sentencia del proceso

---

<sup>180</sup> TJCA, sentencia de 14 de abril de 2005, Secretaría General/Colombia, GOAC N° 1206, 13/06/05, conclusión 2; así también, sentencias de 15 de junio de 2005, Secretaría General/Venezuela, proceso 125-AI-2004, GOAC N° 1244, 02/09/05, conclusión 2, y de 6 de julio de 2005, Secretaría General/Bolivia, proceso 131-AI-2004, GOAC N° 1247, 30/09/05, conclusión 2.

<sup>181</sup> TJCA, sentencia de 28 de septiembre de 2005, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 1265, 22/11/05, conclusión 2.

<sup>182</sup> TJCA, sentencia de 17 de noviembre de 2004, Secretaría General/Perú, GOAC N° 1161, 27/01/05. El sumario por incumplimiento fue iniciado por auto del Tribunal de Justicia del 6 de julio de 2005.

<sup>183</sup> Ya que había venció el plazo de vigencia de la norma nacional infractora del Derecho comunitario.

<sup>184</sup> TJCA, auto del 2 de febrero de 2006, Secretaría General/Perú, proceso 119-AI-2003, GOAC N° 1318, 04/04/06, decisión y considerandos párrafo 7° (la negrita no es del original). En igual dirección, TJCA, auto del 19 de septiembre de 2006, Secretaría General/Ecuador, proceso 117-AI-2003, GOAC N° 1406, 29/09/06, decisión 2 y considerandos párrafo 6° (sumario por incumplimiento de la sentencia de 5 de noviembre de 2004, Secretaría General/Ecuador, proceso 117-AI-2003, GOAC N° 1156, 10/01/05).

<sup>185</sup> Lo cual tuvo lugar por comunicación cursada por dicho Estado, a la Comisión, el 22 de abril de 2006.

<sup>186</sup> AC (codificado por la Decisión N° 563 de la Comisión, 25/06/03, GOAC N° 940, 01/07/03), artículo 135 "El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado".

<sup>187</sup> GOAC N° 1380, 09/08/06. En este sumario por incumplimiento, el Tribunal de Justicia había aplicado a Venezuela una sanción por el incumplimiento de la sentencia del proceso 25-AI-99 (ver infra) citada, consistente en un gravamen del 5 %, a ser aplicado por los demás Países miembros, sobre los 5 principales productos exportados por Venezuela (cf. TJCA, auto del 8 de junio de 2001, sin publicar).

25AI-99<sup>188</sup>, el Tribunal de Justicia – no obstante inhibirse para continuar conociendo en el procedimiento sumario y, en consecuencia, archivar el proceso, dado que a partir de la denuncia del AC el Tribunal de Justicia carece de competencia en relación al país denunciante<sup>189</sup> – declaró que, si bien uno de los efectos de su decisión «consiste en que la sentencia de incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular que promovió la acción de incumplimiento pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios» y que aquel efecto – en las circunstancias del sub iudice – «ya no tendrá sustento si el objeto principal, así como la naturaleza de la Acción de Incumplimiento no se realizan en el mundo jurídico comunitario» (dado la denuncia del AC), «[s]in embargo, el principio de tutela judicial efectiva prevé, para quien ha recibido daño por incumplimiento de la normativa comunitaria, el derecho de acudir ante los Tribunales competentes para solicitar el resguardo de sus derechos»<sup>190</sup>.

9. En el sumario por incumplimiento de la sentencia proferida en el proceso 1-AI-2006<sup>191</sup>, al encontrar que Ecuador no había dado cabal cumplimiento a su decisión, y por lo tanto estando dicho país en desacato del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, tras determinar la sanción aplicable<sup>192</sup>, dejó «a salvo el derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en la sentencia de 11 de octubre de 2006 [proceso 1-AI-2006], para que puedan perseguir en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder»<sup>193</sup>.

10. Finalmente, en su sentencia de 24 de octubre de 2007, Secretaría General/Ecuador, el TJCA reconoció que el incumplimiento planteado por la SG – consistente en el diferimiento del 0 % del arancel externo común para algunos productos – había efectivamente ocurrido, y que si bien Ecuador había solucionado posteriormente su incumplimiento al derogar la norma infractora – luego de la interposición de la demanda pero antes de la sentencia – y que en consecuencia cabía así declararlo, ello debía ser reconocido, «[s]in perjuicio de la responsabilidad por los daños que hubieren sido causados, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal que sienta el principio y establece expresamente la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción del Derecho Comunitario a favor de las partes que han promovido la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, ante la [SG] y en la etapa judicial ante el Tribunal Comunitario. Por lo que, al haberse dado un incumplimiento temporal por parte de la República del Ecuador, durante ese lapso los particulares pudieron verse afectados en su patrimonio en razón de tal incumplimiento, lo que amerita un fallo de fondo y no uno por sustracción de materia»<sup>194</sup> tal como lo pretendía el País miembro demandado.

## X. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACIÓN DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

---

<sup>188</sup> TJCA, sentencia de 1 de marzo de 2000, Secretaría General/Venezuela, GOAC N° 553, 07/04/00.

<sup>189</sup> TJCA, auto del 13 de julio de 2006, proceso 25-AI-99, cit., decisión y considerandos párrafo 20°.

<sup>190</sup> TJCA, auto del 13 de julio de 2006, proceso 25-AI-99, cit., considerandos párrafos 14°, 18° y 19°.

<sup>191</sup> TJCA, sentencia de 11 de octubre de 2006, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 1436, 01/12/06.

<sup>192</sup> A saber, que los demás «Países Miembros... podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento benefician a la República de Ecuador, autorizando a las Repúblicas de Bolivia, Colombia y Perú a aplicar un gravamen arancelario obligatorio que no supere el nivel del arancel externo común o, en el caso de los productos que no se encuentren dentro del AEC, el arancel nacional que se aplique a un tercer país, a importaciones originarias de la República del Ecuador de hasta cinco productos cuyo comercio total no exceda, para cada uno de los referidos Países Miembros, del valor de US\$ 69.000 (Sesenta y nueve mil Dólares) anuales» (TJCA, auto del 24 de octubre de 2007, GOAC N° 1568, 12/12/07, decisión 1).

<sup>193</sup> TJCA, auto del 24 de octubre de 2007, proceso 1-AI-2006, cit., decisión 4.

<sup>194</sup> TJCA, proceso 143-AI-2005, GOAC N° 1566, 29/11/07, considerando 7, párrafo 6°, y decisión 4.

1. En el derecho argentino, la Corte Suprema, abandonando una jurisprudencia anterior<sup>195</sup>, ha reivindicado como factor de trascendencia institucional su función de evitar que el Estado nacional, a través de actos u omisiones provenientes de los órganos públicos, pueda incurrir en responsabilidad internacional a causa de la violación de un tratado.
2. Así, en el precedente *Ekmekdjian II*<sup>196</sup>, el alto tribunal afirmó que «la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente»<sup>197</sup>.
3. Bien es cierto que dicha afirmación fue realizada por la Corte Suprema en el marco de un expediente vinculado a la aplicación de normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos – Pacto de San José de Costa Rica –<sup>198</sup>, sin embargo no lo es menos que dicho tribunal no ha dudado en aplicar el mismo entendimiento en causas relativas a tratados de integración, como ocurrió en los precedentes *Fibraca* (resuelto antes de la reforma constitucional de 1994)<sup>199</sup>, *Cafés La Virginia*<sup>200</sup> *Dotti*<sup>201</sup> y *Mercedes Benz*<sup>202</sup>, y, en disidencia, en *Azucarera Los Balcanes* – específicamente vinculado a normas del MERCOSUR –<sup>203</sup>, entre otros<sup>204</sup>.

---

<sup>195</sup> En la causa “S. A. Martin & Cía. Ltda. c/Nación Argentina” (06/11/63, Fallos 257:99, considerando 9º), la Corte Suprema desestimó como uno de los fundamentos para mantener la prioridad de rango de los tratados sobre las leyes posteriores, el hecho de que la igualdad de jerarquía entre ambos – y la consiguiente aplicación del adagio de la *lex posteriori derogat priori* – pudiera ocasionar la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de un tratado, puesto que ella «es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esta Corte». Así también, sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo, sala 2ª, “Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal c/Consortio de propietarios Pueyrredón 2386 y otros”, 13/03/68 (ED 25, 81 [El Derecho, 1969]), considerandos párrafo 4º del voto del juez Pettoruti al que adhiere el juez Goyena).

<sup>196</sup> Recuérdese que el caso *Ekmekdjian I* se trató de la sentencia de la CSJN “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Neudstadt, Bernardo y otros*”, 01/12/88, Fallos 311:2497.

<sup>197</sup> CSJN, “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*”, 07/07/92, Fallos 315:1492, considerando 19, párrafos 1º y 2º, del voto de la mayoría. La negrita fue agregada.

<sup>198</sup> Así también, CSJN, “*María Romilda Servini de Cubría*”, 08/09/92, Fallos 315:1943, considerandos 22, párrafo 2º, del voto concurrente del juez Boggiano y 17, párrafo 2º, del voto en disidencia del juez Barra; “*Claudia Beatriz Acosta y otros*”, 22/12/98, Fallos 321:3555, considerando 15 del voto concurrente de los jueces Boggiano y Bossert; “*Villegas, Ángel Ariel y otros s/ infracción ley 23.737 causa n° 9160*”, 05/03/97, Fallos 320:277, considerando 11, párrafo 2º, del voto en disidencia de los jueces Nazareno, Moline O’ Connor, López y Vázquez; “*Ralph, Nelson Eliseo s/extradición en causa ‘Jefe de Operaciones Dpto. Interpol s/captura’*”, 19/10/00, Fallos 323:3055, considerando 3º; “*Monzón, Daniela Anahí s/art. 10 ley 10.067*”, 09/11/00, Fallos 323:3637, considerando 9º del voto en disidencia de los jueces Boggiano y Vázquez, y “*Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/oficialización listas de candidatos*”, 27/09/01, Fallos 324:3143, considerando 10 del voto concurrente del juez Boggiano, entre muchas.

<sup>199</sup> CSJN, “*Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, 07/07/93, Fallos 316:1669, considerando 3º, párrafo 2º.

<sup>200</sup> CSJN, “*Cafés La Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición)*”, 13/10/94, Fallos 317:1282, considerando 27 del voto concurrente del juez Boggiano.

<sup>201</sup> CSJ, “*Dotti, Miguel A. y otro s/contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)*”, 07/05/98, Fallos 321:1226, considerando 9º del voto de la mayoría.

<sup>202</sup> CSJN, “*Mercedes Benz Argentina S.A.C.I.F.M.-T.F.N. 8010-A c/Administración Nacional de Aduanas*”, 21/12/99, Fallos 322:3193, considerando 8º del voto de la mayoría.

<sup>203</sup> CSJN, “*Compañía Azucarera Los Balcanes S.A. c/Poder Ejecutivo de la Nación*”, 18/12/01, Fallos 324:4414, considerando 3º del voto en disidencia del juez Boggiano.

4. Con lo dicho, la Corte Suprema – además de reconocer la prevalencia del derecho internacional convencional sobre el ordenamiento interno de rango legal – garantiza su intervención en todo expediente susceptible de generar la responsabilidad del Estado, dado que la invocación de una tal responsabilidad, al ser considerada – en principio – como «cuestión federal trascendente»<sup>205</sup>, da por observado uno de los requisitos necesarios para la apertura del recurso extraordinario.

