

LA ILEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS DE EXPORTACIÓN EN EL TRÁFICO INTRAZONA DEL MERCOSUR(*)

POR ENRIQUE C. BARREIRA

SUMARIO

- I. El restablecimiento de los derechos de exportación y la controversia que los mismos han suscitado en el tráfico comercial intrazona del Mercosur
- II. Los efectos económicos de las exportaciones y las consecuencias que genera la aplicación de los derechos que la gravan.
- III. Los acuerdos internacionales "madre" y los derechos de exportación.
- IV. La prohibición de restringir de cualquier manera las exportaciones entre los países de la Comunidad Económica Europea.
- V. La obligación de eliminar los derechos de exportación en el tráfico intrazona en el Tratado de Asunción.
- VI. El carácter "programático" u "operativo" del Tratado de Asunción.
- VII. Los acuerdos celebrados en el seno del Mercosur con posterioridad al Tratado de Asunción, remarcaron el criterio desgravatorio de los derechos de exportación
- VIII. Los pronunciamientos de los Tribunales del Mercosur ratificaron el carácter operativo de la obligación de garantizar la libre circulación entre los Estados Partes.
- IX. Respecto de la triangulación a través de un Estado Parte del Mercosur para burlar la aplicación de los derechos de exportación con destino a países de extrazona
- X. La situación de emergencia.
- XI. El "hecho consumado" y sus consecuencias.

I.- El restablecimiento de los derechos de exportación y la controversia que los mismos han suscitado en el tráfico comercial intrazona del Mercosur.

Recientemente la Cámara Nacional de Apela-

ciones en lo Federal Contencioso Administrativo declaró la inconstitucionalidad de los derechos de exportación aplicables en el tráfico entre países del Mercosur¹. El caso sucedió en relación con exportaciones de lácteos a Brasil en las cuales la exportadora se negó a abonar los tributos

(*) Las bases argumentales de este artículo han dado lugar a un trabajo a publicar en la Revista Jurisprudencia Argentina. Se deja constancia que se cuenta con autorización para su publicación en ambos órganos.

1. Cámara en lo Federal Contencioso Administrativo, Sala V, de la Capital Federal en autos "SanCor" del 14 de septiembre de 2006. Se resume el fallo en la Sección Jurisprudencia de esta revista.

del arancel de extrazona, dando lugar a determinaciones tributarias aduaneras que fueron objeto de impugnación.

Luego de cerca de diez años en que el país no aplicó derechos de exportación en forma generalizada, el Gobierno invocando razones emergencia pública, los restableció a través de la Resolución (MEI) N° 11/02 (B.O. 5/03/2002) para ciertos productos agroindustriales, cuyas alícuotas oscilaban entre el 5% y el 10%. A los pocos días, la Resolución (MEI) N° 35/02 (B.O. 8/04/2002) elevó esas alícuotas al 20%. Algunas voces se levantaron contra la legitimidad de los derechos de exportación en el tráfico de intrazona, sin que ellas tuvieran eco².

En el caso que comentamos no se cuestionó la validez constitucional de las facultades que el Código Aduanero otorgó al Poder Ejecutivo para establecer derechos de exportación (art. 755 y concordantes), tema que reviste una seria complejidad, sino solamente la inconstitucionalidad de la aplicación de estos derechos con específica referencia al tráfico intrazona del Mercosur.

En el caso que comentamos no se cuestionó la validez constitucional de las facultades que el Código Aduanero otorgó al Poder Ejecutivo para establecer derechos de exportación (art. 755 y concordantes), tema que reviste una seria complejidad, sino solamente la inconstitucionalidad de la aplicación de estos derechos con específica referencia al tráfico intrazona del Mercosur.

El Tribunal Fiscal, sin dejar de reconocer que los tratados internacionales, especialmente los de integración con países latinoamericanos, poseen jerarquía superior a las leyes y reglamentaciones nacionales, consideró que ello carecía de rele-

vancia a estos fines porque, en su criterio, las cláusulas del Tratado de Asunción son meramente programáticas y por ellas Argentina no se habría comprometido específicamente a no establecer derechos de exportación en el futuro.

Apelada la decisión, ésta llegó a la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo quien revocó la sentencia y sentó un criterio opuesto sosteniendo que:

a) el Tratado de Asunción (aprobado por Argentina por la ley 23.981), constituye la base fundamental el Mercosur, lo que está corroborado por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto (aprobado en nuestro país por la ley 24.560)³;

b) el art. 1° de dicho tratado determina su objetivo esencial que es la constitución de un mercado común, para lo cual establece la libre circulación de bienes, mediante, entre otras medidas, la eliminación de los derechos aduaneros, pues la libre circulación económica de las mercaderías implica la posibilidad de disponer de ellas sin restricciones desde el punto de vista aduanero;

c) aunque se califique al Tratado de Asunción como un acuerdo "marco" o "programático" debe distinguirse que en sus anexos, que son parte del mismo, se acuerdan políticas específicas y operativas que ponen en jaque tal consideración;

d) el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si dictara una norma que contradijera un tratado o que dificultara su cumplimiento, tal acto comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art. 31 de la C.N.) y, por ende, sería un acto inconstitucional; y que

e) no corresponde admitir la imposición de derechos aduaneros agravantes de los ya existen-

2. Antes del establecimiento de los derechos de exportación por el gobierno argentino en 2002 ya había alertado sobre el tema PEÑA, Félix, "Polémica en las normas del MERCOSUR. Brasil fijó derechos de exportación al tabaco y a los cigarrillos con destino a Paraguay y Uruguay", diario La Nación, Sección 5ª, Suplemento de Comercio Exterior, del 22/01/02. Con posterioridad al Decreto 310/02 y la Resolución (ME) 11/02, BARREIRA, Enrique C., "Lo contrario de lo que el país necesita", Diario La Nación, Sección 5ª, Suplemento de Comercio Exterior del 10/03/02; PEROTTI, Alejandro Daniel, "Anotaciones Preliminares sobre la incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico del MERCOSUR y las disposiciones nacionales sobre derechos a las exportaciones", El Derecho, Tomo 201, pags. 991 y sigts.; ALTAMIRANO, Alejandro C., "Las restricciones a las exportaciones de productos agropecuarios" en la obra colectiva "Impuestos sobre el comercio internacional" coordinada por Uckman, Altamirano y Taveira Torres, Editorial Ábaco, 2003, pag. 297 y sigts.

3. El art. 41 del Protocolo de Ouro Preto establece: "Las fuentes jurídicas del Mercosur son: I - El tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III - Las disposiciones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

tes al tiempo de firmarse el acuerdo, aunque ello se basara en una situación de emergencia.

II.- Los efectos económicos de las exportaciones y las consecuencias que genera la aplicación de los derechos que la gravan.

La interpretación del derecho consiste en comprender no sólo la conducta de quienes son juzgados, sino también en desentrañar los valores o intereses que constituyen las llamadas "fuentes materiales" del derecho⁴, pues éstas son las que permiten determinar la razón de ser y, consecuentemente, la esencia de la norma jurídica concreta; esto es, comprenden el verdadero sentido de las "fuentes formales" que presuntivamente debemos interpretar. Este es un ejercicio que los hombres de derecho debemos abordar si queremos arribar a una interpretación jurídica coherente. Es por ello que nos permitimos hacer un breve repaso de las causas económicas y sociológicas que ponen de resalto la importancia de la eliminación de las restricciones a la exportación entre países sujetos a un proceso de integración.

