La Aduana en el Tratado del Mercosur (*)

POR *ENRIQUE C. BARREIRA*

SUMARIO

I.- LOS INTENTOS DE INTEGRACION EN AMERICA LATINA
A) La ALALC.
B) La ALADI.
C) El Tratado de Integración con Brasil.
D) La aceleración del acercamiento con Brasil.
E) El Acuerdo de Complementación Económica (ACE 14).

II.- EL TRATADO DE ASUNCION

III.- LA RELACION ENTRE EL MERCOSUR Y EL TRATADO DE INTEGRACION CON BRASIL

IV.- LA SITUACION ECONOMICA Y LA ACTITUD MENTAL DE LOS PAISES A INTEGRARSE

V.- EL PROGRAMA DE DESARME ARANCELARIO Y DE ELIMINACION DE RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS
A) El concepto de "gravámenes" y de "restricciones".
B) Los dos programas de desgravación.
C) El programa de desgravación dentro del Tratado.
D) El programa de profundización de la desgravación para miembros que, entre ellos, tengan regímenes preferenciales parciales.
E) Exclusiones al cronograma de desgravación.
F) Restricciones no arancelarias.

VI.- EL REGIMEN DE ORIGEN DE LAS MERCADERIAS

VII.- SISTEMA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS
A) El protocolo de Brasilia de 1991.
B) Procedimiento a instancias de uno de los Estados Partes.
C) Procedimiento a instancias de particulares.

VIII.- LAS CLAUSULAS DE SALVAGUARDIA. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES CON EL REGIMEN ANTIDUMPING

IX.- LAS FRONTERAS FISCALES

X.- EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE EXPORTACION

XI.- EL ARANCEL EXTERNO COMUN
A) La reducción unilateral del arancel general frente a terceros países y su incidencia en el sistema del Tratado.
B) La necesidad de una Nomenclatura Arancelaria común.

XII.- EL DESFASE EN EL CUMPLIMIENTO DEL TRATADO

XIII.- EL CONTROL FRONTERIZO COMUN EXTERNO

XIV.- LA CUESTION CONSTITUCIONAL

XV.- LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA APLICACION DEL ARANCEL EXTERNO COMUN

(*) Cuando en octubre de 1991 me encontraba trabajando sobre este tema, la "Guía Práctica del Exportador e Importador", me invitó a colaborar en un Número que dicha revista se encontraba preparando para conmemorar el Décimo Aniversario del Código Aduanero. Como el trabajo estaba destinado a ser publicado en la "Revista de Estudios Aduaneros", acordamos en que, con la conformidad de las autoridades de ambas publicaciones, el trabajo fuera publicado en ambos órganos, corriendo el riesgo de que algunos lectores se encontraran dos veces con el mismo material. Ante la posterior demora en la aparición de esta revista me he permitido efectuar algunas actualizaciones en el trabajo original.

I.- LOS INTENTOS DE INTEGRACION EN AMERICA LATINA

A) La ALALC.

Sin perjuicio de los intentos de integración que le anteceden, por su importancia práctica cabe destacar el que a instancias de la COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA de las Naciones Unidas (CEPAL) en 1956, desembocó en el Tratado de Montevideo del 18 de enero de 1960, que constituyó la ASOCIACION LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (ALALC). La misma se enmarcó en el ACUERDO GENERAL DE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (GATT), el cual había adoptado como principio cardinal el de la cláusula de la Nación más favorecida.

No obstante, como excepción a ese principio, el GATT admitió en su art. XXIV, apartados 4) y 5), la formación de "uniones aduaneras" y "zonas de libre comercio" siempre que cumplieran con determinadas condiciones, entre ellas que establecieran un programa para la realización de dichas uniones o zonas dentro de ciertos plazos.

Los estados miembros de la ALALC efectuaron reducciones anuales de gravámenes y restricciones que cada parte contratante concedió a las restantes (las denominadas "Listas nacionales"). Por otro lado, a un ritmo menor, se desarrolló la "Lista común", es decir un compromiso adoptado por la decisión colectiva de las Partes Contratantes que involucraba concesiones multilaterales entre todos los miembros.

En la década de los sesenta se efectuaron la mayoría de las concesiones. Luego la inercia dominó a la Asociación lo que frustraba todo avance en la reducción arancelaria.

El plazo de vigencia de la ALALC fue prorrogado por ocho años más. Vencidos éstos y ante el empantanamiento en que se debatía, sus miembros decidieron darla por finiquitada y constituir en 1980 la ASOCIACION LATINO AMERICANA DE INTEGRACION (ALADI).

Las razones del fracaso de la ALALC se debieron, por un lado, a la rigidez con que debía aplicarse la cláusula de la Nación más favorecida entre los estados miembros. Así, dos países que luego de arduas negociaciones y haciendo sacrificios arancelarios recíprocos respecto de determinadas mercaderías, reducían sus niveles arancelarios, se encontraban luego que, como consecuencia de la cláusula de la nación más favorecida, dichos esfuerzos aprovechaban a restantes miembros que no habían hecho ningún sacrificio arancelario como para merecerlo [1]. Esto llevó al desaliento en las negociaciones de concesión.

Por otra parte, la política comercial vigente en la década de los setenta, la crisis energética provocada en 1973/1974 con el "cartel" de los productores de petróleo, la intensificación de la competencia japonesa, la entrada en los mercados mundiales de los países recientemente industrializados de una alta competitividad, la decadencia relativa de la economía norteamericana y el cierre de la economía por parte de la Comunidad Económica Europea provocaron un resurgimiento del proteccionismo que fue a contrapelo del espíritu liberalizador del ALALC [2]. A ello se sumó que los países en vías de desarrollo que aspiraban a tener un perfil industrial comienzan a orquestar políticas industriales tendientes a

(1) María C. Boldorini, "Argentina y ALADI", en "El Comercio exterior argentino en la década de 1990", Consejo para las Relaciones Internacionales, 1991, pág. 394.

(2) Roberto Gilpin, "La Economía Política en las Relaciones Internacionales", Grupo Editor Latinoamericano, 1990, pág. 207.

la sustitución de las importaciones lo que era incompatible con un proceso de integración. El resultado fue la creación de industrias arancelariamente protegidas, competitivas entre los países miembros de la Asociación y no complementarias, lo que provocó la imposibilidad de reducir aranceles en sectores sensibles.

B) **La ALADI.**

La experiencia recogida con el fracaso de la ALALC indujo a los países miembros a limitar los alcances nocivos que había tenido la cláusula de la Nación más favorecida en el avance de las concesiones recíprocas. Mediante el Tratado de Montevideo del 12 de Agosto de 1980 nace la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) a quien se la dota de tres herramientas básicas [3]:

1) Un sistema de preferencias arancelarias "regionales" mediante el acuerdo multilateral de los once miembros (art. 5 del Tratado). A este fin se heredó el llamado patrimonio histórico de la ALALC con las negociaciones ya concertadas.

2) Los "Acuerdos de alcance regional" (art. 6 del Tratado) que asocian a todos los miembros; y

3) Los "Acuerdos de alcance parcial", que se convirtieron en el gran motor de la ALADI, ya que mediante ellos, dos o más miembros de la Asociación pueden darse preferencias entre ellos en excepción al principio de la cláusula de la nación más favorecida, no extendiendo las concesiones a los demás miembros. Este tipo de acuerdos le dieron la impronta bilateralista a la ALADI, permitiendo un entretejido de acuerdos preferenciales con vocación de generalización al resto de los miembros [4].

C) **El Tratado de Integración con Brasil.**

Los intentos de integración con Brasil comenzaron a plasmarse en Noviembre de 1985 en la Declaración de Iguazú de los Presidentes Alfonsín y Sarney y prosiguieron con la firma del "Acta para la Integración" del 29 de Julio de 1986 que celebraron ambos presidentes y que incluían doce Protocolos de importancia.

Así se llegó a la firma del Tratado de Integración el 29 de Noviembre de 1988 ratificado en la Argentina por la ley 23.695 y que entrara en vigor el 24 de Agosto de 1989.