Posteriormente la CSJN amplió su doctrina, al considerar que la posibilidad de que el Estado pueda quedar incurso en responsabilidad internacional constituye un supuesto de «gravedad institucional»<sup>206</sup>.

Dentro de esta construcción, toda acción u omisión capaz de ser enmarcada dentro del concepto de “caso judicial” y, a la vez, pasible de comprometer internacionalmente al país habilitaría la instancia de excepción ante el superior tribunal nacional<sup>240</sup>.

5. Según el máximo tribunal, la responsabilidad internacional del Estado – en especial a partir de la reforma constitucional de 1994 – puede provenir también del incumplimiento de otras fuentes del derecho internacional, en tanto y en cuanto impongan una obligación de hacer o no hacer, como pueden ser los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>241</sup> y las obligaciones resultantes del pago de la deuda externa<sup>242</sup>.

6. Además de los precedentes antes mencionados vinculados a temas atinentes al proceso de integración, puede también recordarse el fallo Provincia de Entre Ríos c/Estado Nacional, llegado a conocimiento de la CSJN a partir de la acción de amparo intentada por el estado local, por la vía originaria, tendiente a lograr la nulidad de varias resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación, las cuales permitían la exportación e importación de energía eléctrica a través de empresas interconectadas de los Estados Partes del MERCOSUR, en este caso interconexiones entre Argentina y Uruguay y Argentina y Brasil. La Corte Suprema rechazó la idoneidad de la vía procesal intentada, entre otras razones en virtud de que la complejidad de la cuestión debatida – a saber, la fijación de la tarifa en el mercado eléctrico – exigía un mayor debate, esfuerzo y profundidad en el análisis, lo que devenía imposible en el marco del proceso excepcional y expedido del amparo. Adicionalmente, y tras recordar los argumentos del Procurado General en el sentido de que «se ha[bía]n firmado memoranda[s] de entendimiento internacionales determinados a definir normas generales que garanticen el libre comercio de energía eléctrica basadas en el principio de reciprocidad en la competencia y transparencia del mercado de acuerdo con la legislación vigente en cada país, el Tratado de Montevideo de 1980 y el Tratado de Asunción de 1991, los que se verían seriamente afectados si se accediese a la pretensión interpuesta», el tribunal concluyó que «a ello se suma la debida consideración y ponderación que cabría efectuar de los distintos tratados firmados con la República Federativa del Brasil y con la República Oriental del

---

<sup>204</sup> CSJN, “Adidas Argentina y otros c/EN – M° de Economía – resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986”, 21/05/02, Fallos 325:1038, considerandos, párrafo 2º, del voto concurrente de los jueces Boggiano y López.

<sup>205</sup> CSJN, “Fernando Méndez Valles c/Pescio S.C.A.”, 26/12/95, Fallos 318:2639, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría, al que adhiere el voto concurrente del juez Vázquez.

<sup>206</sup> CSJN, “Riopar S.R.L. c/Transportes Fluviales Argenrio S.A.”, 15/10/96, Fallos 319:2411, considerando 2º; “Monges, Analía M. c/U.B.A. – resol. 2314/95 –”, 26/12/96, Fallos 319:3148, considerando 18 del voto de la mayoría; “Hoechst A.G. c/D.G.I. s/juicio de conocimiento”, 28/04/98, Fallos 321:1031, considerando 4º del voto concurrente de los jueces Moline O’ Connor, Boggiano y López; “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación”, 27/05/99, Fallos 322:875, considerando 18, y “Nicolaides, Cristino y otro”, 02/08/00, Fallos 323:2035, considerando 3º del voto concurrente del juez Boggiano.

Uruguay en materia de exportación de energía de cuyo incumplimiento podría originarse responsabilidad internacional de la Nación»<sup>243</sup>.

## XI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DEL MERCOSUR

### 3.1. La base normativa

1. El ordenamiento jurídico mercosureño constituyen un conjunto normativo propio y autónomo, que rige las relaciones recíprocas entre los Estados Partes y los órganos regionales y entre las personas físicas o jurídicas y los Estados Partes, los citados órganos y otros particulares.

En este sentido, es oportuno recordar que el TAHM, al desestimar la exceptio non adimpleti contractus alegada por Uruguay – sobre la base del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 –, sostuvo que «no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes», agregando a continuación que «lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito [con cita de Pérez Otermín], ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia» [hoy PO]<sup>207</sup>.

2. La afirmación del Derecho del MERCOSUR como un ordenamiento jurídico “propio”<sup>208</sup> viene confirmada por las disposiciones del Tratado de Asunción y sus protocolos modificatorios y complementarios.

El artículo 22 del Tratado reconoce en forma expresa que en el supuesto de denuncia del Tratado los “derechos y obligaciones del Estado denunciante continuarán en vigor por un período de dos (2) años a partir de la fecha de la... formalización” de la misma<sup>209</sup>.

A su vez, el artículo 9 del Tratado expresa que los órganos creados tendrán a su cargo “la administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos específicos y decisiones que se adopten en el marco jurídico que el mismo establece”. El artículo 2 del POP otorga “capacidad decisoria” al CMC, al GMC y a la CCM. Su artículo 3 establece que le corresponde al CMC “la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común” (antes, artículo 10 del TA)<sup>210</sup>, agregando el artículo 8, inciso I, entre otras de sus facultades, la de “[v]elar por el cumplimiento del

<sup>207</sup> TAHM, laudo estímulo a la industrialización de lana, asunto 1/03, cit., considerando VIII:63. La negrita fue agregada.

<sup>208</sup> En la doctrina, el calificativo de “ordenamiento jurídico propio” puede verse en ARBUET VIGNALI, Heber, “Las relaciones entre el sistema jurídico del Mercosur y los sistemas internos de sus Estados Miembros”, en Libro de Ponencias de las Jornadas Uruguayo-Santafesinas, ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1997, pág. 277; REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais”, ed. Renovar, Río de Janeiro, 2001, pág. 241. A su vez, Freeland va decididamente más lejos al resaltar que el Derecho del MERCOSUR es “un derecho propio, distinto del de cada uno de los Estado miembros y que debe coexistir con ellos. Es un derecho autónomo, dotado de sus características propias, con fuentes de producción y de conocimiento distintas de las nacionales” (FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro, “Manual de Derecho Comunitario”, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 264).

<sup>209</sup> La cursiva ha sido agregada.

<sup>210</sup> Cf. también artículo 3 del POP.

Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco”. El artículo 10 del POP califica al GMC como el “órgano ejecutivo” del proceso (antes, artículo 13 del TA) para lo cual le otorga la “facultad de iniciativa” (artículo 14, inciso II, del POP; antes artículo 13 del TA), destacándose, además, entre sus funciones, “[v]elar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco” y “[t]omar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común” (artículo 14, incisos I y III; antes, artículo 13 del TA)<sup>211</sup>.

Por su parte, los artículos 9, 15, 21, 38 y 42 del POP prescriben que las normas mercosureñas “tendrán carácter obligatorio” para los Estados Partes<sup>212</sup>.

Asimismo, el PO establece en su artículo 1 la posibilidad de recurrir al sistema de solución de controversias ante el conflicto que pueda surgir entre los Estados Partes “sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento” del derecho mercosureño, y en su artículo 39 la misma vía recursiva con motivo de los reclamos de particulares que tengan origen en “la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos” y demás normas del ordenamiento regional. Por el artículo 33 del mismo cuerpo legal los Estados Partes reconocen “como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc..., así como la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión”, en ambos casos, “para conocer y resolver las controversias” que se susciten. Los artículos 23, inciso 2, 26, 27 y 29 determinan que los laudos dictados por el TPR y por el TAHM (una vez vencido el plazo para el planteo del recurso de revisión), “son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia... y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada”; ello so pena de la aplicación de medidas compensatorias contra el Estado Parte renuente a su cumplimiento (artículos 31 y 32).

3. La relación normativa precedente demuestra que las normas del ordenamiento mercosureño no constituyen meros compromisos éticos de los Estados entre sí, sino todo lo contrario. En efecto, las disposiciones citadas demuestran claramente que el derecho nacido al amparo del TA conforma un plexo jurídico de obligatorio cumplimiento para los Estados Partes, determinando las mismas, como garantía de ello, los órganos que vigilan y, eventualmente, intervienen en caso de inobservancia de las normas. En esta última tarea, también podrán participar los particulares y, muy especialmente, los jueces nacionales ante quienes se invoquen normas del MERCOSUR, todo ello a partir del nuevo mecanismo de las Opiniones Consultivas<sup>213</sup> instituido por la normativa regional<sup>214</sup> y recientemente reglamentado por la Corte Suprema a través de su Acordada N° 13/2008<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Los resaltados fueron agregados.

<sup>212</sup> POP, artículos 9 “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”, 15 “El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”, 21 “Las Directivas [de la CCM] serán obligatorias para los Estados Partes”, 38 (citado) y 42 “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

<sup>213</sup> Conviene recordar que las “Opiniones Consultivas” constituyen el mecanismo de cooperación judicial que permite a todo juez interno de un Estado Parte, de cualquier fuero y jurisdicción territorial (federal, nacional o provincial), que se encuentre ante un caso en el cual se discuta la interpretación o aplicación de una norma del MERCOSUR, o su validez, remitir al Tribunal Permanente de Revisión una petición para que éste desentrañe el alcance y sentido de la misma; actualmente, dicha solicitud debe ser encaminada al Tribunal regional por el juez interno, por medio de la Corte Suprema, sin la intervención de la Cancillería.

Sucede regularmente en Europa, que los particulares provocan un litigio judicial en sede nacional y en su marco utilizan este procedimiento – que en el viejo continente se denomina “Cuestión Prejudicial” – solicitando al juez de la causa que consulte al TJCE acerca de si un acto del Estado es o no ajustado al derecho europeo, o si éste autoriza a los Estados la adopción de una normativa como la que se analiza en el proceso judicial interno. Así ocurrirá en el MERCOSUR, en especial teniendo en cuenta que, tal como ocurre en las Comunidades Europeas, los particulares, ante un incumplimiento de un Estado, no disponen de un acceso directo al TPR,

4. Así conformado, el derecho regional impone mandatos de actuación y de abstención para las autoridades de los Estados Partes (artículo 38, POP). El incumplimiento de dicho ordenamiento impone la posibilidad de demandar judicialmente su acatamiento.
5. Sin embargo, la garantía de cumplimiento del Derecho del MERCOSUR, y en especial la salvaguarda de los derechos que este ordenamiento confiere en especial a los particulares<sup>216</sup>, no termina con la posibilidad de demandar su observancia. En efecto, el incumplimiento del ordenamiento regional por las autoridades de un Estado Parte, si ha ocasionado daño para un particular, origina la responsabilidad patrimonial de dicho Estado frente al particular afectado.
6. Siendo el derecho de obligatorio acatamiento para los Estados Partes, su violación constituye un acto ilícito desde el punto de vista del ordenamiento mercosureño, es decir un acto reñido con la legalidad comunitaria. Si ese obrar (o abstención) contrario a derecho conlleva consecuencias dañosas para un particular que ha actuado – o pretende hacerlo – amparado en el Derecho del MERCOSUR, la consecuencia necesaria, y además coherente con el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias<sup>217</sup>, impone que el Estado Parte infractor repare patrimonialmente el daño provocado. Daño que es producto de un obrar o una abstención que, no sólo no encuentra amparo en el ordenamiento del bloque, sino que es contrario al mismo.
7. El principio de la responsabilidad del Estado, y el consiguiente deber de reparación de los daños, se vuelve inmune a cualquier clase de justificación, o eximente, en el caso en el que el incumplimiento del derecho mercosureño tenga lugar – o continúe – con posterioridad a un fallo del Tribunal del MERCOSUR que declara dicho incumplimiento. En tal supuesto, el Estado no puede invocar dudas acerca de su conducta pues el órgano supremo en materia de interpretación de la normativa regional ha reconocido el desajuste entre la misma y el ordenamiento comunitario.