Para los productores nacionales la medida de la demanda del mercado local suele acotar la expansión de su producción y el pleno uso de capacidad industrial instalada limitando, por ende, las economías de escala que se lograrían con la producción en mayores cantidades, salvo que ese mercado se expandiera con exportaciones. Por ende, cualquier país con industria que ambicione crecer piensa en expandir sus negocios más allá de las fronteras nacionales pues, entre otras, las exportaciones:

- a) benefician al sector productivo al aumentar su mercado, dar plena utilización a la capacidad industrial instalada y disminuir sus costos;
- b) favorecen la integración social al posibilitar el mayor empleo;
- c) robustecen la economía al aumentar la producción y la de los servicios secundarios de

apoyo;

d) benefician a la balanza de pagos permitiendo un mayor ingreso de divisas que permite al Estado disponer de mayores medios de pago para las importaciones de los bienes y servicios necesarios para el desarrollo del país; y

e) favorecen al Tesoro al generar mayor materia imponible para el impuesto a la renta.

Estas ventajas, que por ser manifiestas no requieren mayor explicación, provocaron en el pasado (con gran vigor en el siglo diecinueve) la organización de "trusts" o "cartells" de productores y luego la intervención de los propios Estados nacionales en apoyo de sus exportaciones, los que instrumentaron "primas" a la exportación y barreras arancelarias de importación a las mercaderías extranjeras competitivas, de modo de mantener un mercado local cautivo que, pagando sobrepagos, subsidiara de manera encubierta a los productores nacionales, todo ello en el contexto de una carrera entre las potencias productoras por tratar de obtener para sus empresas la mayor competitividad posible en el menor tiempo posible, no siendo ajeno a ello la utilización de la diplomacia o de la guerra, si fuera necesario, para tratar de obtener territorios ricos en materias primas baratas para su producción industrial.

La Sociedad de las Naciones primero, el GATT luego y la OMC actualmente fueron estableciendo reglas que paulatinamente fueron suavizando estas guerras comerciales sin que, pese a ello, las líneas esenciales de estos intereses se hayan modificado⁵.

Este esquema competitivo hacía impensable que el Estado pusiera obstáculos a sus propias exportaciones pues ello hubiera sido visto como una defección en el combate comercial que libraba la nación en el comercio internacional. Es por ello que tanto el GATT como los acuerdos de integración, entre los que se cuenta el Tratado de Asunción, se ocuparon principalmente de los derechos de importación, lo que ha movido a que

4. Serían fuentes materiales los factores reales que gravitan sobre el ánimo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear una norma jurídica (CUETO RÚA, Julio César, *"Fuentes de derecho"*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, pag. 26).

5. Los países que adhirió al GATT desmontaron las primas y subsidios a la exportación, pues éstos fueron prohibidos por el art. VI del mencionado acuerdo, reglamentado con mas precisión en el denominado "Acuerdo de Subvenciones" cuya última versión fuera aprobada en el Acta Final de de la Ronda Uruguay de 1994. Sólo se mantuvo como válida la devolución de tributos abonados con motivo de la importación de los insumos o durante las etapas de producción, tal como sucede en nuestro país con los reintegros, reembolsos o el draw back contemplados en los arts. 820 a 836 del Código Aduanero.

algunas opiniones sustentaran erróneamente que esos acuerdos no han considerado que la reducción de los derechos de exportación fuera necesaria para obtener la libre circulación exigida por un mercado común⁶.

Que a la hora de liberar el comercio se ponga la mayor atención en la reducción de los aranceles a la importación es natural ni bien se repare que este último es el que impide el acceso a los mercados por parte de los productos extranjeros y está alentado por el proteccionismo, siendo que su reducción es la que ofrece mayor resistencia por parte de los Estados.

Los Estados que entablan negociaciones tendientes a establecer acuerdos de libre comercio o uniones aduaneras luchan denodadamente por conseguir que los demás socios reduzcan, en la mayor medida de lo posible, el nivel de sus derechos de importación; interés que no se refleja con mismo brío en lo referente a los derechos de exportación, desde que la mayoría de estos últimos perjudican al país que los aplica⁷, siendo que causarse daño a sí mismo es contrario al curso ordinario de las cosas.

Pareciera que en una óptica que mantenga resabios de lucha comercial, las restricciones que un país imponga a sus propias exportaciones pueden ser vistas con beneplácito por los países competidores, pero ello no es del todo cierto pues las restricciones a la exportación también dificultan el abastecimiento de materias primas y otros insumos a los países importadores. Hasta la segunda guerra mundial era usual que las metrópolis celebraran con las colonias acuerdos en los cuales estas últimas no sólo otorgaban preferencias arancelarias de importación a las primeras, sino que establecían derechos preferenciales a la exportación a fin de favorecer el abastecimiento

de materias primas necesarias para las industrias de las metrópolis⁸.

Esta situación ya no sólo se advierte entre las metrópolis y sus colonias sino que se extiende a todo tipo de relación de comercio internacional. Un caso clásico de los perjuicios que los derechos de exportación producen a los países adquirentes de insumos fue ventilado recientemente ante los Tribunales del Mercosur por la aplicación de derechos de exportación al tabaco que impuso Brasil y que afectaba a Uruguay, el cual veremos con más detalle mas adelante.

Otro caso, quizás el mas importante, es cuando el acento ya no está puesto en la visión estratégica de los Estados en su guerra comercial, sino en el interés de los habitantes de sus territorios que se ven afectados en su carácter de consumidores en cuanto ven disminuida la oferta de mercadería de mejor calidad y a mas bajo precio con motivo de los impedimentos a la salida del país proveedor, o también en su calidad de productores, que ven restringida la posibilidad de expandir sus mercados por los tributos que gravan su salida.

En los emprendimientos de integración económica, el interés de los habitantes del conjunto de países en vías de integración es privilegiado, pues su razón de ser estriba en la facilitación de las relaciones económicas entre particulares de cada uno de los Estados Partes, fuere que éstos actúen en el rol de productores o en el de consumidores por lo que, en principio, los derechos de exportación resultan antifuncionales. No se nos escapa que caben algunas excepciones a esa regla, cual es el caso mencionado de asegurar el mayor valor agregado de la industria propia o la estabilización de los precios que afecten al consumo ante una situación de desabastecimiento

6. Esta corriente de opinión se encuentra reflejada por la posición adoptada por los apoderados del Estado Nacional que abogaron en el caso que nos ocupa. En esa misma corriente, considerando que el Tratado de Asunción sólo quiso referirse a los derechos de importación, ver MONZÓ, Carlos Luis, "En torno a la constitucionalidad de los derechos de exportación", Revista de Estudios Aduaneros, N° 16 años 2003 y 2004, pag. 67.