A los fines de este trabajo lo destacable de este Tratado fue que en su art. 1ro. se resolvió que el territorio de los dos países integrarían "un espacio económico común", lo que pone de manifiesto la intención de crear un territorio aduanero único, lo que conlleva la existencia de un único y mismo régimen aduanero para ambos países.

En dicho tratado, además, se estableció que el camino hacia la integración se haría respetando ciertos principios, cuales eran los de "gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría", lo que permitiría la adaptación progresiva a las nuevas condiciones de competencia en que deberían desarrollarse los operadores económicos de cada país.

Aquí quedó de manifiesto la preocupación de las autoridades de ambos países por superar la "asimetría" entre los sistemas económicos de uno y de otro país.

La asimetría refleja los costos diferenciales que deben afrontar las empresas de cada uno de los países que no fueran debidos a la eficacia intrínseca de las mismas sino provocados por factores exógenos al ámbito de la decisión de los productores o al propio del proceso productivo [5]. Varios son los factores que inci-

(3) María C. Boldorini, ob. cit. pág. 395.
(4) María C. Boldorini, en la obra citada, pág. 395.
(5) Luis A. Eguivar y Rodolfo Rua Boeiro, "Mercosur", Ed. La Ley, 1991, página 92.

den en ella: las diferencias en la presión fiscal, en el régimen laboral y previsional, en el régimen cambiario y en el régimen crediticio.

La otra característica de este tratado consiste en que se prevé que la armonización de las políticas comerciales, tanto en sus aspectos aduaneros, de comercio, agrícola, industrial, etc., se efectúen a través de acuerdos específicos que deben ser aprobados por los poderes legislativos de cada uno de esos países (art. 4).

D) **La aceleración del acercamiento con Brasil.**

Mediante el Acta de Buenos Aires del 6 de Julio de 1990, celebrada entre los Presidentes Menem y Collor de Mello se aprecia un giro significativo respecto de los documentos anteriores. En el mismo se resuelve establecer un "mercado común" entre Brasil y Argentina y se acorta el plazo del período de transición hasta el 31 de Diciembre de 1994. Se limitaron así, los diez años originarios a fin de que la etapa más importante del proceso de integración pudiera ser completada dentro de la vigencia de los mandatos que ambos Presidentes, lo que reflejaba la firme decisión política de no cejar en el empeño de integración.

Por su parte en el Anexo I del Acta de Buenos Aires se estableció como columna vertebral de la metodología tendiente al mercado común las rebajas arancelarias y la eliminación de las barreras paraarancelarias. En cuanto a las primeras se pasa de la mención a la "flexibilidad, equilibrio, gradualismo y simetría" a un vocabulario mucho más enérgico al referirse a una "sistemática desgravación generalizada, lineal y automática" que debe haber sido finiquitada antes del 31 de Diciembre de 1994.

E) **El Acuerdo de Complementación Económica (ACE 14).**

En el seno del "Grupo Mercado Común" creado en el Anexo II del Tratado de Integración se decidió que todas las negociaciones en curso entre Argentina y Brasil acordadas en el ámbito de la ALADI fueran agrupadas en un único instrumento mediante un acuerdo de complementación económica.

De tal manera se celebró el Acuerdo de alcance parcial de fecha 20 de Diciembre de 1990 que fue registrado en la ALADI con el número 14 (ACE 14).

Este acuerdo tuvo por objetivo ampararse en el sistema de la ALADI a fin de evitar la extensión del principio de la cláusula de la nación más favorecida a otros miembros de la Asociación y prevenir una eventual impugnación por parte del GATT.

Los cuerpos principales del ACE 14 fueron:

a) Disposiciones Generales distribuidas en catorce capítulos. Dentro de éstas reviste fundamental importancia el programa de liberación contemplado en el Capítulo II en virtud del cual se contempla una rebaja arancelaria automática para todo el universo arancelario del 40% al 1ro. de Enero de 1991 y luego en forma lineal y progresiva de un 7% semestral hasta llegar al 100% de preferencia el 31 de Diciembre de 1994;

b) Preferencias renegociadas de las celebradas en el período 1962-1980 entre ambos países con un detalle completo de todo el universo arancelario de uno y otro país por separado a cuyo fin se lo efectuó conforme a la nomenclatura arancelaria de la ALADI, a la Nomenclatura de importación argentina y a la tarifa de importación brasileña; con una descripción de las posiciones arancelarias, de las preferencias mutuamente otorgadas y de las glosas o

limitaciones de dichas preferencias;

c) Listas de mercaderías excluidas del cronograma de desgravación por cada uno de los países (Anexos III y IV), los que debían reducirse en un 20% anual comenzando en Octubre de 1990;

d) Régimen de origen en Anexo V; y

e) Acuerdos de complementación sectorial, que se incorporaron para contemplar la integración de determinados sectores productivos de ambos países (bienes de capital, alimentos, etc.).

Este acuerdo de complementación ha revestido y reviste fundamental importancia no sólo en el proceso de integración con Brasil sino también en la concreción del Mercosur, ya que fue el impulsor de que Uruguay y Paraguay adhirieran a la idea de un mercado común más amplio y, además, en virtud del carácter bilateral y no extensivo a otros países, mantiene la característica de ser reaseguro de la decisión política de Brasil y Argentina en el cumplimiento de sus metas aún cuando el Mercosur se empantanara en virtud de negociaciones futuras (sobre esto remitimos a lo expresado en el Capítulo III).

II.- EL TRATADO DE ASUNCION

El 26 de Marzo de 1991 se celebró el Tratado para la constitución de un Mercado Común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay denominado "Tratado de Asunción" conforme al art. 23. El mismo fue ratificado por la República Argentina por la ley 23.981 (B.O. 12/9/91).

Dicho tratado busca cuatro fines primordiales:

a) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos a través del territorio de los cuatro países a cuyo fin prevé como herramientas esenciales la eliminación de los derechos de aduana y de las restricciones no arancelarias que la obstaculizan.

b) El establecimiento de un arancel externo común, que debe ser la lógica consecuencia de una política comercial común de la cual el arancel no es nada más que una manifestación.

c) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los cuatro países; y

d) La armonización de las legislaciones internas.

El Tratado prevé un período de transición para concretar esta búsqueda, fijando un plazo con vencimiento el día 31 de Diciembre de 1994; es decir alineándolo con el período de transición contemplado en el ACE 14 (Brasil y Argentina). Durante ese período de transición deberá concretarse el programa de desgravación arancelaria y de eliminación de las restricciones no arancelarias (Anexo I) y regirán determinadas reglas de origen de la mercadería (Anexo II), un sistema de solución de controversias (Anexo III) y un régimen de salvaguardia (Anexo IV).

A fin de que el Tratado de Asunción se pudiera amparar en el régimen que la ALADI contempla para los Acuerdos de Alcance Parcial (arts. 7 a 14 del Tratado de la ALADI), lo que por ende otorga su legitimación a la luz del art. XXIV apartados 4 y 5 del GATT, las partes celebraron el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica del 23 de enero de 1992 (ACE 18 en la numeración ALADI).

III.- LA RELACION ENTRE EL MERCOSUR Y EL TRATADO DE INTEGRACION CON BRASIL

En atención a que el proyecto de Mercado Común entre Argentina y Brasil propuesto en el Acta de Buenos Aires del 6 de Julio de 1990 se ha superpuesto con el proyecto de Mercado Común que surge del Tratado de Asunción (celebrado entre esos dos países y Paraguay y Uruguay), ha

surgido el interrogante de si este último ha hecho perder vigencia al primero o si, por lo menos, lo ha dejado carente de sentido y aplicabilidad. Algunas opiniones se han manifestado en este último sentido [6]. Otro punto de vista [7], con el cual nos alineamos, por el contrario considera que ambos tratados mantienen su vigencia y que su coexistencia tiene su razón de ser.

Tanto en el artículo 8 del Tratado de Asunción como en el artículo 12 de su Anexo I (Programa de Liberación Comercial) los Estados Partes se obligan a preservar los compromisos asumidos en el seno de la ALADI y acuerdan que las normas contenidas en el referido Anexo no serán de aplicación a los acuerdos de alcance parcial de complementación económica nro. 1 (Argentina-Uruguay), nro. 2 (Brasil-Uruguay), nro. 13 (Argentina-Paraguay) y nro. 14 (Argentina-Brasil), ni tampoco a los acuerdos comerciales o agropecuarios suscriptos en el marco de la ALADI. Esto ratifica la vigencia del Tratado de Integración con Brasil.