---

y si fuera su propio Estado el infractor, ni siquiera tienen un acceso indirecto (a través de su Cancillería). Ver del autor, "Tribunal Permanente de Revisión...", cit., págs. 69 a 70.

<sup>214</sup> PO, artículo 3, RPO, artículos 2 y 4 y RPOC.

<sup>215</sup> Por la que se aprueban las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur", 18/06/08, BO 23/06/08, págs. 12-13. Para un comentario sobre la acordada puede verse DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reglamenta la elevación de las opiniones consultivas", revista DeCITA Nº 9, ed. CEDEP (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Asunción, Paraguay, 2008, págs. 406-411 (copia mimeográfica suministrada por la autora, con autorización para su cita); del autor, "Reglamentan mecanismo para acceder al Tribunal del Mercosur", [www.infobaeprofesional.com/notas/68351-Reglamentan-mecanismo-para-acceder-al-Tribunal-del-Mercosur.html](http://www.infobaeprofesional.com/notas/68351-Reglamentan-mecanismo-para-acceder-al-Tribunal-del-Mercosur.html), Buenos Aires, 30/06/08, link directo <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/68351-Reglamentan-mecanismo-para-acceder-al-Tribunal-del-Mercosur.html>, y "Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas...", cit., pág. 9.

<sup>216</sup> Cf. FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro–GATTINONI DE MUJÍA, María –PEROTTI, Alejandro D., "El efecto directo del Derecho MERCOSUR y el asunto Van Gend & Loos", Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, año 2, vol. 16, abril, ed. Livraria Nacional de Direito, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, 2001, págs. 15-28. Por su parte, el TAHM ha tenido oportunidad de sentenciar que «[I]a necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del MERCOSUR sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio» [laudo de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), asunto 1/00, BOM Nº 13, junio, 2000, pág. 115, considerando III.H.3, párrafo 3º. La negrita fue agregada].

<sup>217</sup> Sobre el principio de buena fe en el cumplimiento de las normas del MERCOSUR ver TAHM, laudo aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, cit., considerando 56; aclaratoria de 7 de abril de 2000, laudo Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), BOM Nº 13, junio, 2000, pág. 145, considerandos 1 y 3; laudo aplicación de medidas antidumping, asunto 1/01, cit., considerando II-E-4:147; aclaratoria de 18 de junio de 2001, Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil, BOM Nº 17, junio, 2001, pág. 257, considerando III, párrafo 2º; laudo 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 3.2.1, párrafo 2º; laudo de 19 de abril de 2002, Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR, asunto 2/02, BOM Nº 21, abril – julio 2002, pág. 221, considerandos 8.10 y 8.12; laudo de 21 de mayo de 2002, Aplicación del "IMESI" (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos, asunto 3/02, BOM Nº 22, julio – septiembre 2002, pág. 209, Coincidencias entre los fundamentos jurídicos invocados por el Paraguay y el Uruguay Nº 1º y considerando A.iii; y laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerandos II-G:142 y III-180.

Justamente ello acontece en el caso de los neumáticos remoldeados entre Uruguay y Argentina, dado que, a pesar de las sentencias del TPR que han condenado las normas argentinas por su incompatibilidad con el derecho mercosureño, el Gobierno nacional mantiene su actitud infractora.

Muy recientemente, el TJCE acaba de señalar, luego de considerar que «cuando la no ejecución de una [de sus] sentencia... puede perjudicar el medio ambiente y poner en peligro la salud humana..., tal incumplimiento reviste especial gravedad», que «[e]n principio, así sucede también cuando la libre circulación de las mercancías sigue restringida, en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario, a pesar de que el Tribunal de Justicia haya dictado una sentencia en la que se declare un incumplimiento a ese respecto»<sup>218</sup>.

8. De esta manera, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho del MERCOSUR, como uno de los principios generales de este ordenamiento, se convierte en una herramienta complementaria – pero a la vez sumamente importante – para la salvaguardia de los derechos que nacen para el particular a partir del proceso de integración<sup>219</sup>.

La solución contraria, además de conspirar contra la efectividad del sistema normativo, deja excesivamente indefenso al particular que, precisamente, pretende beneficiarse del derecho del bloque. Ello cobra especial relevancia en el marco de un proceso de integración, dado que, teniendo en cuenta la clase de relaciones que nacen a su amparo, los eventuales incumplimientos del Estado Parte que afecten a una persona física o jurídica, por lo general, tendrán importantes repercusiones económicas negativas para el patrimonio del particular.

#### b) La jurisprudencia de los Tribunales del MERCOSUR

1. Los distintos laudos que han dictado los Tribunales del MERCOSUR ofrecen algunos pasajes interesantes, no sólo en lo que hace a la responsabilidad de Estados Partes frente a otros Estados Partes por el incumplimiento del derecho del bloque (I), sino también frente a particulares (II).

2. En el primer caso (I), los asuntos han involucrado falta de incorporación de las normas al derecho interno, lo cual contradice la obligación de los Estados Partes, contenida en el POP (artículos 9, 15, 21, 38 y 42) y en normas del derecho derivado – en general<sup>220</sup> y en casos concretos<sup>221</sup> –.

---

<sup>218</sup> TJCE, sentencia de 9 de diciembre de 2008, Comisión/Francia, asunto C-121/07, Rec. I-00000 (pendiente de publicación), considerandos 77 (con cita de TJCE, sentencias de 4 de julio, Comisión/Grecia, C-387/97, y de 25 de noviembre de 2003, Comisión/España, C-278/01) y 78.

<sup>219</sup> Es oportuno recordar a esta altura un pasaje del voto concurrente del juez Boggiano en el caso “Cafés La Virginia” (citado, considerandos 28 y 29), en el cual sostuvo – ante la violación por el Gobierno argentino, de un acuerdo entre Argentina y Brasil concertado bajo el paraguas de la ALADI – «[q]ue no escapa a la consideración de esta Corte el hecho de que la actora en este juicio es una empresa argentina, ni que la República Federativa del Brasil ha sido ajena al desarrollo de esta causa. Pero no cabe duda de que este país – y sus empresas – se verían indirectamente afectados si se aplicaran al caso de autos las normas cuestionadas, por la repercusión que ello seguramente tendría en el intercambio comercial con la Argentina, que el Acuerdo N° 1 procura resguardar y fomentar. Por ello, el reconocimiento de un derecho en cabeza de los importadores amparados - aunque no se los mencione - por el Acuerdo, cuya vigencia y operatividad no fueron cuestionadas en ninguna instancia, es coherente con la finalidad de constituir un mercado común latinoamericano, expresada en el art. 1° del Tratado de Montevideo de 1980», citando en el considerando siguiente la sentencia del TJCE del 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, asunto 26/62, Rec. 1963, págs. 23.

<sup>220</sup> Decisiones CMC N° 23/00, artículos 1 (que reitera el tenor del artículo 42 del POP) y 7 (“En los casos en que las Decisiones, Resoluciones y Directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados Partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado en el Art. 40 del Protocolo de Ouro Preto”), y N° 20/02, artículo 8 (“Durante el período previsto en el artículo 3 de la presente Decisión, los Estados Partes procurarán preparar la adopción de las modificaciones adicionales de las respectivas normas internas que se consideren necesarias, con la finalidad de adecuarlas a las normas MERCOSUR a ser aprobadas. La eventual necesidad de efectuar tales modificaciones no justificará, en ningún caso, el incumplimiento de los plazos de incorporación

En este sentido, ante la falta de internalización de una norma al derecho interno, el IV° TAHM (caso derechos antidumping) ha considerado que dicho «incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB [hoy PO] por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur»<sup>259</sup>.

A su vez, el TAHM que intervino en el VII° Laudo (asunto falta de incorporación de normas del GMC) destacó que «[l]a obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento», recordando a continuación el párrafo citado del IV° TAHM<sup>222</sup>.

Algunos autores reconocen la posibilidad de que los daños y perjuicios que se originen con motivo de un retardo injustificado en la obligación de internalizar las normas mercosureñas al derecho interno, pueden generar la responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud de los compromisos contraídos en el POP y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969<sup>223</sup>.

3. El TAHM también ha tenido oportunidad de reconocer la responsabilidad del Estado Parte globalmente considerado, es decir independiente del órgano o autoridad estatal a quien se atribuye el acto o la omisión que constituye la infracción del derecho regional.

En el VI° Laudo (importación de neumáticos remoldeados, Uruguay/Brasil), el tribunal interviniente – ante la alegación de la parte Reclamada, en torno a que las «normas, dictámenes, informes y otros actos de órganos de la administración» invocados por Uruguay «se trata[n] de opiniones y pareceres provenientes de diferentes sectores de la administración pública que no tienen competencia específica para la reglamentación de la política sobre comercio exterior del país» – recordó que el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados establece «que, para el derecho internacional, la conducta de cualquier órgano del Estado será considerada como un acto del Estado, así fuera que el órgano ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra función, cualquiera sea la posición que ocupe en la organización del Estado, y

---

que se establezcan en las normas MERCOSUR, conforme el art. 7 de la Dec. CMC N° 23/00”). Ver también Decisión CMC N° 22/04, pendiente de entrar en vigor.

<sup>221</sup> Las normas del Derecho del MERCOSUR derivado que requieren ser incorporadas al derecho interno suelen contener una fórmula tipo como la siguiente (se toma el ejemplo reciente de la Decisión CMC N° 24/08): “Art. 4 – La presente Decisión deberá ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes antes del 30/VIII/08”. <sup>259</sup>TAHM, laudo aplicación de medidas antidumping, asunto 1/01, cit., considerando II-D-3:117.

<sup>222</sup> TAHM, laudo obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios... no incorporación de Resoluciones GMC, asunto 2/02, cit., considerando 7.8.