7. Sobre este tema remito a la conferencia que, con motivo de mi incorporación como Miembro de Número del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, brindé el 29 de febrero de 1982 bajo el título de "Algunas consideraciones sobre los derechos de exportación" y que fuera publicada en la revista "Guía Práctica del Exportador e Importador" N° 315 del mes de marzo de 1983, paginas XII y siguientes. En la misma se explican las razones por las cuales en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica están prohibidos los derechos de exportación y el debate que acerca de esta cuestión se suscitó en la Convención Constituyente argentina de 1860.

8. GUAL VILLALBÍ, Pedro, "Teoría y técnica de la política aduanera y de los tratados de comercio", Editorial Juventud, Barcelona 1943, pag. 432.

del mercado interno⁹, pero ello es con miras a discriminar al mercado de extrazona y no al que se intenta integrar.

La aplicación de derechos de exportación por el país proveedor surte, para el exportador, un efecto restrictivo equivalente al que resultaría si el país adquirente le aplicara a esos mismos productos derechos de importación (aunque con algunas particularidades de las que nos ocupamos en los párrafos siguientes). A la vez, que el país de destino otorgue subsidios a la producción local competitiva, tiene también efectos equivalentes a los de la aplicación lisa y llana de derechos de importación a los productos competitivos de los países exportadores¹⁰. Por ello, en el caso de los productos agrícolas por ejemplo, que el Gobierno argentino aplique derechos de exportación pone de resalto una grave contradicción con la política mantenida por el país en las rondas de la Organización Mundial del Comercio al reclamar contra los subsidios agrícolas de los países desarrollados por el hecho de que dificultan el acceso a los mercados, mientras los mercados se los está cerrando el propio Estado argentino con los derechos de exportación. Ello le ha valido a nuestro país el pedido de otros países con los cuales tenemos intereses comunes, para que se abstenga de intervenir a fin de no debilitar la posición negociadora de quienes combaten dichos subsidios.

A diferencia de lo que sucede con los derechos de importación, quien recauda el derecho de aduana es el Gobierno del país de exportación y no el de importación, lo que cristaliza posiciones encontradas entre las autoridades recaudadoras y los exportadores y productores. Ello da lugar a la legitimación procesal activa del productor perjudicado para exigir a sus propias autoridades que

cumplan con los compromisos de libre circulación que pretendan anular o menoscabar (como es el caso que da origen a este comentario), lo que ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema nacional en varios casos¹¹.

III.- Los acuerdos internacionales "madre" y los derechos de exportación.

La estructura del Tratado de Asunción se inspira en los acuerdos "madre" que le sirven de paraguas para evitar la aplicación del trato de la nación más favorecida. Nos referimos al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Tratado de Montevideo de 1980 que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). En este sentido el fallo que comentamos, reiterando la doctrina formulada por la Corte Suprema desde 1992, expresó que "... el Tratado de Asunción constituye un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial en el marco de la ALADI, adecuado al GATT y encuadrado por las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados".

Entre las ventajas que cualquier Estado Miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) puede reclamar a los demás Estados Miembros figura no sólo la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los aranceles de importación, sino también a los de exportación. Así surge de la lectura del Art. I del GATT que se refiere a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase "impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas".

Este cuidado por evitar condicionamientos a la exportación se advierte, también, en los artícu-

9. Estos objetivos han sido contemplados en el art. 755 del Código Aduanero a los fines de habilitar al Poder Ejecutivo para gravar o desgravar las exportaciones.

10. Es por ello que los economistas clásicos sostenían que en vez de aplicar derechos de importación, los países que pretendían defender su industria local, deberían pagarles subsidios, pues de esa manera el costo de la diferencia de eficiencia recaería sobre el Gobierno que aplica la restricción (que tendría una clara medida del costo de la protección y consecuentemente exigiría una mayor eficiencia en los productores locales con el fin de reducirlo) y no sobre los consumidores.

11. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "*Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*" del 7/07/92 (Fallos 315:1492), "*Fibraca Constructora*" del 7/07/93 (Fallos 316:1669), "*Cafés La Virginia*" del 13/10/94 (Fallos 317:1282) y otros consagró el carácter operativo de las disposiciones de los convenios de integración, habilitando así la legitimación activa de los particulares para reclamar al propio Estado el cumplimiento de los mismos como si se tratara de la ley misma.

los VIII¹², X¹³, XXVIII bis apartado 1¹⁴, XXXVI apartado 1 inciso b)¹⁵ y apartado 4¹⁶ y XXXVII apartado 2 inciso a)¹⁷ del mismo acuerdo internacional, del cual nuestro país es parte y que reviste la categoría prevista en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, de conformidad con jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la reforma de 1994. Por su parte el Tratado de Montevideo, que estableció la ALADI manifiesta también su preocupación por esta materia¹⁸.

IV.- La prohibición de restringir de cualquier manera las exportaciones entre los países de la Comunidad Económica Europea.

Los arts. 34 y 35 del Tratado por el cual se instituyó la Comunidad Económica Europea prohibieron las restricciones cuantitativas a la exportación, y todas las medidas de efecto equivalente entre los Estados Miembros, ordenado su supresión de las que ya existieran¹⁹. El Tribunal Europeo tuvo

12. El art. VIII del GATT establece: "Todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos a que se refiere el art. III, percibidos por las partes contratantes sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas, se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación".

13. El art. X , apartado 1º del GATT establece: "Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o a la valoración en aduana de productos, a los tipos de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones, o prohibiciones de importación o exportación, o a las transferencias de pagos relativas a ellas ... serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos ..."

14. El art. XXVIII bis, apartado 1º del GATT establece: "Las partes contratantes reconocen que los derechos de aduana constituyen con frecuencia serios obstáculos para el comercio; por esta razón, las negociaciones tendientes, a base de reciprocidad y de ventajas mutuas, a reducir sustancialmente el nivel general de los derechos de aduana y de las demás cargas percibidas sobre la importación y la exportación ... revisten, cuando se efectúan teniendo debidamente en cuenta los objetivos del presente acuerdo y las distintas necesidades de cada parte contratante, una gran importancia para la expansión del comercio internacional ...".

15. El art. XXXVI , apartado 1º inciso b) del GATT establece: "Las partes contratantes ... b) considerando que los ingresos de exportación de las partes contratantes poco desarrolladas pueden desempeñar un papel vital en su desarrollo económico y que el alcance de esta contribución depende tanto de los precios que dichas partes contratantes pagan por los productos esenciales que importa como del volumen de sus exportaciones y de los precios que perciben por los productos que exporta ..."

16. El art. XXXVI , apartado 4º del GATT establece: "Dado que numerosas partes contratantes poco desarrolladas siguen dependiendo de la exportación de una gama limitada de productos primarios, es necesario asegurar para estos productos, en la mayor medida posible, condiciones más favorables y aceptables de acceso a los mercados mundiales y, si procede, elaborar medidas destinadas a estabilizar y a mejorar la situación de los mercados mundiales de estos productos, incluyendo, en particular, medidas destinadas a estabilizar los precios a niveles equitativos y remunerados, que permitan la expansión del comercio y de la demanda mundiales así como un crecimiento dinámico y constante de los ingresos reales de exportación de dichos países a fin de procurarles recursos crecientes para su desarrollo económico".