Estas normas no dejan dudas acerca de la válida coexistencia de ambos tratados, dentro del especial régimen del ALADI. La razón que aconseja dicha coexistencia radica en el deseo de impedir el estancamiento en el camino hacia la integración.

En la medida en que las decisiones de los órganos del Mercado Común deban ser tomadas por unanimidad (por consenso, dice el art. 16 del Tratado) [8], uno cualquiera de los países podría llegar a trabar el desarrollo hacia la integración. Pareciera que Argentina y Brasil, políticamente determinados a transitar este camino, habrían querido reservarse la posibilidad de que ante cualquier obstáculo que se planteara en el seno del Mercosur, pudieran proseguir con las tareas de integración a través del Tratado existente entre ellos dos.

Esta circunstancia cumple un efecto disuasorio para el planteo de cuestiones que pudieran trabar el camino a la integración.

IV.- LA SITUACION ECONOMICA Y LA ACTITUD MENTAL DE LOS PAISES A INTEGRARSE

Las diferencias de dimensión económica que presentan los cuatro países a integrarse en el Mercosur reflejan una preponderancia del Brasil y de la Argentina respecto de los otros dos socios. Entre los dos socios principales la diferencia en cuanto al tamaño de sus economías también reviste importancia. El Brasil tiene una población y un producto bruto que aproximadamente es 4 a 5 veces superior al de la República Argentina. Así, con una población brasileña en 1989 de 150 millones de habitantes, la Argentina reflejaba sólo 32,5 millones. Teniendo Brasil un producto bruto interno de 323,6 miles de millones de dólares, Argentina presentaba 79,40 miles de miles de millones de dólares.

Mientras tanto Uruguay y Paraguay presentan un producto bruto de 6,7 y 6,04 miles de millones de dólares para el mismo año 1989 con una población de 3 y 4 millones de habitantes respectivamente.

El gran mercado interno brasileño es el que ha permitido mantener ciertas economías de escala para sus industrias masivas que le ha posibilitado efectuar disminu-

(6) Héctor Gros Espiell, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", Revista El Derecho del 25 de Septiembre de 1991, Capítulo IV, punto 19 in fine.

(7) María C. Boldorini, ob. cit. pág. 398.

(8) En realidad el consenso no necesariamente implica unanimidad; este parte de la no necesidad de la emisión de un voto expresamente declarado, bastando la no oposición. Conlleva, generalmente, una previa negociación entre las partes.

ciones de costos que le han permitido competir ventajosamente en sus exportaciones.

Pero, por otra parte la industria brasileña ha sido protegida por el arancel así como por regímenes promocionales muy efectivos y restricciones no arancelarias, de las cuales les cuesta desprenderse.

En Brasil la estructura industrial tiene un peso político muy grande y su influencia ha inclinado al país a adoptar los intereses de dicho grupo como si fueran intereses nacionales, lo que se puede resumir en general en que para el empresario industrial brasileño la integración es una amenaza a la industria y que la amenaza a la industria brasileña es contraria a los bienes que debe tutelar el Estado brasileño [9].

No obstante, dicho sector ha debido rever sus posturas ante la hiperinflación, la altísima deuda externa que presenta Brasil (proporcionalmente tan gravosa como la que reconoce la Argentina), los incentivos y subsidios a la industria y la necesidad de reducir dichos subsidios ante la imposibilidad que tiene el Estado de proseguir con dichas políticas.

No obstante, la posición gubernamental, que debe hallarse más comprometida con el futuro a largo plazo de la Nación, es que la opción radica en la integración o bien la desaparición de los dos países de la escena económica mundial [10].

A diferencia de los esquemas de integración anteriores que buscaban solamente la expansión del mercado "cautivo" para las industrias propias, el Mercosur concibe la integración como una herramienta útil para enfrentar la política comercial de los terceros países. De tal manera, a la vez que las ventajas de un mercado común se buscan las ventajas de una "sindicación" de los intereses de una política de comercio exterior de los cuatro miembros. Esta postura que da la cara hacia el comercio del bloque frente a los terceros países, implica la necesidad de que la política industrial tienda a un incremento de la calidad, la disminución de los costos, el cumplimiento en los plazos de entrega, la estabilidad en la relación proveedor/cliente y el ejercicio en las prácticas de la dura competencia internacional [11].

De tal manera, el Mercosur en sus comienzos, solía ser vivido por los empresarios argentinos como una necesidad, mientras que los brasileños eran reacios a asumirlo pese a advertir las conveniencias del mismo. El gran intercambio comercial que comenzó a ser favorable a Brasil aminoró estos sentimientos.

Por su parte Paraguay y Uruguay ven la posibilidad mediante este proyecto de integrarse en un bloque en el cual pueden tener un importante protagonismo que potencie sus economías.

V.- EL PROGRAMA DE DESARME ARANCELARIO Y DE ELIMINACION DE RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS

En el Anexo I del Tratado de Asunción se contempla el denominado Programa de Liberación Comercial mediante el cual se llegará a la eliminación de los gravámenes y demás restricciones antes del 31 de Diciembre de 1994.

A) El concepto de "gravámenes" y de restricciones".

Los gravámenes cuya eliminación se

(9) Exposición del economista brasileño Mauro Arruda en las Conferencias Introductorias del Coloquio del Instituto para el Desarrollo de Empresarios en la Argentina (IDEA) de octubre de 1991.

(10) Así lo expresó la Secretaria Nacional de Economía del Brasil Dorothea Werneck en la reunión referida en la nota 5.

(11) Conferencia de la Secretaria Werneck resumida en la Revista de IDEA de Septiembre de 1991, pág. 77.

busca no son solamente los derechos de aduana sino todos otros tributos o recargos que tuvieran efectos equivalentes a los derechos de aduana, incluyendo otro tipo de cargas que obedecieran a razones monetarias, cambiarias o de cualquier naturaleza y que "incidan" sobre el comercio exterior; excluyendo solamente las tasas y otros recargos que constituyan la retribución de ciertos servicios prestados siempre que los importes de los mismos respondan al costo aproximado de dichos servicios. Esta definición reconoce su antecedente en el art. 3 inciso 2 del Tratado que estableció la ALALC.

Como se puede advertir el concepto es muy amplio y alcanza a cargas tan disímiles como las diferencias de tipo de cambio, contribuciones para fondos específicos, etc.

En cuanto a las restricciones no se limitan a las "prohibiciones" tal como las concibe nuestro Código Aduanero en los arts. 608 y siguientes, sino que más bien abarcan todas aquellas restricciones operativas que en forma abierta o encubierta dificulten la libre circulación a través de las fronteras y que, como es sabido, han sido ampliamente utilizadas como un sustituto del arancel por parte de los países que pretendían burlar las limitaciones convencionadas a ese respecto. Este es el caso de la denominada "tasa de estadística" de la República Argentina que diera tanto que hablar a fines de 1992 con su incremento del 3 al 10% a fin de paliar la ola de importaciones argentina provenientes de Brasil.

B) **Los dos programas de desgravación.**

El régimen de desgravación contempla dos aspectos:

a) En el art. 3ro. se establece un Programa de Desgravación "dentro del Tratado de Asunción" conforme al cual hay una desgravación lineal progresiva y automática de "todos contra todos";

b) En cambio, en el art. 4to. se contempla la profundización de la desgravación para aquellos miembros del Mercosur que tuvieran celebrados acuerdos de alcance parcial que no fueran extensivos a otros miembros del mismo Tratado de Asunción. Es decir, los que tienen algo negociado por fuera del Mercosur deberán profundizar dicha desgravación en virtud de este art. 4 pero sin extenderse a los demás miembros.

C) **El programa de desgravación dentro del Tratado.**

El Programa de Desgravación contemplado en el art. 3ro. es caracterizado como "progresivo, lineal y automático" y consiste en el otorgamiento automático de preferencias porcentuales sobre los aranceles que cada uno de los países posee para las importaciones de terceros países que no son miembros de la ALADI. Este programa abarca el total del universo arancelario clasificado de acuerdo a la Nomenclatura Arancelaria para la ALADI.