<sup>223</sup> En tal dirección, Arredondo afirma que “[l]a falta de aplicación interna – una vez que la norma internacional ha entrado en vigor – conlleva la responsabilidad internacional para el Estado por incumplimiento de las obligaciones asumidas en dicha norma. La responsabilidad se genera tanto desde el punto de vista formal – por la falta de incorporación de la norma – como material – por la no aplicación del compromiso asumido contenido en la norma que no es incorporada” [ARREDONDO, Ricardo, “Algunas precisiones sobre los ‘acuerdos de alcance parcial’ vis-a-vis la incorporación de normativa Mercosur y los efectos de la protocolización en ALADI”, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur N° 2, 2003, ed. La Ley, Buenos Aires, págs. 77 a 90 (se cita por la copia mimeográfica suministrada por el autor, con autorización para su mención), págs. 10 y 13]. Responsabilidad internacional – por falta de incorporación – que es susceptible de ser reclamada ante los tribunales internos [ALBARRACÍN, Gabriel-AGUZIN, Laura-DEGIORGIO, Selva, “Relaciones entre la normativa derivada de los órganos del Mercosur y los sistemas jurídicos particulares de los Estados que lo conforman”, ponencia en Jornadas Uruguayo–Santafesinas, 12 al 14 de junio de 1997, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Nacional Litoral, Santa Fe (separata), pág. 6; PALLARÉS, Beatriz, con la colaboración de Laura Aguzin, Gabriel Albarracín y Selva Digiorgio, “Incorporación de las normas Mercosur a los derechos internos y la seguridad jurídica”, ponencia en el V° Encuentro de Abogados Especialistas en Mercosur, publicado en “Economía globalizada y Mercosur” (AA.VV.), ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 55 a 72 (se cita por la copia mimeográfica suministrada por la autora, con autorización para su cita), págs. 5 a 6].

cualquiera sea su carácter como órgano del gobierno central o de una unidad territorial del Estado»<sup>224</sup>.

4. En el XIIº Laudo [controversia por restricciones no arancelarias por corte de vías de comunicación (rutas y puentes)], el TAHM resaltó que la responsabilidad del Estado Parte por infracción del Derecho del MERCOSUR puede tener origen en actos u omisiones del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, del Poder Judicial o de una Provincia – o estado local –. En efecto, ante la alegación del Estado argentino en cuanto a que «... “la policía de seguridad, en el territorio de las provincias, corresponde a las provincias”, razón por la cual no correspondería exigirle al Estado Federal lo que no está en el ámbito de sus competencias», el Tribunal señaló que «[d]ebe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, por lo que el Estado Federal de la Parte Reclamada responde aun por las acciones u omisiones de los Gobiernos Provinciales que pudieran implicar incumplimientos de las obligaciones internacionales asumidas por ese país»<sup>225</sup>.

En aquella misma decisión el tribunal arbitral se enfrentó a la calificación de los cortes de rutas y puentes frente al derecho mercosureño. En lo que hace estrictamente a la responsabilidad, sostuvo que si bien «la conducta de obstruir la vía de comunicación ha sido desarrollada por particulares y no por el Estado mismo, y en principio, la responsabilidad del Estado no resulta comprometida por los actos de las personas privadas, sino sólo por los actos u omisiones de sus propios agentes», sin embargo «el Estado puede igualmente ser considerado responsable, ya no por el hecho ajeno, sino por el hecho propio, si omitiera la “conducta debida”, esto es, por la “falta de diligencia” en prevenir o corregir actos de los particulares que puedan causar perjuicio a otro Estado»<sup>226</sup>; en otras palabras, «la base de la responsabilidad del Estado por los hechos antijurídicos de los particulares que residen en el territorio sometido a su jurisdicción no radica en una presunta complicidad con ellos, sino solamente en el hecho de que el Estado ha dejado de cumplir con sus obligaciones internacionales de impedir que dicho acto lesivo se pueda producir»<sup>227</sup>. En el sub iudice, el tribunal

---

<sup>224</sup> TAHM, laudo prohibición de importación neumáticos remoldeados, asunto 1/02, cit., considerandos II-B.2.a, párrafo 15º, en igual sentido considerando II-B.2.b, párrafo 6º y B-2.c, párrafo 7º, y III. Conclusiones.b).

<sup>225</sup> TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando III-187. El destacado es de la decisión. Previamente, el tribunal había adelantado que «por aplicación de los principios generales del derecho internacional específicamente mencionados en el protocolo de Olivos como base normativa de los tribunales “Ad Hoc” a los fines de dictar sus pronunciamientos, debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado» (considerando II-H:156, con cita del asunto Pellat, UNRRIA, 1929, de la obra de Quoc Dinh, Daillier y Pellet y del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados, artículo 4).

<sup>226</sup> TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerandos II-E:116, con varias citas de Jiménez de Aréchaga y del TJCA (procesos 115-AI-2000 y 116-AI-2000), y E:123, con cita de Oppenheim.

<sup>227</sup> TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando II-G:147, con cita de Jiménez de Aréchaga. Más adelante, el tribunal señaló que si bien es cierto que «[c]ada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales», no lo es menos que «[l]a contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la prevención de los hechos de los particulares sujetos a su jurisdicción, que es impuesta por el derecho internacional exigiendo determinados resultados con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos» (considerando III-185, en igual dirección considerando II-G:153, con cita de Verdross, Oppenheim, Rousseau, Nkambo Mugerwa y Jiménez de Aréchaga).

destacó que «[s]in perjuicio que la conducta de obstruir las vías de comunicación fue desplegada por particulares, la Parte Reclamada no deja por ello de ser responsable por hecho propio en la medida en que ha omitido su deber de adoptar las medidas apropiadas para prevenir o corregir los actos de los particulares sometidos a su jurisdicción que causaren perjuicio a otro Estado Miembro del MERCOSUR en transgresión a las normas de su tratado constitutivo [TA]»<sup>266</sup>; por ello, la «“conducta debida” por la Parte Reclamada ante estos hechos, surge del compromiso de asegurar y mantener la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR, lo que implica la obligación de aplicar los medios necesarios para el logro de dicho objetivo»<sup>267</sup>.

El Tribunal ad hoc también se adentró en la cuestión de la “reparación” entre Estados Partes de los daños provocados por una acción u omisión contraria el derecho regional. Señaló, para comenzar, que Uruguay reconoció que no pretendía «un reclamo resarcitorio..., sin perjuicio de hacer reserva de plantearlo ante el ámbito jurisdiccional pertinente», no obstante lo cual el tribunal mencionó que «gran parte de la prueba producida en estas actuaciones se refirió a los perjuicios ocasionados por los cortes de ruta»<sup>268</sup>. Sobre la base de considerar que el sistema del PO se inspira en el NAFTA y en el ESD-OMC – que «privilegia[n] la remoción de las barreras comerciales al comercio mas que a la imposición de una segunda barrera al comercio consistente en retorsiones» – destacó que en dichos instrumentos «la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, pues se procura remover la inconsistencia de la medida ilegal y limitar el daño hacia el futuro, a punto que sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial, tal como se desprende, en el caso del MERCOSUR, del art. 31 del Protocolo de Olivos»<sup>269</sup>. En nuestro bloque, «[l]a comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita», por lo que «la prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados como la medida de la existencia de la infracción misma

---

<sup>266</sup>TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando III-175.

<sup>267</sup>TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando III-176, en igual sentido considerando II-E:118.

En la causa que se examina, el tribunal declaró que «no parece compatible con el sistema del MERCOSUR que una interrupción del tráfico en el puente fluvial por el cual pasa el mayor tráfico terrestre en el comercio entre Argentina y Uruguay tenga una duración que superó los dos meses sin solución de continuidad y que, luego de un cese de dos semanas, volvió a interrumpirse otra vez, por más de un mes, sin que la actitud del Gobierno argentino ante esta reiteración haya tomado medidas que impidieran la repetición de esos hechos»; que, si bien en principio los cortes pudieron hallar alguna justificación, «[n]o obstante, dichas manifestaciones fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, tal como hemos visto precedentemente. Ello implicó una restricción fáctica al intercambio comercial de Argentina y otros países que comercian con Uruguay a través del paso de mayor importancia entre ambos países». De allí que «[l]a restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables; lo que no ha sucedido en este caso, ya que los cortes, además de repetirse en diversas formas e intensidades, se han dilatado por espacio de más de tres meses en un período del año de máxima actividad comercial y turística» [considerandos II-G:149, II-I:158 (en igual sentido, considerando III:174) y III-179].

<sup>268</sup>TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerando II-J:162.

<sup>269</sup>TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerandos II-J:163, con cita de Lowenfeld, Alonso García y Bloch, y II-J:164, con mención del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC y de Pérez Gabilondo.

que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legitima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados»<sup>228</sup>.

Como se observa, el tribunal no desestimó la posibilidad de que un Estado Parte sea condenado a la reparación de los daños provocados a un particular por su actuar – activo o pasivo – contrario a derecho. En efecto, lo que consideró improcedente es la solicitud de reparación en el marco de una controversia entre dos Estados Partes. Es decir que no cabía su determinación cuando el reclamante es otro Estado Parte.

Ello deja perfectamente factible el supuesto de indemnización cuando el daño es provocado por el Estado Parte a un particular.

5. Lo afirmado viene demostrado por el entendimiento mantenido por el TPR, en el marco de la citada Resolución N° 01/2008 (Uruguay/Argentina), en la cual sostuvo – al referirse a su carácter de último intérprete jurídico del derecho mercosureño y a la obligatoriedad de sus decisiones, «pese a que el MERCOSUR es aún un proceso de integración fundamentalmente intergubernamental» – que «todos los Estados Partes, en mayor o menor medida, conforme a sus constituciones o el derecho internacional, podría reclamarse internamente su responsabilidad por acción u omisión en cada caso concreto»<sup>229</sup>.

Lo dicho resulta de suma importancia, toda vez que el Tribunal reconoce que la inobservancia del Derecho del MERCOSUR, y más en particular de sus decisiones jurisdiccionales por un Estado Parte, bien sea por acción u omisión, es susceptible de generar la responsabilidad de dicho Estado. Bien entendido, el párrafo puede ser considerado como un reconocimiento del principio propio del Derecho comunitario mencionado, a saber el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la violación del derecho regional (TJCE, sentencia Francovich). Es decir, el TPR reconoció que la violación de una norma del MERCOSUR por parte de un Estado, bien sea por acción o inactividad, provoca su responsabilidad, la cual puede ser reclamada en el ámbito interno del Estado del que se trate. No menos importante es el hecho de que el Tribunal aceptó dicho principio, no obstante el carácter intergubernamental que atribuyó al MERCOSUR.

6. Es oportuno recordar que el TPR ha tenido oportunidad de establecer también la posibilidad de que los órganos mercosureños puedan incurrir en responsabilidad, en relación a los particulares, por violación de las normas; responsabilidad institucional que el Tribunal no dudó en reconocer, podía ser puesta en causa – llegado el caso – ante la justicia nacional por cualquier afectado.

Así en su Resolución N° 01/2007, dictada en el marco del concurso para la selección de su Secretario, el Tribunal consideró «[q]ue, a su vez, es necesario resaltar que la falta de cumplimiento de las normas de vigencia en un concurso público puede comprometer la responsabilidad del MERCOSUR como organismo internacional, frente a eventuales reclamos o impugnaciones judiciales que pudiera plantear cualquiera de los postulantes que participaron en el presente concurso»<sup>230</sup>. En el mismo asunto, el Tribunal agregó – en su Resolución N° 02/2007 – que, de no

---

<sup>228</sup> TAHM, laudo omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, asunto TAH-1/06, cit., considerandos II-J:165, con mención de la opinión de Luff, y II-J:166.

<sup>229</sup> TPR, Resolución N° 01/2008, cit., III. Considerando, párrafo 3°. La negrita fue agregada.