17. El art. XXXVIII , apartado 2º, inciso a) del GATT establece: "especialmente, las partes contratantes deberán: a) en los casos apropiados, obrar, incluso por medio de arreglos internacionales, a fin de asegurar condiciones mejores y aceptables de acceso a los mercados mundiales para los productos primarios que ofrecen un interés particular para las partes contratantes poco desarrolladas, y con objeto de elaborar medidas destinadas a estabilizar y a mejorar la situación de los mercados mundiales de esos productos, incluyendo medidas destinadas a estabilizar los precios a niveles equitativos y remunerados para las exportaciones de tales productos".

18. El art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980 que crea la ALADI establece: "Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no están previstos en el presente tratado o en el Acuerdo de Cartagena serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros".

19. El art. 34 del Tratado por el cual se instituyó la Comunidad Económica Europea disponía:

"1. Quedarán prohibidas entre los Estados Miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

2. Los Estados Miembros suprimirán , a más tardar al final de la primera etapa, las restricciones cuantitativas a la exportación y todas las medidas de efecto equivalente existentes a la entrada en vigor del presente tratado".

Son las sentencias "Van Haaster" del 30 de octubre de 1974, "Van der Hulst" del 23 de enero de 1975, "Van den Hazel" del 18 de mayo de 1977, "Bouhelier" del 3 de febrero de 1977 y "Pigs Marketing Board" del 29 de noviembre de 1978, reseñadas por Mattered, Alfonso, "El Mercado Único Europeo - Sus Reglas, su Funcionamiento", Madrid, Editorial Civitas, 1991, pag. 536.

oportunidad de expresar en una serie de pronunciamientos una interpretación amplia de estas normas²⁰. Así sostuvo que son incompatibles con los principios de esta organización común de mercado, todas las disposiciones o prácticas nacionales susceptibles de modificar las corrientes de importación o de exportación o de influir en la formación de los precios en el mercado lo que incluye a los derechos de exportación.

V.- La obligación de eliminar los derechos de exportación en el tráfico intrazona en el Tratado de Asunción.

El Programa de Liberación Comercial mencionado en el art. 5 inciso a) del Tratado de Asunción dispuso "*rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes*", que se tradujeron en las tablas de reducción del Anexo I en las cuales se contemplaron solamente los derechos de importación. Esta especial atención brindada a los derechos de importación no significa que los de exportación estuvieran excluidos de la tarea de desarme de las barreras aduaneras.

El art. 1° del Tratado de Asunción consideró como finalidad la conformación de un Mercado Común el cual implica la "*eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente*". Como lo ha sostenido el Tribunal del Mercosur que intervino en el Laudo 2/06, (consentido por ambas partes) el verbo "implicar" mencionado en el encabeza-

miento del art. 1° del Tratado de Asunción, que significa "contener" o "llevar dentro de sí", indica que la libre circulación allí mencionada constituye un objetivo esencial del acuerdo, tanto que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito, a lo que cabe agregar el compromiso asumido en las restantes disposiciones del Tratado que promueven la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias que impidieran o dificultaran esta libre circulación²¹. La libertad de circulación de bienes a la que allí se alude es la "económica", esto es, que la mercadería no sufra restricciones directas o indirectas para trasladarse, permanecer y ser consumida, utilizada o industrializada en el espacio económico al que se la introduce²².

La eliminación de los gravámenes aduaneros con modalidad "programática" que luce en el art. 1° del Tratado de Asunción, se convierte en mandato "operativo" en el art. 1° del Anexo I del mismo tratado en donde los Estados Partes asumen un compromiso concreto de "*eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas al comercio recíproco*", plazo que fue luego postergado hasta el 31 de diciembre de 1999 en virtud del "Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera" (Decisiones CMC 13/93; 5/94 y 24/94).

El art. 2° del Anexo aclara el significado de los vocablos empleados en el mencionado art. 1° expresando que se entenderá por "*gravámenes*" a "*los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes ... que incidan en el comercio exterior*" y por "*restricciones*" a "*cualquier medida ... mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco*"²³. ¿Acaso se puede negar

20. Son las sentencias "*Van Haaster*" del 30 de octubre de 1974, "*Van der Hulst*" del 23 de enero de 1975, "*Van den Hazel*" del 18 de mayo de 1977, "*Bouhelier*" del 3 de febrero de 1977 y "*Pigs Marketing Board*" del 29 de noviembre de 1978, reseñadas por Mattered, Alfonso, "*El Mercado Único Europeo - Sus Reglas, su Funcionamiento*", Madrid, Editorial Civitas, 1991, pag. 536.

21. Así lo expresa el párrafo 108 del Laudo N° 2/06 (período posterior al Protocolo de Olivos), de fecha 6 de septiembre de 2006 emitido por el Tribunal "ad hoc" del Mercosur constituido para entender en la "*Controversia sobre omisión del Estado Argentino para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes de las vías de acceso a los puentes internacionales entre Argentina y Uruguay*".

22. BASALDÚA, Ricardo Xavier, "*Mercosur y Derecho de la integración*", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pag. 113.

23. Como decimos en el texto, los artículos 1 y 2 del Anexo I al T.A. son normas generales independientes del cronograma de desgravación al arancel para la importación, contemplado en el art. 3° de dicho Anexo. El compromiso de liberación del comercio intrazona no se limitó a lo descrito en dicho cronograma, ya que esta impactante medida fue adoptada en un claro tren de demostrar la voluntad de avanzar en la materia, sin por ello acotarla, quedando pendientes toda una tarea posterior de eliminación de barreras, arancelarias y no arancelarias que fueron objeto de tratamiento posterior.

que los derechos de exportación implican recargos que inciden en el comercio exterior o que dificultan el comercio recíproco?

Cabe puntualizar que desde un punto de vista estrictamente aduanero, los derechos de aduana contemplan tanto a los derechos de importación como a los derechos de exportación. En efecto, el Glosario del Consejo de Cooperación Aduanera (hoy denominada Organización Mundial de Aduanas - OMA-) define a los "*derechos de aduana*" como "*derechos establecidos en el arancel de aduanas a los que están sujetas las mercaderías que entran o salen del territorio aduanero*".

VI.- El carácter "programático" u "operativo" del Tratado de Asunción.

En relación con el carácter programático u operativo de los compromisos asumidos entre los Estados Partes del Mercosur y su relación con la prohibición de aplicar derechos de exportación en el tráfico entre ellos²⁴, debemos tener presente que la integración económica puede ser considerada como una "situación" o como un "proceso"²⁵. Como "situación" consiste en la ausencia de varias formas de discriminación entre las economías nacionales; como "proceso" se caracteriza por un conjunto de medidas dirigidas a abolir en forma progresiva la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a las diferentes naciones que buscan su integración.

De acuerdo a lo que dispone el art. XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y

Comercio (GATT), los acuerdos celebrados para constituir uniones aduaneras o zonas de libre comercio que pretendan exceptuarse del trato de la Nación más favorecida respecto de los demás Estados Contratantes que no las integren deben contener, entre otros recaudos, un plan y un programa para su consecución²⁶. Sobre la base de ese mandato, el Tratado de Asunción, que se ampara en esa excepción a través de la Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI²⁷, estableció un plan y un programa con pautas de liberación comercial progresiva. Si bien parte de ese programa no se logró en los plazos preestablecidos, otra parte sí se concretó y ha generado derechos y obligaciones.