Las preferencias están reguladas en este Tratado, al igual que en el ACE 14, de manera inversa a como se hacía en el ALALC. Es decir en vez de establecer el arancel residual que se va a aplicar como consecuencia de la desgravación, en el Tratado se contempla el porcentaje en que se va a disminuir el arancel general aplicable a los países de extrazona. Como consecuencia de ello el arancel residual resulta de restar del arancel general el porcentual de preferencia que emerge de la tabla del art. 3 del Tratado.

Esto posibilita que si hubiera variaciones para arriba o para abajo del arancel general, los porcentuales de preferencia puedan seguir siendo aplicados en forma lineal y automática prescindiendo del arancel residual existente con anterioridad.

Ello se advierte en el hecho de que si durante el período de transición se reduce el arancel general vigente para países de extrazona, la preferencia se aplicará sobre el arancel así reducido y en la fecha en que entre en vigor este último (art. 3ro. párrafo cuarto). Si en vez, el arancel general para terceros países se elevara, el porcentual progresivo y lineal seguirá calculándose sobre la base del arancel base, que hubiera estado vigente el 1ro. de Enero de 1991. Esto último regirá aún cuando el incremento arancelario se establezca con la modalidad de derechos específicos mínimos, únicos o adicionales (art. 622 Código Aduanero argentino), en la medida en que la liquidación de los mismos implicara una tributación mayor que la vigente en la fecha antes mencionada.

Por vía de ejemplo digamos que si al mes de mayo de 1993 tenemos una mercadería a la cual se le aplica un arancel general del 20% y no existe respecto de la misma ningún acuerdo de alcance parcial con ninguno de los miembros del Mercosur deberá aplicarse, respecto de estos últimos, una reducción del 68% de preferencia, lo que significa una preferencia de 13,60, la que restada del arancel arroja un arancel residual aplicable a los países miembros del 6,40%.

Si este arancel se disminuyera en junio de 1993 al 10% se aplicará automáticamente la preferencia del 68% sobre este nuevo nivel arancelario de manera que habrá una preferencia de 6,8 que, restada del arancel general, arrojará un arancel residual aplicable a los países del Mercosur del 3,2%.

A la inversa, si el arancel del 20% puesto como ejemplo fuera elevado al 25%, la preferencia del 68%, seguirá siendo aplicada sobre el arancel originario del 20% y si esta elevación se produjera en uno de los períodos siguientes, como por ejemplo entre el 30/6/93 y el 31/12/93 deberá aplicarse el 75% de preferencia sobre el arancel vigente al 1/11/91 que, en el ejemplo, era el del 20%.

D) **El programa de profundización de la desgravación para miembros que, entre ellos, tengan regímenes preferenciales parciales.**

Como hemos dicho antes, en el art. 4to. se fija una escala para alinear el régimen progresivo de desgravación del Mercosur con aquellos otros regímenes parciales de desgravación que existieran entre dos o más miembros del Mercosur.

La intención es profundizar este sistema de desgravación con lo cual es Mercosur actúa como un acelerador del desarme arancelario entre las partes.

No se puede comprender esta cláusula si no tenemos presente que el espíritu de la ALADI, a través de los Acuerdos de Alcance Parcial, posibilita compartimientos estancos que evitan la extensión de las ventajas arancelarias a los demás miembros de la propia ALADI (art. 7, párrafo 2 del Tratado de la ALADI), salvo que estos últimos optaran por adherir al acuerdo (art. 9 inciso a) del Tratado de la ALADI) lo que implicará el tener que asumir, a través de una previa negociación, concesiones equivalentes a las efectuadas por los demás miembros de dicho acuerdo parcial.

Prueba de ello está en que el propio Tratado establece que las normas del mismo no son de aplicación a los Acuerdos de Alcance Parcial que se hubieren celebrado entre dos o más miembros del mismo (art. 12 del Anexo I). De tal manera deberán tenerse en cuenta los Acuerdos de Alcance Parcial celebrados entre Argentina y Uruguay (ACE 1) conocido como CAUCE, el Acuerdo entre Brasil y Uruguay (ACE 2), el acuerdo entre Argentina y Paraguay (ACE 13) y el Acuerdo entre Argentina y Brasil (ACE 14) a fin de que si

partieran de otras escalas y, por ejemplo, se hallaran a mitad camino en el programa de desgravación, las escalas del Tratado de Asunción se adicionen a aquellas pero dentro del sistema del Acuerdo de Alcance Parcial exclusivamente, sin que puedan beneficiar a los demás integrantes del Mercosur.

E) **Exclusiones al cronograma de desgravación.**

Pese a la manifestación de que el programa de liberación comercial abarca al universo arancelario clasificado en la NALADI, los países celebrantes han efectuado reservas respecto de ciertas mercaderías que quedarán excluidas del cronograma de los arts. 3ro. y 4to.

Los listados de excepciones se irán reduciendo el 31 de Diciembre de cada año de acuerdo a un cronograma que, en el caso de Brasil y Argentina abarca un 20% anual de los items indicados, habiéndosele dado comienzo el 31 de Diciembre de 1990.

En razón de que Argentina y Brasil habían comenzado con este régimen de exclusiones desde la firma del ACE 14, se contempla para Paraguay y Uruguay un sistema más benigno de reducción de estas exclusiones, comenzando con un 10% a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Asunción, otro 10% al 31 de Diciembre de 1991 y luego un 20% anual que las coloca con un desfasaje favorable de un año respecto de los otros dos países.

Las mercaderías que vayan siendo retiradas de estas listas de exclusiones entran automáticamente en el régimen de desgravación arancelaria contemplado en los arts. 3 y 4 aplicándosele el porcentaje de desgravación previsto para las fechas en que dichos retiros se vayan produciendo.

F) **Restricciones no arancelarias.**

En lo que se refiere a las restricciones no arancelarias se prevé que en el Acuerdo de Alcance Parcial a celebrarse como complementario del Tratado de Asunción las partes establecerán cuales son las únicas restricciones no arancelarias que mantendrán vigentes hasta el 31 de Diciembre de 1994 (art. 10 del Anexo I).

En el Tratado de Integración con Brasil (art. 11) se dispuso el listado de restricciones no arancelarias que cada uno de los dos países mantendría durante el período de transición, lo que quedó plasmado en sendas notas complementarias que sirvieron de base para los listados del Tratado de Asunción.

VI.- EL REGIMEN DE ORIGEN DE LAS MERCADERIAS

En una época de acerba guerra arancelaria, Inglaterra y Francia celebraron en 1786 un Tratado mediante el cual se fijaban derechos de importación idénticos para mercaderías similares de ambos países.

Mediante este acuerdo que recibió la denominación de Tratado "Eden" por el nombre del ministro inglés que lo firmó, Inglaterra predominó en virtud de haber tenido una industria perfeccionada y organizada y también porque rechazó la "identidad" de muchos "artículos de París" que eran los productos de mayor valor agregado que exportaba Francia. El resultado consistió en que Francia no pudo entonces compensar las importaciones de productos ingleses en su propio territorio[12].

Esta fue una de las primeras manifestaciones de la necesidad de sentar reglas que establecieran claramente la acreditación del "origen" de las mercaderías negociadas.

(12) Ovidio Víctor Schiopetto, "Nociones de Política Económica Internacional", Buenos Aires, 1935, Tomo I, pág. 63.

A partir de entonces los países han fijado regímenes de origen cuando por vía de convenciones establecen preferencias comerciales para determinadas importaciones. Dichos regímenes pueden tener carácter convencional o bien unilateral (caso del art. 14 del Cód. Aduanero argentino), a fin de llenar un vacío en el supuesto de ser necesaria la determinación del origen sin que haya instrumento convencional aplicable.

En los tratados de integración como el que nos ocupa el fundamento de la determinación de las reglas de origen se justifica por la existencia de aranceles diferentes aplicables a los países de extrazona.