<sup>230</sup> TPR, pleno, Resolución N° 1/2007, sobre elección del Secretario y elevación al CMC, de 8 de junio de 2007, inédita, considerando X del voto de la mayoría. Esta Resolución, a pesar de tener asignado por el Tribunal carácter público (Resuelve 3), no ha sido publicada por la SM.

ratificar lo resuelto en la Resolución N° 01/2007, ello «colocaría al Tribunal al margen de la legalidad y normatividad mercosureñas, abriendo así camino a la responsabilidad internacional e institucional del MERCOSUR para con el candidato ya propuesto por el Tribunal», por ello «el acto decisorio contenido en la Resolución N° 1/2007 del Tribunal constituye un acto válido y perfecto, cuya aplicación y vigencia debe ser observadas por todos los órganos del MERCOSUR involucrados, so pena, se reitera, de poner en causa la responsabilidad internacional e institucional del bloque»; finalmente, destacó «[q]ue las aristas que ha tomado el presente concurso hacen peligrar la responsabilidad internacional e institucional del MERCOSUR como organismo internacional, por lo cual, cabe reiterar, no es ajeno al CMC – como ya fue señalado en la Resolución N° 1/2007 – que cualquier inobservancia o falta de cumplimiento de las normas vigentes en este concurso publico, al comprometer dicha responsabilidad internacional, puede dar lugar a eventuales reclamos o impugnaciones judiciales que pudiera plantear cualquiera de los postulantes que participaron en el mismo, más aún el candidato electo y designado por el Tribunal. En este contexto, podrían plantearse contra el MERCOSUR cuestiones atinentes al respecto de los derechos humanos – respeto que viene impuesto, cabe recordar, por las Constituciones Nacionales de los cuatro Estados Partes»<sup>231</sup>.

## XII. LA RESPONSABILIDAD “REFLEJA”

### §1. El fundamento

1. Los párrafos precedentes estuvieron dirigidos al análisis de la responsabilidad del Estado Parte por los perjuicios ocasionados por la violación del derecho regional, fijándose la atención en los daños sufridos por los particulares directamente perjudicados por el acto estatal infractor.

Sin embargo, tal como antes se anticipó, existen otros afectados que sufren perjuicios como “reflejo” de la actitud infractora del Estado del que se trate. En el caso que se ha examinado – neumáticos remoldeados – tales afectados son las empresas argentinas fabricantes de neumáticos nuevos que tengan como uno de sus mercados de exportación, la República Oriental del Uruguay, dado que dicho país, aplicando la medida compensatoria antes referida, cobra un arancel a dichos productos originarios o procedentes de la Argentina, en retaliación al incumplimiento del Estado argentino de los laudos del TPR.

2. En tanto el perjuicio tiene su base – o es consecuencia – directa en un acto (u omisión) del Estado, en este caso la inobservancia de los laudos del TPR, que, a su vez, valida desde el punto jurídico las medidas compensatorias uruguayas, emerge aquí el principio de la responsabilidad del Estado renuente por los daños resultantes de la violación del derecho de la integración.

3. Más aún, no sólo la justicia, sino también la equidad impone dicha responsabilidad – e indemnización correlativa –, dado que los particulares afectados – en el sub examine, los fabricantes argentinas de neumáticos nuevos – en nada han participado, ni intervenido en la inobservancia por el Estado nacional de las decisiones del Tribunal sobre neumáticos remoldeados. Por ello, resulta injusto e injustificado que dichos particulares deban soportar, sin compensación alguna, perjuicios derivados de actos – u omisiones – estatales infractores del derecho regional. Ello se impone aún más, cuando el Tribunal del bloque ha determinado, en más de una oportunidad, la incompatibilidad de los actos y omisiones del Estado argentino con el Derecho del MERCOSUR.

---

<sup>231</sup> TPR, Resolución N° 02/2007, cit., considerandos XVI, párrafo 2º, XVII y XXVI del voto de la mayoría.

4. Además, el fundamento de esta responsabilidad es el mismo que el que da sustento a la responsabilidad que pueden exigir los exportadores uruguayos (importadores argentinos) de neumáticos remoldeados (ver *ut supra*).

## §2. ¿Una posible defensa estatal?

Existe una serie de asuntos tramitados recientemente ante el TJCE cuya lectura “superficial” podría seducir la construcción de una defensa del Estado, frente a un reclamo indemnizatorio de los fabricantes nacionales de neumáticos nuevos que exportan al Uruguay y, consecuentemente, sufren la aplicación de la medida compensatoria.

a) La sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión del TJCE

i) Introducción

1. Los casos referidos hacen relación a las demandas incoadas por distintas empresas de los Estados miembros contra varias instituciones de la Comunidad Europea (CE), las cuales alegaron que la Comunidad debía ser condenada como responsable del perjuicio que dichas empresas invocaron haber sufrido con motivo de que los productos que exportaban, desde la CE a los Estados Unidos, fueron gravados – entre el 19/04/99 y el 30/06/01 – con un sobre arancel aduanero, aplicado por los Estados Unidos bajo el fundamento de que la CE no había dado cumplimiento a varios informes y laudos de la OMC. Las demandas fueron resueltas – en una primera etapa – por el Tribunal de Primera Instancias (TPI) y luego por el TJCE, en virtud de los recursos de casación planteados.

2. En la raíz del conflicto se halla la organización común de mercados en el sector del plátano (OCM–plátanos) de la CE<sup>232</sup>, en el marco de la cual se establecieron disposiciones preferenciales de importación para dicho producto cuando el mismo es originario de determinados Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), de conformidad con lo dispuesto en el Cuarto Convenio ACP-CEE (Comunidad Económica Europea), firmado entre los mencionados Estados y la CEE, el 15 de diciembre de 1989 (denominado “Convenio de Lomé IV”<sup>233</sup>).

Varios Estados terceros, entre ellos Ecuador y Estados Unidos, demandaron ante la OMC la incompatibilidad de dicho régimen con los acuerdos de dicha Organización, proceso que derivó en la aplicación del ESD-OMC, en cuyo marco tanto el Grupo Especial constituido para la ocasión (informes del 22/05/97) como el OA-OMC (09/09/97) y el OSD (25/09/97) hicieron a lugar el reclamo, recomendando a CE modificar la OCM–plátanos. A pedido de los reclamantes, la OMC, a través de un laudo arbitral publicado el 07/01/98, estableció que el plazo máximo razonable del que disponía la CE para modificar su legislación vencía el 01/01/99.

Los órganos de la Comunidad reformaron el régimen<sup>234</sup>, sin embargo, los Estados Unidos, considerando que las modificaciones no eliminaban todas las incompatibilidades alegadas, publicaron una lista provisional de productos originarios de los Estados miembros de la CE a los

---

<sup>232</sup> Reglamento (CEE) Nº 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, DOCE Nº L 47, 25/02/93 pág. 1.

<sup>233</sup> Cuarto Convenio ACP-CEE, DOCE Nº L 229, 17/08/91 pág. 3 (Protocolo Nº 5 relativo a los plátanos).

<sup>234</sup> Reglamento (CE) Nº 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento (CEE) Nº 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, DOCE Nº L 210, 28/07/98 pág. 28, y Reglamento (CE) Nº 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) Nº 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad, DOCE Nº L 293, 31/10/98 pág. 32.

que les serían impuesto un sobre arancel aduanero de importación del 100 %, como medida de retorsión.

Luego de una nueva intervención del OSD (que designó árbitros para el asunto), la OMC autorizó a los Estados Unidos a suspender, con relación a la CE y sus Estados miembros, concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 por un valor máximo anual de 191,4 millones de dólares.

El 11/04/01, los Estados Unidos y la CE firmaron un acuerdo por el cual el primero suspendía provisionalmente la aplicación del sobre arancel mencionado y, a cambio, la CE se obligaba a modificar la OCM—plátanos a partir de 2006 (arancelizando completamente la importación), y a adoptar otras medidas adicionales en el período transitorio previo.

3. Varios exportadores de los Estados miembros, que sufrieron la aplicación del citado sobre arancel, demandaron a la CE ante el TPI, solicitando que se la condenara al pago de una indemnización por el perjuicio sufrido. Los demandantes alegaron como base de su pretensión de indemnización el régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por comportamiento ilícito de sus órganos; por analogía, el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a los Estados miembros en caso de incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario; y finalmente, el régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad que se derivaría aún cuando no se haya producido un comportamiento ilícito de sus órganos.

4. El TPI, por sentencias del 14 de diciembre de 2005, desestimó todas demandas presentadas aduciendo motivos similares en todos los casos, vinculados – en lo que aquí interesa – a la imposibilidad que tienen los particulares de alegar las normas de la OMC, incluyendo las resoluciones y recomendaciones adoptadas en el marco del ESD, a los fines de obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea, por los daños y perjuicios ocasionados en virtud del incumpliendo de dichas normas (FIAMM, T-69/00; Laboratoire du Bain, T-151/00; Groupe Fremaux, T-301/00; CD Cartondruck, T-320/00; Beamglow, T-383/00, y Fedon, T-135/01<sup>235</sup>).

## ii) La sentencia

1. Dos de las empresas – y también los demandados – presentaron sendos recursos de casación contra las sentencias del TPI, los cuales fueron acumulados y resueltos por la Gran Sala del TJCE: FIAMM, C-120/06 P, y Fedon, C-121/06 P<sup>236</sup>.

FIAMM fabrica y exporta acumuladores estacionarios, y Fedon estuches para gafas y productos accesorios de bolsillo.

2. El TJCE se explayó, principalmente, sobre los efectos de las normas de la OMC y las resoluciones y recomendaciones emitidas en el marco del EDS en el ordenamiento jurídico comunitario.

---

<sup>235</sup> TPI, sentencias FIAMM y otro/Consejo y Comisión, asunto T-69/00, Rec. II-5393; Le Laboratoire du Bain/Consejo y Comisión, asunto T-151/00, Rec. II-23 (sumario); Groupe Fremaux y otro/Consejo y Comisión, asunto T-301/00, Rec. II-25 (sumario); CD Cartondruck/Consejo y Comisión, asunto T-320/00, Rec. II-27 (sumario); Beamglow/Parlamento, Consejo y Comisión, asunto T-383/00, Rec. II-5459, y Giorgio Fedon & Figli SpA y otros/Consejo y Comisión, asunto T-135/01, Rec. II-29 (sumario). En adelante, se citarán sólo los considerandos de la sentencias FIAMM, asunto T-69/00, y Fedon, asunto T-135/01, pues en el resto de los asuntos, en lo que aquí interesa, se reitera casi textualmente lo dicho en aquellos fallos.

<sup>236</sup> TJCE, Gran Sala, sentencia de 9 de septiembre de 2008, FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. I-00000 (pendiente de publicación).

En efecto, al decidir el asunto, y ante la invocación de las demandantes de dichas disposiciones de la OMC, el TJCE consideró, en primer lugar, que los efectos jurídicos interno de los acuerdos internacionales firmados por la CE con terceros Estados no pueden ser determinados con prescindencia del «origen internacional» de la norma en cuestión; que, de acuerdo al derecho internacional, las instituciones comunitaria pueden fijar dichos efectos en el propio convenio; y que, en caso de que así no suceda, corresponderá en especial al Tribunal de Justicia determinarlos, «basándose en particular en el espíritu, el sistema o en la letra de dicho acuerdo»<sup>237</sup>.