Decir que el Tratado de Asunción es "programático" tiene algo de verdad pero no es toda la verdad. En primer lugar porque si bien algunas de sus disposiciones son "programáticas", otras son claramente "operativas", generando derechos y obligaciones entre los Estados Partes a partir del momento mismo de su celebración.

La más importante de ellas es que se obligaron a que cualquier modificación futura de los aranceles debe ser para incrementar su reducción pero no para superar el nivel de los ya existentes en el momento de su firma. Esto es puesto especialmente de resalto en el décimo tercer párrafo del punto VII de la sentencia que comentamos en donde la Cámara Federal expresa que "*... lo que bajo ningún punto de vista puede admitirse... es la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al tiempo de firmarse el acuerdo ...*"²⁸.

24. En autos "*Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*", del 7/07/92 (Fallos 315:1492, párrafo 20), nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a las "normas operativas" como aquellas que están dirigidas a una situación de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

25. BALASA, Bela, "*Teoría de la integración económica*", Uthea, México, 1980; BASALDÚA, Ricardo Xavier, "*Mercosur y Derecho de la integración*", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pag. 23. En igual sentido y con cita del último de los autores mencionados, se expresó el Laudo del 6 de septiembre de 2006 del Tribunal "ad hoc" de Mercosur constituido para entender en la "*Controversia entre Uruguay y Argentina, sobre 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 el territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales*" en los párrafos 103 y siguientes.

26. Así lo establece expresamente el art. XXIV, párrafo 5 del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Ese plazo debe ser razonable y, de acuerdo al "*Entendimiento relativo a la interpretación del Art. XXIV GATT 1994*", aprobado en el Acta Final de Marrakech 1994, no debe superar los diez años.

27. Remitimos a nuestro trabajo "*La Aduana en el Tratado del Mercosur*", Revista de Estudios Aduaneros, Nro. 5, Segundo Semestre 1992 y Primer Semestre de 1993.

28. Que los Estados Partes se comprometieron a realizar una tarea de desarme de las barreras arancelarias y no arancelarias, surge en forma manifiesta de los objetivos propuestos (libre circulación sin restricciones y la formación de un Mercado Común), los cuales son incompatibles con el restablecimiento de las barreras abolidas. Esta idea de avanzar a la liberación de barreras sin admitir retroceso, surge de una manera más notoria en el caso del programa de desgravación lo que no significa que se limitara al mismo, sino que es extensivo a todos los avances que se obtuvieran. El art. 7º del ACE 18 en el cual se con-

A ello cabe añadir que los compromisos asumidos por los Estados Partes no se limitan a los incluidos en el Tratado de Asunción que, si bien fue el instrumento fundacional, no agota las fuentes jurídicas del Mercosur. Estas también se componen con los demás acuerdos celebrados en el marco de ese mismo tratado, los protocolos e instrumentos adicionales y complementarios, las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio²⁹, a través de las cuales se han dictado cantidad de normas de carácter manifiestamente "operativo".

Por ello, si bien hay una dinámica referente a compromisos cuyos detalles aun deben acordarse, también es cierto que lo realizado en estos quince años ha generando vínculos ciertos, que se hallan en vigencia y que constituyen obligaciones concretas de los Estados Partes. Una de ellas es la de garantizar la libre circulación de mercaderías en el Mercosur.

VII.- Los acuerdos celebrados en el seno del Mercosur con posterioridad al Tratado de Asunción, remarcaron el criterio desgravatorio de los derechos de exportación.

A fines de 1994, por Decisión N° 7/94 del Consejo Mercado Común, los países integrantes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) adoptaron el "Arancel Externo Común del Mercosur" (AEC), estructurado sobre la base de la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías.³⁰

En esa oportunidad no fue posible unificar totalmente los aranceles³¹ de los cuatro países,

por lo que hubo excepciones que fueron, principalmente, de dos tipos:

a) reservas de cada uno de los Estados Partes de aplicar aranceles diferenciales al comercio con los terceros países que no eran Estados Partes del Mercosur (comercio de extrazona), con un cronograma en virtud del cual las alícuotas correspondientes debían ir descendiendo o ascendiendo, según el caso, para ir adecuándose al Arancel Externo Común; y

b) reservas de mantener ciertos aranceles en el comercio entre los propios Estados Partes con un cronograma descendente hasta llegar en una fecha determinada al cero por ciento de arancel intrazona, que era el ideal concebido en el inicio para la finalización del periodo de transición que vencía el 31 de diciembre de 1994. Estas últimas reservas fueron una desmentida a la libre circulación intrazona propuesta originariamente y se estructuraron a través del denominado "Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera" (Decisión CMC N° 24/94).

Si bien, como hemos dicho antes, el "Programa de desgravación progresiva, lineal y automática" establecido en 1991 en el Anexo al Tratado de Asunción se concibió con la mira puesta en la desgravación de los derechos de importación, al acordarse el Arancel Externo Común (AEC) en 1994 se tuvieron en cuenta también los derechos de exportación. En ese momento Argentina se reservó la aplicación de derechos de exportación en el comercio intrazona para unas pocas mercaderías (básicamente algunos granos y cueros).

Por Decisión CMC N° 22/94, el Consejo Mercado Común del Mercosur aprobó el "Arancel Externo Común". Cada país lo incorporó a su propio derecho interno. Argentina lo hizo a través del

templa el mencionado programa se prevé que, en caso de incrementarse los aranceles para terceros países, el nivel de reducción no tendrá en cuenta estos nuevos incrementos, pero que si se redujera la preferencia entre los Estados Partes se aplicará automáticamente sobre el nuevo arancel, de manera que la eliminación de todos los gravámenes y restricciones al comercio recíproco se produzca en forma total a la fecha que allí se indica (31/12/94 luego prorrogado). Ello implica la prohibición de establecer nuevas restricciones o incrementar las existentes, conocida en el lenguaje internacional como cláusula "stand-still". Este criterio se encuentra ratificado, entre otros instrumentos, por la Decisión CMC 22/00 del 29 de junio de 2000 conforme con la cual "Los Estados Partes no adoptarán ninguna medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza".

29. Ver el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto transcrito en la nota 3 de este trabajo.

30. Argentina incorporó el AEC como derecho interno a través del Decreto 2275/94 publicado el 30 de diciembre de 1994 con entrada en vigor el 1° de enero de 1995. El mismo fue modificado al año siguiente por el Decreto 998/95.

31. Cuando nos referimos a "aranceles" designamos con este vocablo a los "derechos aduaneros", que como hemos visto, comprenden tanto a los "derechos de importación" como también a los "derechos de exportación" que en nuestro país suelen recibir incorrectamente la denominación de "retenciones".