Las diferencias de nivel arancelario que para una misma mercadería reconocen los aranceles generales (para terceros países) de los diferentes miembros asociados, pueden implicar ventajas comparativas indeseables que es necesario evitar pues para alguno de estos países con bajos aranceles generales podría llegar a ser ventajoso importar insumos que, luego de una transformación o ensamblado, se transformen en una nueva mercadería que se vendería en el Mercosur como originaria del país importador del insumo.

De este razonamiento se desprende que cuando desaparezca la diferencia de niveles arancelarios para los países extrazona mediante la adopción de un arancel externo común la razón de ser de las reglas de origen habrán desaparecido [13].

No obstante, será importante que los países del Mercosur adopten, igualmente, una regla de origen común aplicable a los países extracomunitarios que operarán en las negociaciones aconsejadas por sus políticas comerciales externas comunes.

Al igual que en las legislaciones aduaneras más modernas hoy vigentes, el Tratado distingue entre las mercaderías totalmente producidas en un país determinado, caso en el que sólo hay un país a tener en cuenta, y aquellas otras en cuya producción intervienen dos o más países, que son las que mayores dificultades presentan.

El régimen de origen contemplado en el Anexo II del Tratado recepta el listado contemplado en el Anexo I de la Resolución 78 del Comité de Representantes de la ALADI y, además establece criterios respecto de las mercaderías en cuya elaboración intervinieren mercaderías o materiales originarios de terceros países.

Respecto de este último punto contempla el criterio del cambio de la partida arancelaria salvo que las transformaciones fueren "no sustanciales" y realizadas con la totalidad de los insumos de los países de extrazona o que se exigiera además un valor añadido mínimo.

En los casos de transformación sin cambio de posición arancelaria se recepta el criterio ya existente en el seno de la ALALC de que bastará que el valor CIF del puerto de destino de los insumos extrazona no exceda el 50% del valor de exportación con el que sale del estado miembro.

De todas maneras en forma transitoria hasta el 31 de Diciembre de 1994 se dispone que a las mercaderías que fueran producto de ensamble y montaje en el territorio de un Estado Parte y en las cuales los materiales de origen zonal no fueran menos del 40% del valor FOB de exportación del producto final se le concederá el origen zonal.

El criterio del porcentaje del valor agregado intrazona ha sido objeto de críticas. Por un lado porque adoptar criterios que, como estos descansan en sustentos contables se presta a operaciones económicas poco escrupulosas y por el otro porque si un elementos de tecnología de punta supera el 50% del valor del producto resul-

(13) Eguivar y Rua Boeiro, obra citada, pág. 82.

tante no sería conveniente negarle a este último el origen intrazonal [14].

No obstante, las partes pueden determinar requisitos específicos de origen que prevalecerán sobre los criterios antes mencionados; ya que estos últimos tienen el carácter de normas básicas, es decir, son un soporte mínimo para los casos que no sean objeto de expresa regulación (Art. 3 del Anexo II).

En cuanto a los materiales e insumos de un Estado Parte incorporados por otro Estado Parte en la elaboración de determinada mercadería, serán considerados originarios de este último (Art. 7 del Anexo II).

Tomando un principio existente en el Anexo D-1 de la Convención Internacional sobre Armonización y Simplificación de los Regímenes Aduaneros de Kyoto de 1973 se establece que para beneficiarse con el régimen del Tratado, las mercaderías originarias deben haberse expedido directamente del país exportador al país importador, disponiendo que en el supuesto caso de existir tránsito directo por un tercer país ajeno al Mercosur el mismo debe efectuarse bajo vigilancia aduanera.

Finalmente se disponen reglas para la emisión de certificados que acrediten el origen, previendo la necesidad de establecer un régimen armonizado para castigar la falsedad de los mismos.

Sin perjuicio de ello se contempla la aplicación de las acciones penales correspondientes que, obviamente, serán las contempladas por las legislaciones internas de cada Estado Parte.

VII.- SISTEMA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS

A) El Protocolo de Brasilia de 1991.

El Anexo III del Tratado de Asunción dispone unas pocas reglas para la solución de controversias que se pudieran plantear entre los Estados Partes. No obstante la pobreza de las mismas, o quizás debido a ella, se previó que dentro de los 120 días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común debía elevar a los gobiernos de los Estados Partes una propuesta para la solución de controversias durante el período de transición. Esta previsión dio origen al "Protocolo de Brasilia para la solución de Controversias" del 17 de Diciembre de 1991.

Yendo más allá de la letra del Tratado, este Protocolo deja entrever su inquietud por contemplar, además de los intereses de los Estados Partes, los intereses de los particulares de cada uno de ellos, respecto de las medidas adoptadas por los otros Estados Partes, si bien los obliga a canalizar sus reclamos a través del Estado al cual pertenecen.

Este Protocolo está destinado a prestar servicios solamente durante el período de transición es decir hasta el 31 de Diciembre de 1994, aún cuando el art. 34 del mismo prevé su vigencia hasta que entre en vigor un sistema permanente de solución de controversias.

B) Procedimientos a instancias de uno de los Estados Partes.

El Protocolo de Brasilia dispone un sistema de solución de las controversias que surjan entre los Estados integrantes, no solamente sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción sino también respecto de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo de Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

El sistema se divide en etapas.

(14) Eguivar y Rua Boeiro, obra citada, págs. 82/83.

1) **Primera Etapa**. La primera es de negociaciones directas entre las partes, las que se informarán al Grupo Mercado Común y que, en principio no debieran exceder del apremiante plazo de 15 días.

2) **Segunda Etapa**. Frustrada la primera etapa se abre la segunda con el sometimiento de la cuestión a la consideración del Grupo Mercado Común a instancias de cualquiera de los Estados involucrados. Este organismo oirá ambas partes y podrá requerir el asesoramiento de expertos seleccionados de un listado preexistente que se confeccionará al efecto, tras lo cual formulará recomendaciones a las partes. Para esta etapa se prevé un máximo de 30 días que, a nuestro juicio, se verá rebalsado por la realidad.

3) **Tercera Etapa**. La misma comenzará una vez que hubieran fracasado los dos procedimientos antes descriptos cuando cualquiera de las partes comunique a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral.

Las partes están obligadas a someterse a la jurisdicción del Tribunal Arbitral que, en cada caso, se constituirá para conocer y resolver la controversia. El mismo estará integrado por tres árbitros pertenecientes a una lista de juristas de conocida solvencia, previamente elaborada y que se halla en poder de la Secretaría Administrativa. De esa lista, cada Estado designará un árbitro y éstos designarán a otro que no podrá ser nacional de los Estados Partes involucrados.

Es interesante advertir que los árbitros se hallan habilitados para dictar medidas cautelares (denominadas "provisionales" en el Protocolo). Dictado el laudo arbitral este es inapelable, obligatorio y con fuerza de cosa juzgada. Si uno de los Estados Partes no cumpliera con el laudo dentro de los 30 días, se autoriza a los otros Estados Partes a adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras de efectos equivalentes.

C) **Procedimiento a instancia de particulares.**

El Protocolo de Brasilia admite que los particulares afectados puedan formalizar sus reclamos contra medidas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal en violación al plexo normativo del Tratado, sus Acuerdos Complementarios y los actos emanados de sus órganos. Dicho reclamo debe ser presentado ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte en el cual el reclamante tuviera su residencia habitual o la sede de sus negocios.

Al contemplarse el reclamo ante la Sección Nacional correspondiente a su propio país se reafirma el criterio de protección de los derechos e intereses del Estado mas que los del individuo en sí mismo, lo que lleva a que, en definitiva, el sujeto de derecho a los fines de la reclamación es el Estado de la nacionalidad del individuo afectado.

En consecuencia, difícilmente podrá ser oído el reclamo si la medida restrictiva, discriminatoria o de competencia desleal ha sido tomada en el marco de una negociación en la que ha participado el Estado al cual el reclamante pertenece, aunque la misma pueda estar viciada por haberse dictado en oposición al propio Tratado o sus instrumentos complementarios.

No cabría entonces, una acción impugnatoria contra los actos en que hubiera participado el Estado al cual perteneciera el reclamante. Más bien el procedimiento está concebido en contra de medidas unilaterales de otro Estado Parte.