En el presente asunto, teniendo en cuenta tales principios, resulta necesario establecer si las normas internacionales invocadas «otorgan a los justiciables de la Comunidad el derecho de alegarlas ante los órganos jurisdiccionales al objeto de impugnar la validez de un acto comunitario», para lo cual cabe recordar que es jurisprudencia del Tribunal de Justicia que dicho parámetro de control internacional de la validez comunitaria “derivada” sólo puede ser utilizado «si la naturaleza y el sistema [del acuerdo internacional] no se oponen a ello y si además sus disposiciones parecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas»<sup>238</sup>.

3. En el caso de los acuerdos de la OMC, la jurisprudencia consolidada mantiene «que, teniendo en cuenta su naturaleza y su sistema, esos acuerdos no forman parte en principio de las normas respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias»<sup>239</sup>; principio respecto del cual existen sólo dos excepción, a saber aquellos supuestos en los «que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos OMC», únicamente en tales casos, «corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC»<sup>240</sup>.

Debe recordarse que el propio Tribunal de Justicia ya ha sentenciado que las normas comunitarias sobre OCM–plátanos «no tiene[n] por objeto garantizar el cumplimiento en el ordenamiento jurídico comunitario de una obligación particular asumida en el marco del GATT y tampoco se

---

<sup>237</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 108, con cita de TJCE, sentencias de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, asunto 104/81, de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, asunto C-280/93, y de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, asunto C-149/96 [Rec. I-8395].

<sup>238</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerandos 109 (con cita de TJCE, sentencia de 12 de diciembre de 1972, International Fruit Company y otros, asuntos acumulados 21/72 a 24/72) y 110 (con cita de TJCE, sentencia de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros, asunto C-308/06).

<sup>239</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 111 (con cita de TJCE, sentencias Portugal/Consejo, cit.; de 30 de septiembre de 2003, Biret International/Consejo, asunto C-93/02 P [Rec. I-10497], y de 1 de marzo de 2005, Van Parys, asunto C-377/02 [Rec. I-1465]); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerando 110, y Fedon, considerando 103. En la misma orientación, TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, Dior, asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Rec. I-11307, considerando 43; auto del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2001, OGT Fruchthandelsgesellschaft, asunto C-307/99, Rec. I-3159, considerando 24 (considerando 26 con respecto al GATT de 1994); y sentencias de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo, asunto C-377/98, Rec. I-7079, considerando 52; de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, asunto C-301/97, Rec. I-8853, considerando 53; de 12 de marzo de 2002, Omega Air e.a., asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. I-2569, considerando 93; de 10 de diciembre de 2002, British American Tobacco y otro, asunto C-491/01, Rec. I-11.453, considerando 154; de 9 de enero de 2003, Petrotub y Republica/Consejo, asunto C-76/00, Rec. I-79, considerando 53; de 30 de septiembre de 2003, Biret y Cía./Consejo, asunto C-94/02 P, Rec. I-10565, considerando 55, y de 27 de septiembre de 2007, Ikea Wholesale, asunto C-351/04, Rec. I-7723, considerando 29. Tal doctrina se aplica también a los anexos del acuerdo de la OMC, como es el caso del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), cf. TJCE, sentencia Dior, cit., considerando 44; auto OGT Fruchthandelsgesellschaft, cit., considerando 25; y sentencias 16 de noviembre de 2004, Anheuser-Busch, asunto C-245/02, Rec. I-10989, considerando 54, y de 25 de octubre de 2007, Develey/OHMI, C-238/06 P, Rec. I-9375, considerando 39.

<sup>240</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 112 (con cita de TJCE, sentencias Biret International/Consejo, cit., y Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerando 114, y Fedon, considerando 107. Así también, TJCE, sentencia Portugal/Consejo, cit., considerando 49; auto OGT Fruchthandelsgesellschaft, cit., considerando 27; y sentencias Países Bajos/Consejo, cit., considerando 54; Omega Air e.a., cit., considerando 94; British American Tobacco y otro, cit., considerando 155; Petrotub y Republica/Consejo, cit., considerando 54; Biret y Cía./Consejo, cit., considerando 56, e Ikea Wholesale, cit., considerando 30.

remite[n] expresamente a disposiciones precisas de éste», y lo mismo cabe considerar en relación a las normas de la OMC, lo cual no se desvirtúa por el hecho de que la Comunidad, luego de la resolución del OSD del 25/09/97, haya asumido «el compromiso de atenerse a [dichas] normas»<sup>241</sup>.

4. Para el Tribunal de Justicia, «el elemento determinante en la materia lo constituye el hecho de que la solución de los litigios relativos al Derecho de los Acuerdos de la OMC se basa parcialmente en negociaciones entre las Partes contratantes» y si bien «[l]a anulación de las medidas contrarias a Derecho constituye ciertamente la solución preferida en el ordenamiento jurídico de la OMC,... éste también prevé otras soluciones»<sup>242</sup>, así el vencimiento del plazo dado por el OSD para acatar las resoluciones, no significa que la CE «haya agotado las posibilidades previstas por el ESD para encontrar una solución a la diferencia existente entre ella y otras Partes»<sup>243</sup>, por lo que si Tribunal de Justicia, en este contexto, se viera obligado a controlar la legalidad de las normas comunitarias frente a las normas de la OMC «podría debilitar la posición de la Comunidad en la búsqueda de una solución de la diferencia mutuamente satisfactoria y conforme con las citadas normas»<sup>244</sup>.

Además, si el Tribunal de Justicia debiera realizar el mencionado control de legalidad, esto «equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad»<sup>245</sup>. Asimismo, cabe constatar «que algunas de las Partes contratantes, entre las cuales se encuentran los socios más importantes de la Comunidad desde el punto de vista comercial, han llegado precisamente a la conclusión, a la luz del objeto y de la finalidad de los acuerdos OMC, de que tales acuerdos no se incluyen entre las normas con respecto a las cuales los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de sus normas jurídicas internas. Si se admitiera esta falta de reciprocidad, ésta entrañaría el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC»<sup>246</sup>.

5. Las anteriores consideraciones no se alteran bajo el argumento – ensayado por las empresas recurrentes – de «la distinción... entre el “efecto directo” de las reglas de los acuerdos OMC que imponen obligaciones de contenido material y el “efecto directo” de una resolución del OSD» – a partir de la cual «los justiciables deben estar legitimados para obtener del juez comunitario un control de legalidad del comportamiento de las instituciones comunitarias en relación con una resolución del OSD como tal» –, dado que, «[s]i bien el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal distingo, de la jurisprudencia antes citada deriva necesariamente

---

<sup>241</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerandos 113 (con cita de TJCE, auto OGT Fruchthandelsgesellschaft, cit.), 114 y 115 (ambos con cita de TJCE, sentencia Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerandos 115, 116, 137 y 144, y Fedon, considerandos 108, 109, 130 y 137.

<sup>242</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 116 (con cita de TJCE, sentencia Omega Air e.a., cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerandos 118 a 124, y Fedon, considerandos 111 a 117. Así también, TJCE, Van Parys, cit., considerando 43.

<sup>243</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 117 (con cita de TJCE, sentencia Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerandos 125 a 128, y Fedon, considerandos 118 a 121.

<sup>244</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerandos 117 y 118 (ambos, con cita de TJCE, sentencia Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerandos 112, 130 y 131, y Fedon, considerandos 119, 123 y 124. En la misma dirección, TJCE, sentencias Portugal/Consejo, cit., considerando 40, y Omega Air e.a., cit., considerando 90.

<sup>245</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 119 (con cita de TJCE, sentencia Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerando 111, y Fedon, considerando 104. En el mismo sentido, TJCE, sentencia Portugal/Consejo, cit., considerando 46.

<sup>246</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 119 (con cita de TJCE, sentencia Van Parys, cit.); y en las sentencias recurridas, TPI, FIAMM, cit., considerando 111, y Fedon, considerando 104. Ver también, TJCE, sentencias Portugal/Consejo, cit., considerandos 43 a 45, y Omega Air e.a., cit., considerando 92.

que no ha lugar a dicha distinción»<sup>247</sup>. En primer lugar, en razón de que al reconocer que las normas de la OMC cuya infracción haya sido declarada por el OSD no constituyen parámetro de control de legalidad comunitaria, «el Tribunal de Justicia ha excluido necesariamente que ese control pueda realizarse respecto a la propia resolución del OSD»<sup>248</sup>; en segundo término, «[u]na resolución del OSD,..., no puede, en principio, diferenciarse fundamentalmente de las reglas materiales que incorporan [las] obligaciones [de la OMC] y respecto a las cuales [el OSD] lleva a cabo [su] control, al menos cuando se trata de determinar si una vulneración de las citadas reglas o de la resolución puede o no ser invocada ante el juez comunitario a los efectos del control de legalidad del comportamiento de las instituciones comunitarias»<sup>249</sup>.

A su vez, las anteriores afirmaciones, vinculadas «a la naturaleza de los acuerdos OMC y a la reciprocidad y a la flexibilidad que los caracterizan, siguen siendo válidas una vez adoptadas tales resoluciones o recomendaciones y una vez agotado el plazo prudencial concedido para su cumplimiento», razón por la cual las instituciones comunitarias mantiene el mencionado margen de apreciación a los fines de las negociaciones necesarias para la solución de los litigios, «y dicho margen debe ser preservado»<sup>250</sup>.

Por tales motivos, ni las reglas materiales que surgen de los acuerdos de la OMC, ni una resolución o recomendación del OSD que establezca la falta de cumplimiento de dichas reglas, «pueden, sea cual sea el alcance jurídico preciso propio de dicha recomendación o resolución, crear a favor de los particulares el derecho a invocarlas ante el juez comunitario para obtener un control de legalidad del comportamiento de las instituciones comunitarias»<sup>251</sup>.

Con dichas consideraciones, el Tribunal de Justicia desestimó el primer argumento del recurso de casación basado en un pretenso error de Derecho en el que habría incurrido el TPI al desestimar la responsabilidad de la CE por un comportamiento ilícito, fundado en que las normas de la OMC no constituyen parámetro de control de la legalidad comunitaria.

6. El resto de los agravios del recurso casatorio, a saber el reconocimiento del TPI de la existencia de un principio de responsabilidad objetiva de la CE (sin un comportamiento ilícito imputable a sus órganos), planteado por las instituciones demandadas<sup>294</sup>, y la duración excesiva del procedimiento en el TPI (alegado por las empresas actoras)<sup>295</sup>, no resultan de interés para el presente artículo.

El primero dado que el asunto que se examina, a saber el incumplimiento del Estado argentino de fallos del TPR, evidentemente, constituye un acto ilícito al ser violatorio del derecho mercosureño tanto material (normas sobre la libre circulación de mercaderías – Tratado de Asunción) como jurisdiccional (fallos del TPR que interpretan dichas normas y ordenan su acatamiento).

Y el segundo, en virtud de que no estamos ante un litigio judicial en trámite.

#### b) La desestimación de la defensa

---

<sup>247</sup> Previamente, en su sentencia Van Parys, el TJCE había declarado que, en las circunstancias de dicho caso, «un operador económico no puede invocar ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que una normativa comunitaria es incompatible con determinadas normas de la OMC, aun cuando el OSD haya declarado la incompatibilidad de dicha normativa con éstas» (considerando 54).

<sup>248</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerandos 125 a 127.