Decreto 2275/94 (B.O. 30/12/1994) el cual incorporó al derecho argentino la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), con entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 1995. En ella se contemplaban solamente derechos de importación y reintegros a la exportación. No obstante, los derechos de exportación no fueron ignorados, pues mediante el art. 7° se fijó un derecho de exportación del 3,50% a las semillas oleaginosas individualizadas en el Anexo VI, y a través del art. 8° se fijó un cronograma de desgravación de derechos de exportación para ciertos cueros individualizados en el Anexo VII. En este último caso se estableció un cronograma descendente que comenzaba con un 15% para todo el año 1995, un 11% para el año 1996, un 8% para el año 1997, un 5% para el año 1998 y un 3% para el año 1999, hasta llegar al cero por ciento a partir del 1° de enero de 2000. Este cronograma se modificó luego en varias oportunidades³².

Resultaba, por tanto claro que el compromiso allí asumido frente a los demás Estados Partes tendía a la desgravación total de, por lo menos, los derechos de exportación sobre cueros. En efecto, se contemplaba para los cueros la disminución de los tributos de exportación en forma anual hasta llegar al cero por ciento en el año 2000, lo que significó un expreso compromiso de no admitir los derechos de exportación.

Por otra parte, a través del Decreto 998/95 se adoptó el nuevo Arancel Externo Común en el cual se exteriorizó la columna de los derechos de exportación para cada posición arancelaria que, salvo en los casos de las oleaginosas y cueros, estaban libres de derechos de exportación, lo que indica que esos supuestos eran una excepción que confirmaba la regla.

A ello cabe agregar que al preverse en un caso un nivel determinado, que marcaba un máximo aplicable, y en el otro un cronograma decreciente, resultaría incoherente pensar que se habilitaba a los Estados Partes a elevar los niveles existentes o restablecer los que estaban libres de dere-

chos, porque se estaría atentando contra el compromiso de no retroceso en el proceso de liberación del comercio. A la luz del contexto normativo que hemos visto se desprende que el mandato fue no gravar las exportaciones en el tráfico intrazona y tampoco hacerlo de manera unilateral en el tráfico extrazona, pues si se establecieran derechos de exportación, se debería hacer a través de la modificación del Arancel Externo Común que no es modificable unilateralmente.

Como consecuencia de un hecho externo al Mercosur, que fue la modificación de la "Nomenclatura del Sistema Armonizado" introducida por una Enmienda aprobada por el Consejo de Cooperación Aduanera (del cual forman parte los cuatro Estados partes del Mercosur) sobre cuya base estaba estructurada la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), fue necesario modificar esta última³³. El Grupo Mercado Común del Mercosur dictó, así la Resolución GMC 36/95, que aprobó la nueva NCM, la que fue incorporada al derecho interno a través del Decreto 994/95 (B.O.29/12/1995) con entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 1996.

En esta oportunidad el formato del nuevo Arancel Externo Común incorporó explícitamente una columna para los derechos de exportación de todos los productos. De su examen se puede advertir que los Estados Partes del Mercosur prácticamente no establecieron aranceles de exportación, pues el casillero pertinente figura en blanco para la casi totalidad de los productos, salvo en algunas posiciones para las habas (o porotos) de soja, maní, semilla de lino, de colza, de girasol y demás semillas y frutos oleaginosos (partidas 1201, 12.02, 1203, 1204, 1205, 1206 y 12.07); así como para el cuero de las Partidas 4101 y 4104.

De tal manera, no cabe sino concluir que en el tráfico intrazona sólo eran legítimos los pocos derechos de exportación indicados en el momento de hacerse la reserva, pero no los que se establecieran con posterioridad a ella³⁴.

32. Fue modificado por las Resoluciones del Ministerio de Economía 722/95; 694/97; 20/99; 91/99 y 510/99.

33. BASALDÚA, Ricardo X., "Mercosur y derecho de la integración", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pags. 435 y 436.

34. Esto es puesto de manifiesto por la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, en el fallo "Sancor" antes mencionado al expresar: "lo que bajo ningún punto de vista puede admitirse (desde el punto de vista constitucional) es la imposición de los derechos aduaneros agravantes de los existentes al tiempo de firmarse el Acuerdo pues... cuando se habla de eliminar toda restricción, debe hacerse en los términos fijados por el art. 3° del Acuerdo de Complementación N° 18 (parte integrante del Tratado), en el sentido de evitar cualquier medida por la que un país impida o dificulte por decisión unilateral, el comercio recíproco".

VIII.- Los pronunciamientos de los Tribunales del Mercosur ratificaron el carácter operativo de la obligación de garantizar la libre circulación entre los Estados Partes.

Los Tribunales "ad hoc" han reafirmado la obligación de los Estados Partes de no impedir o dificultar la libre circulación en el tráfico intrazona de mercaderías, reconociendo a esta obligación un claro carácter "operativo". Esto reviste suma importancia ya que dichos tribunales son los indicados para interpretar las normas jurídicas del Mercosur, siendo sus laudos obligatorios para los Estados Partes contendientes³⁵. Si bien las decisiones de estos tribunales arbitrales limitan su obligatoriedad a los casos concretos que son objeto de contienda y respecto de los Estados que fueran "partes" en la misma, cabe advertir una especial preocupación en los sucesivos tribunales "ad hoc" del Mercosur convocados hasta este momento en mantener una línea doctrinaria coherente que les da a estos precedentes un innegable valor doctrinario.

El Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo I del 28/04/1999, sobre *"Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco: Comunicados 37/97 y 7/98 DECEX de la SECEX de Brasil"* lo aclaró en el párrafo 85, puntos v, vi y vii. En el último de éstos expresó que: *"La postergación de la fecha de conformación del Mercado Común no deroga la obligación acordada en común por las Partes de eliminar totalmente las Restricciones Arancelarias y No Arancelarias, aunque obviamente deja de ser exigible al 31 de diciembre de 1994. Luego de la revaluación del Mercosur realizada por las Partes, la eliminación total de las Restricciones Arancelarias y No Arancelarias o medidas de efectos equivalentes u otras restricciones al comercio entre los Estados Partes deberá ocurrir a más tardar el 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación*

y con él, el fin de las Restricciones Arancelarias".

El Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo III del 10/03/2000, sobre *"Aplicación de Medidas de salvaguardia sobre productos textiles: Resolución 861/99 MeyOySP de Argentina"*, expresó en el punto I-H3, tercer párrafo que *"... en tanto los Miembros del Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados Miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa en contrario, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del Mercosur"*.

El Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo IV del 21/05/2001, sobre *"Aplicación de medidas antidumping contra exportación de pollos enteros provenientes de Brasil"* expresó en el párrafo 139 que *"El papel central de la liberación comercial, reconocido por la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales, resulta en forma incuestionable de la normativa del Tratado de Asunción que hace de la eliminación de todas las barreras al comercio regional la única obligación impuesta inmediatamente por el tratado y con una fecha determinada para su consumación"*.

El Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo VI del 9/01/2002, sobre *"Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay"*, expresó en el punto II-B-b) que *"la prohibición de imposición de restricciones o medidas de efecto equivalente en el Mercosur, posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado Miembro aunque la medida no se destine a la discriminación del producto extranjero. Ese tipo de norma es esencial en un sistema de interpretación regional. Todas las restricciones y medidas de efecto equivalente constituyen barreras y obstrucciones al comercio y son incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común"*.