El acto jurídico internacional, así dictado, al contemplar la voluntad de dos o más Estados Partes, quedaría fuera de la esfera de revisión de cada uno de ellos, gozando

de estabilidad. Consideramos que al particular afectado le quedaría, no obstante, la acción resarcitoria contra el Estado al cual pertenece, en la medida en que haya sido coautor del acto que lo agravia.

VIII.- LAS CLAUSULAS DE SALVAGUARDIA. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES CON EL REGIMEN ANTIDUMPING

La cláusula de salvaguardia reconoce su paternidad en la "escape clause" introducida en el Acuerdo Comercial Recíproco celebrado entre México y Estados Unidos de América el 23 de diciembre de 1942. La misma fue adoptada para ser incluida en todo acuerdo comercial que celebraran los Estados Unidos de América, conforme una orden ejecutiva dictada por el Presidente de ese país en febrero de 1947. De allí pasó al art. XIX del GATT[15].

Este tipo de cláusulas, muy comunes en los tratados en los que existen reducciones arancelarias y no arancelarias, tienen por finalidad dejar a las partes contratantes a salvo de los perjuicios imprevistos que pueda traer aparejada la aplicación de las disposiciones del Tratado.

En el caso que nos ocupa se contempla que si las importaciones de determinado tipo de mercadería causaran daño o amenazaran causar un daño grave al mercado del país importador, como consecuencia de producirse un aumento sensible de las importaciones de esa mercadería en un lapso breve, el país importador se hallará en condiciones de hacer uso de esta cláusula de salvaguardia a cuyo fin puede solicitar que se proceda a una ronda de "consultas".

Agrega el Tratado (art. 1, párrafo 2do. del Anexo IV) que los Estados Partes sólo recurrirán a esta claúsula de escape en casos excepcionales.

Esto lo diferencia de la redacción del art. XIX del GATT que contempla como requisito para la aplicación de la cláusula el que hubiera habido "desarrollos imprevistos" ("unforseen developments") conjugados con el "efecto de las obligaciones asumidas por una parte contratante".

Esta redacción ha movido a emparentarla con la doctrina "rebus sic stantibus" [16] conforme a la cual la subsistencia de una relación contractual depende de la persistencia de las circunstancias existentes al concluir el contrato que eran debidamente presupuestas y cuya variación no era previsible para las partes contratantes[17].

En vez, el Tratado de Asunción no requiere imprevisibilidad, sino mera excepcionalidad, lo que no deja de presentar cierto realismo ya que la imprevisión exigida en el GATT plantea serios problemas de prueba y de juzgamiento de la misma[18].

Asimismo, a diferencia de lo que dispone la cláusula de salvaguardia del art. XIX del GATT, aquí se menciona como sujeto pasivo del daño real o potencial al "mercado" del país importador y no a los "productores domésticos" de la mercadería competitiva o similar del país importador. Esto nos está indicando que el bien jurídico tutelado por la norma no solamente es el interés directo del "sector productivo" sino que también lo es el equilibrio del propio mercado del país importador; lo que interesa no sólo a los particulares sino al propio

(15) John Jackson, "World Trade and the Law of GATT", Michigan, 1969, parágrafo 23.1, página 553.
(16) Kenneth W. Dam, "The Gatt, Law and the International Economic Organization" The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1970, página 99.
(17) Karl Larenz, "Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 27.
(18) Kenneth W. Dam, obra citada, página 101.

Estado Parte afectado en casos tales como, por ejemplo, la existencia de un flujo sorpresivo de los medios de pago con que cuenta este último. El Tratado de Asunción no prevé la legitimación de restricciones a la importación para proteger el equilibrio de la balanza de pagos como el contemplado en el art. XII del GATT.

No debe confundirse esta cláusula con el régimen del "dumping" ya que en este último hay una práctica discriminatoria de precios entre distintos mercados, contraria a las reglas de la sana competencia comercial internacional que en el caso de la cláusula de salvaguardia puede no llegar a existir. Es más, puede ser que ni siquiera haya diferencias de precio entre el precio del mercado doméstico del país exportador y el precio FOB de la mercadería en cuestión y sin embargo, por otras razones ajenas al precio, darse las condiciones de un sensible aumento en las importaciones en un corto período que causen perjuicio a la estabilidad del mercado del país importador.

Por dichas razones, si bien ambos institutos corren por andariveles paralelos cumplen funciones diferentes.

No cabe duda, no obstante, que es necesario el establecimiento de un régimen antidumping común frente a importaciones depredatorias de mercaderías procedentes de extrazona, lo que está expresamente contemplado en el art. 4 del Tratado.

Por otra parte, si bien el régimen antidumping es un sistema con objetivos diferentes a los existentes en las legislaciones que tienden a proteger la defensa de la competencia, no obstante, debería procederse rápidamente a armonizar una legislación común para los casos lesivos del régimen de la libre competencia, pues ello se constituirá en una necesidad insoslayable inmediatamente después de terminado el período de transición; ya que, una vez finiquitado dicho período y habiendo libre circulación de bienes y servicios, el régimen de derechos antidumping y compensatorios deberá dejarse de aplicar entre los Estados miembros, haciendo necesarias reglas claras respecto de la defensa de la competencia así como de la lealtad comercial que sean aplicables por igual a todas las empresas de los Estados Partes y por un tribunal imparcial con competencia suficiente.

Volviendo a las cláusulas de salvaguardia, el Tratado de Asunción dispone que el país importador que solicite las consultas deberá justificar el pedido de las mismas relatando los hechos y las razones que lo impulsan a ello. Esta justificación es importante en la medida en que el uso de esta cláusula debe ser excepcional en virtud de las posibles retorsiones o pedidos de carácter "compensatorio" a que pueden dar lugar. Este carácter restrictivo del uso de la cláusula de salvaguardia se refleja además, en que estas medidas solamente pueden solicitarse una sola vez para cada tipo de mercadería (art. 5, Anexo IV).

El Grupo Mercado Común debe iniciar las consultas dentro de los diez días corridos a partir de la presentación del país perjudicado y debe tomar una decisión al respecto dentro de los veinte días corridos desde que se iniciara el procedimiento de las consultas.

En el trámite de las referidas consultas las partes negociarán una cuota de importación, es decir un contingente o cupo de volumen máximo de importaciones anual.

Si vencido el plazo de consulta no hubiera acuerdo, el país importador podrá fijar unilateralmente una cuota que se mantendrá por un año y que no podrá ser menor al promedio del volumen físico correspondiente a los tres últimos años calendario. Esta fijación unilateral permite descomprimir la tensión brindando un alivio al país afectado y, por otra parte, la

fijación de un cupo evita que se desande el camino transitado a través del Acuerdo.

Por el art. 7 de este Anexo IV se contempla el pedido de realización de consultas en los casos en que algún Estado Parte se considere afectado por grandes dificultades en sus actividades económicas que no necesariamente consistan en daños o amenazas de daño a su mercado provocadas por una ola súbita de importaciones. Esta cláusula, que habría sido incluida a instancias de la República Oriental del Uruguay, está destinada a prevenir otro tipo de inconvenientes no previstos por las partes.

IX.- LAS FRONTERAS FISCALES

El art. 7 del Tratado dispone que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos los productos originarios del territorio de un estado recibirán el mismo tratamiento que se aplicará al producto nacional.

Esta redacción, muy similar a la existente en los arts. 95 a 98 del Tratado de Roma que instituyó la Comunidad Económica Europea e inspirada en el principio ya existente en el Art. III del GATT tiende, como hemos visto, a igualar el tratamiento de los "productos" y no de los "productores".

En consecuencia se prohíbe toda discriminación fiscal entre productos nacionales e importados lo que plantea el problema de las diferencias de los niveles de los impuestos indirectos que se trasladan en cada una de las etapas de comercialización hasta desembocar en el consumidor final (es decir el usuario del país importador), que es quien, en definitiva, soporta la carga fiscal.