<sup>249</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 128.

<sup>250</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 130.

<sup>251</sup> TJCE, sentencia FIAMM y Fedon/Consejo y Comisión, cit., considerando 129, ver también considerandos 132 y 133.

1. Como se puede comprobar muy fácilmente, el TJCE distingue la responsabilidad de los Estados miembros (o de las instituciones del bloque) por actos u omisiones contrarios a derecho, según que la norma infringida provenga del derecho regional europeo o de los acuerdos de la OMC (incluyendo los actos adoptados en el marco del ESD).

2. En efecto, en el primer caso, la posición del Tribunal de Justicia resulta más objetiva y menos discrecional, limitándose a comprobar si ha existido una infracción al Derecho comunitario y si se da el resto de los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad estatal (doctrina Francovich y Factortame III). Para el Tribunal de Justicia toda actitud – pasiva o activa – del Estado miembro que sea contraria al derecho de la Comunidad cumple uno de los extremos habilitantes para el reclamo indemnizatorio, el cual quedará subordinado a la observancia de las demás exigencias.

Podría considerarse que la «violación» del Derecho comunitario, acreditada que sea, es un elemento objetivo a los fines de la responsabilidad estatal, sin perjuicio de que necesite revestir un carácter especial («manifiestamente calificada») ser la razón del perjuicio («relación de causalidad»). En otras palabras, el accionar del Estado miembro “es” o “no es” ajustado a derecho.

3. El principio de responsabilidad del Estado miembro por violación del derecho regional, tal como lo reconoció el TJCE en el asunto Francovich, se deriva de la necesidad de que sea garantizado a los particulares la “plena eficacia” de los derechos que les son atribuidos por el ordenamiento jurídico. Expresándolo de forma diferente, la vigencia efectiva y completa de la norma obliga a que los perjuicios resultantes para los particulares de su incumplimiento sean reparados debidamente.

En efecto, el TJCE sostuvo en aquella oportunidad<sup>252</sup> – en términos aplicables, pacíficamente, al MERCOSUR<sup>253</sup> – que:

– «... el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias...

– «... que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares...

– «... que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro».

---

<sup>252</sup> Si bien es cierto que algunos de los párrafos que se citarán a continuación han sido ya mencionados expresamente ut supra, la importancia de su nueva inclusión en esta parte del trabajo fundamentan la presente licencia reiterativa.

<sup>253</sup> Repárese, en este sentido, que el TJCE, en los párrafos que siguen, no menciona, ni hace alusión, a las supranacionalidad o intergubernamentalidad de las Comunidades Europeas.

– «[d]e todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

– «[l]a obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado [hoy artículo 10 CE; en el MERCOSUR, artículo 38 del POP], en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario...

– «[d]e todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables»<sup>254</sup>.

4. Es fácil advertir que no sucede lo mismo cuando la pretensión indemnizatoria lo es en relación a las normas de la OMC – que, como se señaló, no funcionan como baremo de la legalidad comunitaria –, supuesto en el cual el Tribunal de Justicia desestima casi de plano dicha posibilidad dado que, salvo los dos supuestos verdaderamente excepcionales (que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o que el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos de dicha Organización), en ningún otro caso un acto o omisión de la CE puede ser controlado en su ajuste con las normas de la OMC (incluyendo el supuesto en el que el incumplimiento haya sido reconocido por el propio OSD), paso previo para que la eventual incompatibilidad pueda ser invocada como causal generadora de responsabilidad patrimonial por los daños resultantes.

5. El supuesto de los exportadores argentinos de neumáticos nuevos – que como se dijo, sufren perjuicios por la aplicación de la medida compensatoria uruguaya –, y más en general el sistema el MERCOSUR, halla mayor sintonía, ciertamente, con el régimen aplicable por el TJCE en el supuesto de reparación por violación del derecho europeo.

6. Ello es así, no sólo porque tal como lo ha sostenido el TPR (Laudo N° 01/2007, citado), el MERCOSUR adhiere decididamente a la filosofía jurídica de la Comunidad Europea y de la Comunidad Andina antes que a la de la OMC, sino, principalmente, porque el Derecho del MERCOSUR<sup>255</sup> no es un ordenamiento jurídico con la característica de “flexibilidad” en cuanto a su cumplimiento que el TJCE pregona en relación a los acuerdos de la OMC, sino un sistema de derecho plenamente operativo, cuyo incumplimiento por los Estados Partes viene sancionado legalmente, llegado el caso, con la posibilidad de sufrir medidas compensatorias.

Como ya se recordó ut supra, las normas del derecho mercosureño, en palabras del TPR, «prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes»<sup>256</sup>, y en este sentido, dichos «Estados Partes no pueden alegar normas, disposiciones o prácticas del derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho del Mercosur»<sup>257</sup>. Precedentemente, el TAHM, en su primer Laudo, había sostenido «que en el contexto de los procesos de integración y de las

---

<sup>254</sup> TJCE, sentencia Francovich, cit., considerandos 31 (con cita de TJCE, sentencias Van Gend en Loos, cit., y de 15 de julio de 1964, Costa, asunto 6/64), 32 (con cita de TJCE, sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, asunto 106/77, y de 19 de junio de 1990, Factortame, asunto C-213/89), 33, 35, 36 (con cita de TJCE, sentencia Humblet, cit.) y 37.

<sup>255</sup> Como ya se señaló ut supra (ver VIII. §3.3.1, punto al que se remite por razones de brevedad).

<sup>256</sup> TPR, Norte, OC N° 01/2007, cit., Declaración N° 2.

<sup>257</sup> TPR, Laudo N° 01/2007, cit., considerando 10.10.

respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales»<sup>258</sup>.

No es ocioso reiterar lo dicho por el IX° TAHM, refiriéndose a las normas del bloque como una «normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes», y al «ordenamiento jurídico del MERCOSUR», en el sentido de «que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito [con cita de Pérez Otermín], ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”»; ordenamiento que «ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia [hoy Protocolo de Olivos]»<sup>259</sup>.

7. Por cierto que la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados Partes, en expresa sintonía con varios de los citados párrafos del precedente Francovich – y su remisión al asunto Simmenthal –, parece decididamente encaminada a reconocer que el juez nacional, a partir del Tratado de Asunción, es también “juez de la integración”, cabiéndole como tal la defensa y salvaguarda de los derechos que el ordenamiento regional confiere a los particulares.

En este sentido, es de destacar la línea de razonamiento judicial defendida, entre otros, por el Juzgado Federal de Paso de Los Libres (Corrientes, Argentina – JFPLL), por cierto órgano jurisdiccional afincado justamente en uno de los puntos más importantes de la frontera argentino–brasileña (Paso de Los Libres/AR–Uruguayana/BR). Así, entre sus decisiones más recientes, dicho tribunal federal argentino ha considerado, refiriéndose al «papel fundamental que juega el Tratado de Asunción» – cuyas normas, en su opinión, deben ser examinadas a partir de la perspectiva del Derecho comunitario y, en nuestro caso, bajo la cobertura del artículo 75, inciso 24, de la Constitución nacional<sup>260</sup> –, que «el Tratado en cuestión al encontrarse contemplado por el artículo 75 inciso 24 de la C.N., tiene jerarquía superior a las leyes, y se le[...] ha reconocido rango supralegal, pero inferior a la Constitución, siendo que la normativa comunitaria, cuya aplicación directa e inmediata resulta operativa para el juez nacional por imperio de los tratados de integración que rigen en la especie con carácter de supralegalidad e infraconstitucionalidad»; esta posición «pretende seguir la línea doctrinaria trazada en el derecho comunitario europeo a partir del caso “Simmenthal”: ‘Todo Juez nacional a quien se le “somete un asunto a considerar dentro del marco de su competencia, tiene la ‘obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los “derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin efecto toda “disposición eventualmente contraria [de] la ley nacional, ya sea ésta anterior ó “posterior a la regla comunitaria...”’». Reparando en dicha jurisprudencia del TJCE, el juez agregó – con cita de Ekmekdjian – que «...“...En la causa ‘Simmenthal II’, el Tribunal de Justicia de la Comunidad expreso que: “la aplicabilidad directa (...) significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez; por lo tanto, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de los particulares que son parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho

<sup>258</sup> TAHM, laudo aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, cit., considerando 62.

<sup>259</sup> TAHM, laudo estímulo a la industrialización de lana, asunto 1/03, cit., considerando VIII:63.

<sup>260</sup> Constitución nacional argentina, artículo 75, inciso 24, párrafo 1º, “Corresponde al Congreso:... 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

Comunitario; este efecto afecta igualmente a todo juez que, conociendo de un asunto en el marco de su competencia, tenga por misión, como órgano de un Estado miembro, salvaguardar los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario...”». Fundando lo expresado, trajo en su apoyo la Opinión Consultiva N° 01/2007, en la cual «el [T]ribunal [P]ermanente de Revisión del MERCOSUR,... ha dicho: “(...) las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del Derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes (...)” [...] Además, es dable destacar que en el Dictamen del relator de esta Opinión Consultiva afirmó que: “El Derecho de la integración prevalece sobre la ley nacional, sobre el derecho internacional público y privado, y sobre el orden público nacional e internacional, en razón de la naturaleza y finalidad del Derecho de la Integración”»<sup>261</sup>.

En la misma orientación se inscriben algunos fallos de los tribunales del <sup>262</sup>Paraguay. En efecto, tal es el caso del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala (de la Circunscripción Judicial de Asunción – TACC-3), quien, en su auto interlocutorio (A.I.) N° 408/06, al examinar la incompatibilidad entre el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Decisión CMC N° 01/94) y la ley paraguaya N° 194/93<sup>263</sup>, tras recordar el artículo 137 de la Constitución nacional<sup>264</sup> – norma «que indica la primacía de la norma comunitaria» – y varias disposiciones del Protocolo de Ouro Preto (sobre competencia de los órganos mercosureños), consideró que dicho «protocolo, en su art. 38, establece la obligación de los Estados Partes de asegurar, en los territorios respectivos, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR», entre éstas el citado Protocolo de Buenos Aires; que, «[e]n estas condiciones, el incumplimiento de lo previsto en un Protocolo del MERCOSUR, y peor aún, su incumplimiento expreso por un órgano jurisdiccional de la República, implica lisa y llanamente una violación de los compromisos internacionales asumidos y vigentes en el proceso de integración regional, y expone a la República del Paraguay a las sanciones y consecuencias previstas para el caso de incumpliendo, lo cual está sujeto al control de los órganos del MERCOSUR supra citados. En estas condiciones, es indudable que la normativa comunitaria impone expresamente el cumplimiento de las disposiciones emanadas de órganos del MERCOSUR y asimiladas a los ordenamientos locales. Esto hace que, por así decirlo, el orden público meramente “interno” de la ley 194/93 se vea superado por la cualidad de obligatoriedad inexcusables que las normas citadas imponen a la normativa emanada de los órganos comunitarios, y cuya inobservancia trae aparejada la posibilidad de sanciones y responsabilidad internacional en el marco del MERCOSUR»<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> JFPLL, “Volkswagen Argentina S.A. c/A.F.I.P. – D.G.A. Aduana de Paso de los Libres s/contencioso”, expte N° 1-10.595/06, registrada bajo N° 270, tomo V, folio 139, 20/10/08 (inédito – sentencia no firme), considerandos párrafos 10º, 12º (con cita de Vega y Graham), 13º, 15º y 16º, respectivamente (el subrayado fue agregado y el destacado es del tribunal); en igual sentido, sentencia de la misma fecha, “Volkswagen Argentina S.A. c/D.G.A. – Aduana de Paso de los Libres p/demanda contenciosa”, expte N° 1-10.875/07, registrada bajo el N° 269, tomo V, folio 139, 20/10/08 (inédito – sentencia no firme), considerandos párrafos 10º y ss.; y en forma previa, del mismo tribunal, “Transportes Rodoway Limitada c/AFIP-DGA s/amparo – medida cautelar”, expte. N° 2-10.280/05, registro 863, tomo II, N° 380/06, 11/05/06, considerandos párrafos 6º y ss., y “Padilla, Javier c/A.N.A.P. de los Libres p/contencioso”, expte. N° 262 -9.623/04, 05/05/08 (inédito: existe versión electrónica publicada en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) del 26/05/08 – sentencia no firme), considerandos párrafos 8º y ss.