35. PEROTTTI, Alejandro Daniel, *"El derecho del Mercosur y su relación con el derecho interno"*, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional del 12/07/01 pag. 8 y sigts. Este autor sostiene las decisiones de los tribunales arbitrales del Mercosur son vinculantes para los tres poderes del Estado, en especial, llegado el caso, para los jueces argentinos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que como se aclara en el texto principal, ello no significa que los tribunales nacionales deban acatar la doctrina que emerge de estos laudos, sino sólo en cuanto a su aplicación al caso concreto que hubiera sido objeto de debate.

El Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo 2/06 del Período posterior al Protocolo de Olivos, de fecha 6 de septiembre de 2006 recaído en la *"Controversia sobre omisión del Estado Argentino para hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes de las vías de acceso a los puentes internacionales entre Argentina y Uruguay"* expresó en el párrafo 104 que: *"... no se puede negar que como "proceso", el Mercosur se encuentra en permanente desarrollo, no obstante, también es dable señalar que, salvo determinadas excepciones, a partir del 31 de diciembre de 1999, el Mercosur constituye una zona de libre comercio y que sin perjuicio de que hay una dinámica referente a compromisos que deben estructurarse, también es cierto que la andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles por los Estados Partes"*.

Quizás el pronunciamiento que mayor relevancia adquiere para el tema que nos ocupa sea el tratado por el Tribunal "ad hoc" del Mercosur en el Laudo X del 5/08/2005, sobre *"Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco"* ya que fue convocado para manifestarse sobre el carácter restrictivo al comercio intrazona de los derechos de exportación al tabaco aplicados por Brasil. Uruguay planteó el procedimiento de solución de controversias y solicitó al tribunal designado "ad hoc" que declarara la incompatibilidad de los mencionados derechos, por constituir una medida de carácter restrictivo y discriminatorio que afectaba a la libre circulación entre los Estados Partes. Brasil no presentó su escrito de responde y antes de dictarse el laudo, presentó ante el Tribunal un Decreto que había puesto en vigencia, mediante el cual se dejó sin efecto la medida, solicitando que se declarara abstracto el objeto de la controversia. Cabe tener en cuenta que con motivo de esta contienda y antes de que el tribunal "ad hoc" resolviera, se convocó a un Grupo de Expertos que por unanimidad sostuvo que en el Mercosur la liberación del comercio debe comprender tanto a las importaciones como

a las exportaciones pues toda medida, cualquiera fuere su naturaleza, que afectare a las exportaciones debe considerarse como un restricción al comercio³⁶.

El Laudo recaído en esa causa, del 5 de agosto de 2005, expresó *"En este sentido, la derogación del Decreto N° 3464 de 2000 y de la Resolución CAMEX N° 26 de 2003 constituyen el fiel cumplimiento por parte de Brasil de sus obligaciones emanadas de la normativa Mercosur"*, dando de esa manera por terminada la controversia. La redacción no deja lugar a dudas: el Tribunal consideró que los derechos de exportación establecidos por Brasil eran incompatibles con los compromisos asumidos en el Mercosur.

IX.- La posible triangulación a través de un Estado Parte del Mercosur para burlar la aplicación de los derechos de exportación con destino a países de extrazona.

Las especiales características de los derechos de exportación en un territorio integrado plantean serias dificultades cuando los mismos no son aplicados en forma uniforme por todos los Estados Partes a través del Arancel Externo Común. Mientras en materia de derechos de importación los Estados Partes conforman un frente único y solidario frente a la mercadería extranjera competitiva, haciéndole pagar un arancel único en cualquiera de los puntos de ingreso al territorio del Mercosur; en materia de derechos de exportación, la falta de una norma categórica que los prohíba o una coordinación para la aplicación uniforme de este tipo de tributos ha dado espacio a su fijación unilateral e ilegítima.

Esto significa que ante el establecimiento de un derecho de exportación en Argentina que no rigiera de igual manera en Brasil, Paraguay o Uruguay y suponiendo que se admitiera (como lo sostiene el fallo que comentamos) la improcedencia de su aplicación en el tráfico intrazona por afectar la libre circulación interna en el Mercosur, el no cobro de ellos en el tráfico a los demás Estados Partes, implicaría que las merca-

36. PEÑA, Félix, publicación en el diario La Nación, Sección 5ª, Suplemento de Comercio Exterior, citado en la nota 2 de este trabajo.

derías así introducidas podrían reexportarse desde allí a terceros países en el mismo estado, sin pago alguno de derechos de exportación. De tal manera se podría generar una triangulación a través de la cual se burlaría el arancel de exportación argentino aplicable al tráfico extrazona.

Estos aspectos no han sido ventilados por las partes en la controversia y, consecuentemente, el fallo que comentamos no ha debido hacerse cargo de ellos. No obstante esta dificultad para nada significa que ante ella quede justificada la aplicación de los derechos de exportación intrazona porque, como hemos visto, la restricción a la libre circulación en contra de la propia letra del acuerdo existe y porque, además, los perjuicios que ellos provocan se mantienen. Mas bien debemos comprender que o bien hubo una intención, no suficientemente explicitada, de quienes acordaron el Mercosur de no establecer derechos de exportación de ningún tipo (ni en el tráfico de intrazona ni tampoco en el de extrazona), tal como lo hacen otros países con mayor desarrollo relativo, o hubo una imprevisión respecto de un futuro cambio de circunstancias que pusiera en el tapete la conveniencia de utilizar de manera masiva este tipo de tributos en el tráfico extrazona.

Sin perjuicio que la prohibición de los derechos de exportación surge del art. 1° del Tratado de Asunción al englobarlos en la interdicción de derechos de aduana intrazona, su falta de inclusión en la estructura misma del Arancel Externo Común diseñado en 1995 indica que se consideró que su aplicación en el tráfico extrazona tampoco era una salida deseable³⁷.

De considerarse que pese a ser ilegítima su aplicación al tráfico intrazona, se admitiera la validez de derechos de exportación establecidos unilateralmente por Argentina en el tráfico extrazona, deberían contemplarse medidas tendientes a evitar la triangulación. Salvo que los órganos del Mercosur establecieran medidas de comprobación de destino que, hasta donde sabemos,

Argentina nunca intentó obtener, queda al menos la posibilidad de exigir al exportador que, para eximirse del pago de los derechos de exportación, asuma la carga de acreditar que la mercadería fue efectivamente afectada a la importación para consumo en el territorio aduanero del Estado Parte al cual estaba destinado, de manera de descartar la triangulación a través de regímenes aduaneros de tránsito, depósito aduanero, importación temporaria u otros semejantes.

Si bien la importación para consumo no impide la reventa posterior con destino a extrazona, el ingreso de la mercadería en el circuito interno implicará el pago de impuestos indirectos tales como el impuesto al valor agregado en Paraguay o Uruguay o tanto el impuesto estadual a la circulación de mercaderías y servicios (ICMS) como el impuesto federal sobre productos industrializados (IPI) en Brasil que suelen ser gravosos y generan, además, costos operativos de cierta consideración.

X.- La situación de emergencia.