En el caso de los impuestos indirectos, el país exportador suele restituir el importe de los mismos en el momento en que la mercadería es exportada, lo que implica que cuando dicha mercadería ingresa en el país importador su precio reconoce una menor incidencia tributaria que la de la mercadería similar competitiva de carácter nacional. Es por ello, que, a fin de igualar el tratamiento de la mercadería importada con la de origen nacional, el país importador grava a dicha mercadería importada con los impuestos indirectos aplicables sobre la mercadería nacional.

De tal manera, aún cuando se eliminaran los derechos de importación y tributos equivalentes y las restricciones no tributarias la Aduana debería igualmente, ejercer un control tendiente a la recaudación de dichos impuestos interiores a fin de equiparar el tratamiento que se le otorga a la mercadería en uno y otro país; por lo menos hasta tanto ambos países establezcan un sistema de tributación uniforme cuya recaudación dé lugar a posteriores compensaciones entre los Estados Partes. Tal es lo que se tiene pensado para la supresión de las fronteras fiscales en el mercado de la Comunidad Económica Europea [19].

X.- EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE EXPORTACION

El Tratado de Asunción no establece un sistema expreso de desgravación de los derechos de exportación. Sin perjuicio de ello la eliminación de estos tributos es una consecuencia directa de la búsqueda de la libre circulación de bienes y servicios con la eliminación de los derechos aduaneros.

El tema ha sido objeto de discusión durante las reuniones del Grupo de Mercado Común Argentina-Brasil de Junio de 1991, en cuyo transcurso la delegación argentina reiteró su intención de eliminar

(19) "La fiscalidad en el mercado único", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990.

todos los derechos de exportación con excepción de los cueros, algunos frutos de mar y oleaginosas. En dicha oportunidad la Delegación argentina señaló que era criterio del gobierno argentino eliminar los derechos de exportación por considerarlos tributos poco adecuados para la conformación de un sistema tributario moderno y destacando que los existentes encontraban su fundamento en estrictas razones de orden fiscal. Esto coincide con lo expresado en la Exposición de Motivos que acompañara al proyecto de Código Aduanero (punto 9 del comentario al Capítulo Sexto, Título I de la Sección IX).

Si bien en principio los derechos de exportación son aplicables a materias primas que suelen tener precios internacionales no modificables por la presión de una mayor o menor oferta y, consecuentemente, la incidencia de los mismos recae sobre el exportador, hay veces en que los derechos de exportación son utilizados como incentivos para la exportación de ciertos productos industriales. Tal es el caso de los derechos de exportación que gravan la materia prima a fin de desalentar la exportación de la misma y fomentar su inclusión en un proceso industrial interno con un mayor valor agregado a la exportación cuyo resultado final no está gravado con derechos de exportación[20].

En atención a que esta práctica puede provocar acusaciones de restricciones al comercio por parte de industriales extranjeros que ven dificultado su acceso a las materias primas baratas y deben competir con la mercadería ya terminada, la eliminación de los derechos de exportación cobran relevancia a los fines de la integración antes mencionada, por lo que seguramente revestirá importancia su tratamiento en el futuro de este Tratado.

XI.- EL ARANCEL EXTERNO COMUN

La finalidad de lograr un arancel externo común que surge del art. 1ro. párrafo segundo del Tratado requiere como presupuesto básico la adopción de una política comercial común, de la cual aquél será uno de los más importantes instrumentos.

A) La reducción unilateral del arancel general frente a terceros países y su incidencia en el sistema del Tratado.

Conforme lo reflejan Eguivar y Rua Boiero citando a Rudinger Dornbusch[21] el peligro de una integración acelerada y poco meditada consiste en propender más a una "desviación del comercio" que a la "creación de comercio". Esto se da cuando el aumento del comercio intrazonal se hace a expensas del comercio extrazonal sustituyendo por importaciones de la región lo que antes se importaba del resto del mundo.

Si dicha sustitución de importaciones es provocada por la diferencia arancelaria extrazonal puede muy bien darse el caso que se sustituya la importación de una mercadería con un precio internacional menor por una mercadería con precios internacionales mayores o de menor calidad, con lo cual "lo que antes recaudábamos como tarifa ahora es pagado como un subsidio al país asociado". La importación así orientada a los productos regionales (con costos superiores a los extrarregionales), encarece el costo global de la economía y, en vez de acelerar el crecimiento, lo retarda llevando a la región a una autarquía perniciosa.

Es por ello que la rebaja paulatina del arancel extrazonal es imprescindible para

(20) Barreira, Enrique "Algunas consideraciones sobre los derechos de exportación -finalidad, aplicación y base imponible de los derechos de exportación-, Revista "Guía Práctica", nro. 315, Marzo de 1983, pág. XIV.
(21) Eguivar y Rua Boeiro, obra citada, pág. 24.

colocar en situación sanamente competitiva a las mercaderías regionales con el resto de las extrazonales.

Los Estados Partes del Mercosur han acordado el establecimiento de un arancel máximo del 20% sobre el valor en aduana.

B) **La necesidad de una Nomenclatura Arancelaria común.**

La importancia que una buena estructura arancelaria posee a los fines de una eficiente negociación comercial con los países de extrazona no ha sido aun totalmente valorada. Ella es muy grande.

En 1906 Alemania, debido a un meticuloso trabajo en su clasificación tarifaria, introdujo una cantidad de aperturas arancelarias tal (las elevó de 391 a 1459) que le permitió realizar una política comercial de múltiples concesiones dentro de un carácter, paradójicamente, netamente proteccionista. Esta extremada especialización de la tarifa aduanera, acorde con sus necesidades coyunturales, se debió a lo que fue considerada "una sutileza del legislador alemán que alcanzó la altura del arte" (22).

La existencia de un arancel externo común implica tener que disponer de una Nomenclatura común que contemple, entonces, las necesidades comerciales de los cuatro miembros del Mercosur, unificando las posiciones arancelarias a nivel de subpartidas y de items según las necesidades y ambiciones que se propongan los cuatro países.

Las partes adoptarán el desarrollo efectuado en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías que ya está receptado por la NALADI. Pero la tarea más delicada consistirá en armonizar la política de los cuatro como bloque económico a fin de agregarle, a esa nomenclatura, los desarrollos con las notas que consideraren necesarias para su mejor interpretación.

Asimismo, tratándose la Nomenclatura Arancelaria de un orden de interpretación cerrado que requiere de la uniformidad de los criterios interpretativos entre los diversos países llamados a aplicarla, será necesaria la constitución de un Comité de Clasificación que garantice una correcta y uniforme interpretación.

Dicha interpretación uniforme, mientras tanto, también será necesaria para una correcta aplicación de la cláusula de salvaguardia.

XII.- EL DESFASE EN EL CUMPLIMIENTO DEL TRATADO

La política macroeconómica seguida por Brasil, con el mantenimiento de un alto índice de inflación, su déficit fiscal y una constante devaluación de su moneda frente a la política argentina de una enérgica política fiscal, con contención de la inflación y una moneda sobrevaluada por ley, provocó durante el año 1992, una ola de importaciones procedentes de Brasil que originaron un importante desequilibrio en la balanza comercial con efectos negativos para la Argentina.

El art. 5 inciso b) del Tratado dispone como presupuesto básico del mercado común el que las "políticas macreeconómicas" sean "convergentes" con los "programas de desgravación arancelaria". Pero mientras estos últimos han sido automáticos, los países no se han puesto de acuerdo respecto de las primeras. El resultado es que la convergencia no existe (23).

Si bien no nos hallamos ante el incumplimiento del tratado, sí nos hallamos ante un hecho excepcional que provo-

(22) Schiopetto, obra citada, Tomo I, pág. 7.

(23) Jorge Campbell, "Globalización, competitividad y Mercosur", revista IDEA, septiembre de 1992, pág. 18.

ca perjuicio al mercado de uno de los países miembros, aunque de tal característica que no puede atribuirse a la importación de un "determinado producto" tal como se prevé en la cláusula de salvaguardia del Anexo IV. La solución práctica e inmediata de cada sector afectado puede ser la de iniciar las tramitaciones tendientes a la aplicación de dicha cláusula. Pero desde un punto de vista institucional cabe preguntarse si no hay una alteración en las bases mismas del tratado que hagan legítimo el pedido de suspensión del régimen de desgravación automática[24].