<sup>263</sup> Cabe resaltar que el presente A.I. fue dictado en el marco del expediente que luego daría lugar a la primera Opinión Consultiva del TPR (Norte, OC N° 01/2007, cit.).

<sup>264</sup> Constitución nacional paraguaya, artículo 137, párrafo 1º, “De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

<sup>265</sup> TACC-3, “Norte S.A. Imp. Exp. c/Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante”, A.I. N° 408, 09/06/06 (inédito; puede encontrarse una versión on line en la página del CEDEP,

8. En este contexto, Petracchi – al momento Ministro de la CSJN –, ha destacado, con razón – refiriéndose al rol del juez nacional en el MERCOSUR –, que “[e]n nuestro ámbito habrá que idear soluciones acordes con la realidad de la región, idiosincrasia y cultura de sus pueblos y disponer de instrumentos procesales y sustanciales para la solución de los problemas que se susciten. Los jueces han de ser concientes de su responsabilidad en el conocimiento y difusión de las normas de derecho internacional y comunitario imperante en la región, en la problemática que puede involucrarse, interpretación y aplicación, su coordinación y compatibilidad con el derecho interno, que puede plantear cuestiones de legalidad, constitucionalidad, vigencia o derogación, su efectivo cumplimiento o su conversión en letra muerta. El desafío para los jueces consistirá en la aplicación de las normas del área para el mejor desarrollo del proceso de integración. Este desafío implica para el Juez Nacional el reto de convertirse en partícipe activo del proceso de integración y de la tutela de los derechos que de su ordenamiento resulten para los justiciables de la región, sin que por ello se desdibuje su legítimo actuar nacional en lo regional”<sup>266</sup>.

El papel del juez nacional como juez comunitario también fue destacado por la entonces Presidente del STF, Ministra Ellen Gracie, en ocasión de la “Sessão solene de Instalação ao Ano Judiciário de 2008”, quien al hacer alusión al Vº Encuentro del Fórum de Presidentes de Cortes Supremas del MERCOSUR (Brasilia, 09/11/07), señaló que dicho “Fórum tem o objetivo de marcar, de forma muito clara, a adesão dos judiciários nacionais aos ideais de integração, estabelecendo o exemplo para nossas magistraturas e preparando-as para a aplicação, o mais homogênea possível, do novo direito que deverá reger uma etapa de maior progresso e bem estar para nossos povos, e de inserção, em condições privilegiadas, nos mercados mundiais para nossos países”, agregando a continuación que “[a]creditamos que é o Direito e a aplicação do Direito, tal como compete aos Poderes Judiciários nacionais, que haverão de servir de conduto às iniciativas de superação dos desafios inerentes ao processo de integração”<sup>267</sup>.

Por su parte, el actual Presidente de la Corte Suprema brasileña (STF), Ministro Gilmar Mendes, al momento de criticar la posición reacia del STF en reconocer – en el pasado – efecto directo e inmediato a las normas del MERCOSUR<sup>268</sup>, destacó que “[o] surgimento da doutrina do efeito direto na Europa partiu inicialmente das instituições comunitárias, mais especificamente da Corte Européia de Justiça, e demorou para ser digerida pelos tribunais internos. Algo semelhante não aconteceu no Mercosul, até mesmo pela ausência de um tribunal nos moldes da Corte Européia de Justiça. A perspectiva que se abre ao Supremo Tribunal Federal e outros tribunais constitucionais é provocar um processo de afirmação da doutrina do efeito direto. Isso significaria um ativismo judicial poucas vezes antes visto, em que tribunais internos desenvolvem diretamente uma doutrina que contribuirá para o fortalecimento de um processo integracionista”. Más adelante, al examinar el PO y el mecanismo de las opiniones consultivas, resaltó que dicho instrumento “abre uma grande possibilidade para que tribunais internos, especialmente os tribunais internos de maior hierarquia dos membros do bloco, possam interagir diretamente com o Tribunal Permanente de Revisão, possibilitando uma atuação direta no processo de construção do Mercosul”, pero “além da maior interação dos tribunais superiores com o Tribunal Permanente de Revisão, a possibilidade de solicitação de opiniões consultivas permite que o direito do Mercosul tenha uma aplicação mais uniforme em cada Estado membro. [...] E aqui reside uma grande responsabilidade dos tribunais internos: a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, ao estimular os

---

<http://www.cedep.org.py/descargas/download/Compulsas%20de%20Norte%20Sociedad%20Anónima%20Importación.pdf>), foja 5. El subrayado no figura en el original.

<sup>266</sup> PETRACCHI, Enrique, entrevista “Derecho Comunitario debe regular la integración”, del 16/02/06, publicada en “Del ABC al Mercado Común Sudamericano: mercosur & abc”, extraído de <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=654&IdSeccion=7>, visitado el 12/04/06. La cursiva fue agregada.

<sup>267</sup> Ver publicación del citado discurso en DJe Nº 41/08, divulgação 06/03/08, publicação 07/03/08, pág. 34 (<http://www.stf.jus.br/>).

<sup>268</sup> Cf. STF, pleno, CR (AgRg) 8.279/AT, rel. Min. Celso de Mello, 17/06/98, DJU (Diário Judicial da União) 10/08/00 pág. 6, y RTJ (Revista Trimestral de Jurisprudência) 174/463-465.

vínculos entre direitos internos e direito do Mercosul, pode contribuir decisivamente para o fortalecimento do atual sistema e de seu desenvolvimento futuro<sup>269</sup>.

9. Las anteriores consideraciones, entre muchas otras que es posible encontrar en manifestaciones jurisprudenciales e institucionales de los tribunales internos de los Estados Partes, auguran que cualquier tesis que, en aras de construir una defensa estatal en el ámbito, basada en la imposibilidad de reclamarse la responsabilidad del Estado por violación del derecho mercosureño – incluyendo el supuesto que hemos identificado como responsabilidad “refleja” –, parecería seriamente condenada a su desestimación.

En particular en el marco de los procesos de integración, ha de quedar claro que la “efectividad” y “plena vigencia” del ordenamiento jurídico respectivo no sólo se garantiza con la existencia de órganos encargados de garantizar que los particulares puedan usufructuar de los derechos que lo son otorgados por aquel, sino, principalmente, con el reconocimiento de que las violaciones al mismo por el Estado – por acción u omisión –, cuando provoquen daños y perjuicios para dichos particulares, serán reparadas pecuniariamente.

De escaso o nulo valer es el derecho si su incumplimiento no viene acompañada de las medidas necesarias para resarcir dicha violación, y más aún cuando el afectado es el particular.

En este contexto adquiere valor la idea según la cual, las normas de todo proceso de integración – entre ellos el nuestro – tienen un destinatario directo, que no son los Estados o sus órganos, sino sus ciudadanos. Y desde esta perspectiva, lo cual también se observa claramente en otros procesos (Comunidad Andina, Comunidades Europeas), el ciudadano deberá tener en el juez nacional el último garante de sus derechos. No sin fundamentos suele decirse que los jueces internos son también “jueces de la integración”.

### XIII. CONCLUSIONES

1. El estado actual de situación del conflicto por el comercio de neumáticos remoldeados en el MERCOSUR, caracterizado por la ausencia de normas sobre la cuestión y las varias decisiones adoptadas en el marco sistema de solución de controversias, provoca una gran inseguridad jurídica y alimenta el inicio de procesos judiciales a nivel interno (cf. caso Brasil). A todo lo cual cabe agregar la delicada situación de Brasil, quien inexorablemente – salvo un cambio de circunstancias que no se observa en el corto plazo – deberá optar por honrar sus compromisos en el bloque o en la OMC, y en el presente contexto, cualquiera de ambas opciones podría provocar la aplicación de medidas compensatorias en su contra.

2. Independientemente de la materia de que se trate, el incumplimiento de una sentencia de un tribunal – más aún en el supuesto de un proceso de integración en etapa de profundización – constituye el más flagrante quebrantamiento del ordenamiento jurídico que un Estado puede propinar, tanto por sus consecuencias para el caso concreto como – en términos del TPR – para el propio esquema regional y su consolidación. Siendo estas últimas las más negativamente trascendentes e igualmente censurables.

3. La plena vigencia y efectividad de los derechos que el MERCOSUR otorga a los particulares requiere que su violación deba ser condenada, en especial reconociendo a los afectados por los perjuicios ocasionados por dicha violación el derecho de obtener una oportuna y proporcional

---

<sup>269</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar–BANDEIRA GALINDO, George R., “Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos Tribunais constitucionais”, ponencia presentada en el marco del VIº Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR, Brasilia, 21/11/08, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>, págs. 12 y 14 a 15. El subrayado fue adicionado.

reparación. En otras palabras, la obligatoriedad y operatividad del derecho del MERCOSUR exige el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial de los Estados Partes por los daños que sean consecuencia de su inobservancia.

4. Hace más de seis años, al comentarse la ley 25.626, se concluía que, visto los antecedentes del MERCOSUR (Laudo del TAHM, Uruguay/Brasil, 2001), “no resulta difícil imaginar que los importadores de este tipo de neumáticos, basados en la sentencia del Tribunal arbitral, planteen judicialmente la invalidez de los actos de aplicación de la ley 25.626, por ser incompatibles con el principio de la libre circulación de mercaderías que surge del Tratado de Asunción. Las anteriores anotaciones surgen, a tenor de los momentos de austeridad que al [E]stado le toca vivir, de necesaria relevancia e pertinencia. No debe perderse de vista que, tal como ocurriera por ejemplo en el caso La Virginia resuelto por la Corte Suprema en 1994, las indemnizaciones debidas por el incumplimiento de los acuerdos internacionales son afrontadas por las arcas públicas, es decir por los habitantes de toda la nación”<sup>270</sup>. El actual incumplimiento de las decisiones del TPR, por el Estado nacional, amplía la legitimación activa de posibles afectados, y con ello expone a las arcas públicas al deber de hacer frente a las consecuencias perjudiciales que tales actos u omisiones ilícitos – en tanto violaciones del derecho regional – ocasionan.

---

<sup>270</sup> Del autor, “Una ley que requiere ser recauchutada”, diario El Cronista Comercial, viernes, 27/09/02, Buenos Aires, pág. 31, <http://www.cronista.com>.