La Resolución 11/02 del Ministerio de Economía al establecer los derechos de exportación invocó el estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la ley 25.561, sobre cuya base el Congreso delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo con la finalidad de proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario, reactivar el funcionamiento de la economía, crear condiciones para el crecimiento económico y reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por las modificaciones del tipo de cambio. Como se puede advertir eran bases sumamente amplias que no hacían referencia explícita a la fijación de derechos de exportación y mucho menos a establecer excepciones para su fijación con menoscabo de los compromisos asumidos en

37. Recordamos que en la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de ley que luego se convirtiera en el Código Aduanero argentino (ley 22.415) la Comisión Redactora expresó: "*Aun cuando sería deseable que la mercadería de exportación no estuviera sujeta al pago de derechos, como es de práctica en el ámbito internacional para los países que buscan la expansión de su comercio fuera de las fronteras, se ha considerado que el cumplimiento de tal objetivo puede demandar un tiempo razonable dentro del cual necesidades de diferente índole, que son comunes a los países en desarrollo, obliguen a imponer tales derechos*".

el ámbito del Mercosur. Asimismo los considerandos expresan que dichas razones fundamentan la aplicación de lo dispuesto en la presente resolución, entendiéndose que su aplicación será de carácter transitorio.

La posición del Poder Ejecutivo siempre fue que el Ministro de Economía mantenía las facultades delegadas por los arts. 664, 667, 755 y 757 del Código Aduanero para gravar, desgravar y declarar exenciones de derechos de aduana, de las cuales ha hecho sobrado uso aun después de la introducción del art. 76 de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, sobre la base de que se trata de una "delegación impropia" admitida constitucionalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Siendo así no parecería necesario apelar a las facultades de emergencia.

Sin perjuicio de ello, ante las argumentaciones tendientes a justificar los derechos de exportación en el comercio entre los Estados Partes del Mercosur por razones de emergencia pública, debemos recordar que un Estado no puede aducir motivaciones internas para incumplir con los compromisos internacionales aún con invocación de situaciones de emergencia, pues de admitirse esto, se debilitaría la totalidad del andamiaje de los tratados internacionales vigentes³⁸ sobre todo cuando esa emergencia parece más un justificativo para que el Ejecutivo disponga de mayor poder que una situación de real crisis.

La segunda reflexión es que la situación de emergencia no puede ser permanente. No es serio pretender que nuestro país vive en estado continuo de emergencia³⁹. Ello contradice el concepto mismo que se debe tener de ese instituto. En efecto, las leyes de emergencia deben ser excepcionales, a fin de responder a situaciones extraordinarias que no puedan ser resueltas por vías normales y con efecto transitorio cuya duración debe limitarse a un tiempo razonable para superar la crisis. La situación existente en el momento en que se establecieron estos derechos de exportación ha variado en estos cinco años, produciéndose en el ínterin un incremento continuado del superavit fiscal, el control de las deudas interna y externa y un notorio aumento de las reservas del país, lo que ha ido haciendo perder hasta su agotamiento la justificación invocada para sustentar las facultades extraordinarias oportunamente concedidas. En otras palabras, están fallando tanto el principio de transitoriedad, como el principio de razonabilidad conforme con el cual los medios para superar la emergencia deben ser proporcionados al fin perseguido.

La tercera reflexión es que, a la vez que determinadas exportaciones se gravaron con derechos de aduana, se mantuvieron respecto de ellas los pagos que el Estado realizaba a los exportadores en concepto de reintegros a la exportación, lo que no parece compadecerse con la alegada situación de emergencia⁴⁰, salvo que por esa vía el Estado

38. El art. 27 de la Convención sobre derecho de los tratados de Viena de 1969 (aprobada por Argentina a través de la ley 19.865) establece que *"Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."*. Este criterio fue corroborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, en el fallo recaído en el caso "Café La Virginia S.A.", del 13/10/94 sobre la base del mencionado artículo de la Convención. En el ámbito del Mercosur lo fue por el Tribunal "ad hoc" que dictara el Laudo 2/06 del 6/09/06 (párrafo 129 con doctrina y precedentes allí invocados). En el párrafo 153 de dicho laudo se dijo: *"Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independientemente 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 opara cumplir con sus compromiso internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la "diligencia debida" ... exigiendo determinados resultados con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos ..."*.

39. CRIVELLI, Julio César (*"La emergencia económica permanente"*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2001, pag., 27) expresa que *"... los argentinos hemos vivido casi todo el siglo XX con el derecho de propiedad de distintos grupos minoritarios retaceado, suspendido o disminuido. Hemos transformado la emergencia económica, que es transitoria y accidental, en una situación permanente de la vida, lo cua perturba y obstaculiza el desarrollo exconómico y ewpiritual de nuestra sociedad"*. **Por su parte José Osvaldo Casás** (*"La emergencia infinita en el ámbito del derecho tributario argentino"*, revista **"Derecho Administrativo"**, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, año 2002, N° 41, pag. 501) **ha sostenido que** *"En la República Argentina se ha convivido con una "endémica insuficiencia y vulnerabilidad fiscal" que ha permitido, corrientemente, con sustentos en hechos objetivamente comprobables algunas veces, y en los designios arbitrarios de los gobernantes de trurno de "ordinarizar los extraordinario" en otras ocaiones, invocar la "emergencia económica" para someter al cntribuyente a un perpetuo "esttado de sitio fiscal", con la consiguiente "suspensión" o "limitación" de distintos derechos civiles de base constitucional..."*.

40. Así lo hicimos notar en la nota del diario La Nación, del martes 19 de marzo de 2002 que mencionamos en la nota 2 de este trabajo.

haya intentado proveerse de financiación cobrando de inmediato los tributos para incumplir luego con las devoluciones prometidas generando una ventaja financiera inmoral e ilegítima.

La cuarta reflexión radica en que, en los cinco años transcurridos, el Poder Ejecutivo en vez de disminuir los derechos de exportación, por una parte amplió el espectro de mercaderías gravadas y por el otro incrementó la alícuota, en algunos casos de manera exorbitante; así para los productos agropecuarios pasaron de un nivel del 5% y el 10% al 20%, y las de los hidrocarburos al 45%.

XI.- El "hecho consumado" y sus consecuencias.

Tal como hemos tenido oportunidad de decirlo antes⁴¹, es posible que si la controversia que nos ocupa llegara a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dicho alto tribunal pudiera ser ten-

tado de tolerar el hecho consumado, pues no debemos negarnos a ver lo evidente: un fallo como el que mencionamos puede alentar acciones de repetición por los tributos ya pagados y, como lo ha hecho en otras oportunidades, puede ser que el Poder Ejecutivo dirija sus esfuerzos a tratar de eludir esa posibilidad.

El dilema que deberá afrontar nuestro más alto tribunal será difícil: perdonar un desliz más del Ejecutivo y, consecuentemente, alentar que se prosiga con este tipo de prácticas en el futuro o apostar a establecer en nuestro país la cultura del ejercicio responsable del poder y del respeto por los compromisos asumidos, elementos sustanciales del capital social que, si se pierde, es difícil recuperar pero que, conservado, es el único que genera frutos reales y duraderos de progreso económico y social de una sociedad, así como de una mejor calidad de vida de sus habitantes.

41. BARREIRA, Enrique C., *"Los Derechos de Exportación y el tráfico intrazona del Mercosur"*, Diario La Nación, Sección 5, página 2, Comercio Exterior del martes 26 de diciembre de 2006.