Creemos que la idea de suspender el Programa de Liberación Arancelaria en forma unilateral por parte de la Argentina apoyándose en las reglas internacionales que surgen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, implicaría un rudo golpe para la credibilidad de la integración y crearía inseguridad jurídica sobre todo cuando han existido inversiones basadas en la proyección de los mercados a la luz de las desgravaciones programadas, así como también en virtud de la eliminación de barreras a través de los Acuerdos Sectoriales. Pero haciendo abstracción de los efectos que pudiera tener tal suspensión, esta posibilidad legítima debería ser un llamado de atención para reforzar el camino tendiente a la armonización de las políticas macroeconómicas, cuya inexistencia está produciendo los efectos prácticos equivalentes a un subsidio a la industria brasileña en sus exportaciones a la Argentina.

XIII.- EL CONTROL FRONTERIZO COMUN EXTERNO

Uno de los temas de mayor preocupación de los servicios aduaneros radica en el control de las prácticas del contrabando y de las infracciones que atentan indirectamente contra el bien jurídico tutelado por aquél.

Los comerciantes y productores de cada uno de los países como los Estados de estos últimos deberán tener presente que al final del período de transición la circulación entre los países miembros será libre con independencia del origen de las mercaderías. Consecuentemente será de vital importancia para ellos el fiel cumplimiento del arancel externo común y del régimen de restricciones no arancelarias (también común) por parte de los servicios aduaneros de los demás países miembros.

Debe pensarse entonces en forma urgente en la capacitación de cuadros técnicos y operativos eficientes y de probada solvencia moral que garanticen el funcionamiento de las bases mismas del sistema arancelario común.

En esta tarea está comprometido no sólo el fiel cumplimiento de los regímenes arancelarios y de prohibiciones de carácter económico, sino también las prohibiciones de carácter no económico, entre las cuales las que hacen a la seguridad y salud pública interesan a los Estados Partes.

XIV.- LA CUESTION CONSTITUCIONAL

Excedería el marco de este trabajo el profundizar una cuestión tan compleja como la de la problemática constitucional que plantea el Tratado de Asunción. No obstante, creemos un deber advertir sobre la gran incidencia que este tema tiene en el aspecto aduanero.

Llama la atención que en el Cronograma de Las Leñas de 1992, no se haya contemplado este tema así como tam-

(24) El art. 61 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, prevé que una parte pueda pedir la suspensión de la aplicación de un tratado alegando una imposibilidad temporal de cumplirlo en razón de ausencia (desaparición) de un objeto indispensable para el cumplimiento del mismo.

poco el relativo al destino de los fondos recaudados con motivo de la aplicación del arancel externo común luego que sea operativa la libre circulación de bienes entre los Estados Partes.

Consideramos que no se puede seguir haciendo la "vista gorda" sobre esta cuestión y abordar varios problemas que afloran: el eventual cercenamiento de facultades provinciales no delegadas en el Gobierno Federal y que éste podría llegar a comprometer frente a los terceros estados; la competencia del Poder Ejecutivo para obligar internacionalmente al Estado y para comprometer la potestad tributaria aduanera delegada por las Provincias en el Estado federal en el caso (altamente probable) de arribarse a un acuerdo para la distribución del producido del arancel externo común; la validez de las recomendaciones y resoluciones de los órganos del Tratado de Asunción respecto de los particulares que se amparen en las garantías constitucionales reconocidas por su propio país, etcétera.

En cuanto al acceso de los países a un sistema internacional institucionalizado, la experiencia europea exhibida en la década del cincuenta es aleccionadora. De los seis miembros que constituyeron la Comunidad Económica Europea algunos presentaban constituciones con disposiciones expresas que admitían limitaciones de la soberanía, tales como las de Alemania, Francia e Italia, y otros que no las tenían debieron introducir normas que permitieran dicha limitación antes de concluirse los Tratados de Roma, tales las de Luxemburgo y Holanda [25].

Más recientemente España, luego de pedir en 1977 su ingreso en la Comunidad, se ocupó de modificar su Constitución (diciembre de 1978) a fin de legitimarla [26].

Si bien el art. 67 inciso 19 de la Constitución Argentina exige que el Congreso apruebe o deseche los Tratados concluidos con las demás naciones, la doctrina ha comenzado a distinguir entre los tratados que requieren de aprobación legislativa y aquellos otros que cobran validez "en forma simplificada". Estos últimos, que estarían habilitados por la aprobación del Tratado madre que contempla la capacidad jurígena de los órganos en él institucionalizados, han venido generalizándose en la práctica contemporánea desplazando cada vez más al tratado clásico y formal.

Como apuntáramos en el punto I.D) in fine, el Tratado de Integración con Brasil del 29 de noviembre de 1988 contemplaba que los acuerdos complementarios debían ser aprobados por los Poderes Legislativos de cada uno de esos países. No obstante, este criterio fue cambiando a punto tal que en el Decreto 415/91 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso que los acuerdos suscriptos por la República Argentina en el marco jurídico de la ALADI entrarían en vigor en las condiciones y a partir de las fechas que en cada uno de ellos se conviniera, siendo de aplicación sin requerirse ninguna otra formalidad que la remisión a la Administración Nacional de Aduanas de una copia debidamente certificada por la Secretaría General de la ALADI. También se contempla en dicho Decreto que la entonces Subsecretaría de Finanzas Públicas sería quien participaría en la preparación de las instrucciones impartidas para la negociación de dichos acuerdos. Esto indica que la República Argentina ha adoptado por esta vía el criterio de la aprobación simplificada de los acuerdos.

(25) "Derecho de la Integración Latinoamericana", Ed. Depalma, 1969, pág. 1106.

(26) José Eugenio Soriano García, "Integración regional y descentralización política de los Estados Miembros", Revista de Derecho Administrativo, Nro. 7/8, mayo-diciembre de 1991, pág. 349.

XV.- LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA APLICACION DEL ARANCEL EXTERNO COMUN

¿Qué pasará el día en que la libre circulación entre los territorios de los Estados Partes sea un hecho y las mercaderías introducidas mediante el pago de un derecho de importación por un puerto brasileño sea consumida en una localidad argentina? ¿Qué pasaría si ese puerto canalizara la mayor parte de las importaciones con destino a la Argentina?

Valgan estas hipótesis para alertar sobre un tema que no ha merecido aún la atención de las autoridades del MERCOSUR. Nos referimos al destino de los recursos provenientes de la aplicación del arancel externo común.

Esto nos lleva a otro tema íntimamente emparentado con el que estamos planteando.

Durante el período de transición que corre hasta el 31 de Diciembre de 1994, los Estados Partes deberán determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones (art. 18 del Tratado).

Dicha institucionalización requerirá de, por lo menos, tribunales u órganos de arbitraje que permitan dirimir las controversias planteadas respecto de la interpretación y aplicación del Tratado y los acuerdos y normas complementarias, ya fuere entre los Estados Partes o entre los particulares y alguno o algunos de éstos. También requerirá de la institucionalización de los órganos directivos que deberán revestir un carácter más técnico que político a medida que evolucione el Tratado y se torne más complejo.

¿Con qué fondos se sufragarán estos gastos?

La historia indica que cuando dos o más organizaciones políticas autónomas deciden unirse o federarse, subvienen a los costos burocráticos de dicha asociación con los tributos que se recauden a través de un arancel externo común. Tal ha sido el caso de la Liga Hanseática en la antigüedad, de los Estados Unidos de América y el de la Confederación Argentina en nuestro caso. La Comunidad Económica Europea no escapó a esta constante ya que, pivoteando en la norma del art. 20 del Tratado de Roma, desde el 1 de Enero de 1975 la misma se financia con la recaudación de los derechos de aduana y demás tributos que gravan la importación al territorio comunitario.

Ello es lo que ha justificado que se califique a la unión aduanera como "la piedra angular de la integración europea" [27].

He aquí un tema que deberá preocupar a los encargados de la Hacienda pública y a los constitucionalistas con la vista puesta a fines de 1994.

(27) José M. Alvarez Gómez Pallete, "La Aduana en el Mercado Común", Ed. Banco Exterior de España, 1985, pág. 18.