

LOS DERECHOS DE EXPORTACIÓN Y LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN (*)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 11 de Diciembre de 2014, en autos “*Whirlpool Puntana SA (TF 21671-A) c/DGA*”¹

POR ENRIQUE C. BARREIRA

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La sentencia de la Corte Suprema.
- III. Los acuerdos de integración y su compatibilidad con las cláusulas del GATT.
- IV. El carácter de los acuerdos de integración ¿es “programático” u “operativo”?
- V. El objetivo práctico de la integración y la eliminación de las barreras aduaneras interiores como un medio imprescindible para lograrlo.
- VI. Los efectos económicos de los derechos de exportación y los procesos de integración.
- VII. El concepto del término “derechos aduaneros” comprende a tanto a los “derechos de importación” como a los “derechos de exportación”.
- VIII. La congelación de los derechos de aduana vigentes al momento de la celebración del tratado, la coherencia de conducta y la cláusula “stand still” en los procesos de integración.
- IX. La Reciprocidad de los derechos y obligaciones entre las partes.
- X. La argumentación del art. 157 del Proyecto de Código Aduanero Mercosur.
- XI. La referencia al Tratado de Roma de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea.
- XII. La hermenéutica jurídica aplicable.
- XIII. Conclusiones.

(*) Esta nota al fallo “*Whirlpool Puntana SA (TF 21671-A) c/DGA*”, sentencia de la CSJN del 11/12/14, fue publicada en la Revista Jurisprudencia Argentina, JA-2015-III.

1. El sumario del fallo comentado se puede consultar en la Sección Jurisprudencia de esta Revista.

I.- Introducción.

1) La Corte Suprema de Justicia de la Nación por sentencia del 11/12/14, en autos “*Whirlpool Puntana S.A.*”, declaró la legitimidad de los derechos de exportación establecidos por la República Argentina a sus exportaciones definitivas con destino a los países Miembros del Mercosur luego de más de una década de hallarse en vigencia el Tratado de Asunción (en adelante TA). Hará ocho años atrás, traté esta cuestión en las páginas de esta revista². El análisis finalizaba diciendo “... *es posible que si este caso llegara a los estrados de la Corte Suprema, dicho alto tribunal pudiera ser tentado 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, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, puede ser que el Poder Ejecutivo dirija sus esfuerzos a tratar de eludir esa posibilidad*”. Pareciera ser que esto último fue lo que sucedió³.

2) En marzo de 2002 nuestro país estaba acosado por una gravísima crisis económica y política, producida por la caída de la convertibilidad, la abrupta depreciación del peso en tres veces su valor, el déficit fiscal, la renuncia del Presidente de la Nación y la sucesión de tres presidentes interinos en el lapso de días ante la vacancia de la Vicepresidencia. El entonces Presidente Duhalde, luego de diez años de una ausencia de derechos de exportación en

el país (salvo dos partidas arancelarias cuyas alícuotas no superaban el 4%), dictó el Decreto 310/2002 (que estableció derechos de exportación para hidrocarburos) y su Ministro de Economía dictó la Resolución 11/2002, estableciendo derechos de exportación a la totalidad del universo de las posiciones arancelarias de la nomenclatura arancelaria, sin distinguir las exportaciones destinadas en forma definitiva a los países del Mercosur de las destinadas a países de extrazona.

3) Hubo advertencias sobre la eventual violación del principio de libre circulación económica dentro del área del Mercosur por la instauración de nuevos derechos de exportación en el tráfico intrazonal que desconocían el compromiso de dismantelar las barreras aduaneras interiores⁴. Este cuestionamiento llegó a conocimiento del Tribunal Fiscal y del fuero federal. En 2006 la Cámara Federal declaró la ilegitimidad de la aplicación de estos derechos aduaneros a las exportaciones intrazona⁵. El Gobierno nacional interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema, recayendo dictamen del entonces Procurador General el 1º/04/2008 quien consideró que esos tributos eran procedentes en el tráfico intrazonal. La Corte dicta la sentencia que nos ocupa casi siete años después y si bien lo hace en un expediente distinto, pivotea sobre los mismos argumentos de aquél dictamen de casi siete años antes.

2. Barreira, Enrique C., “*La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del Mercosur*”, J.A. 2007-II p. 23 y siguientes; nota al fallo de la Sala V de la Cám., Nac. Cont., Adm. Fed. “Sancor” del 14/09/2006.

3. No nos equivocábamos. El diario La Nación del 28/05/2014 (Sección Economía, p. 13) informó que el Ministro de Economía había visitado a la Corte Suprema de Justicia para manifestarle su preocupación por los efectos del fallo “Camaronera”, 15/04/2014, por el cual ese tribunal declaró la nulidad de los derechos de exportación establecidos por el referido Ministerio, así como por las acciones de inconstitucionalidad de los derechos de exportación aplicados en el tráfico intra-Mercosur que se encontraban tramitando ante ese Tribunal “*porque teme que numerosas empresas empiecen a reclamar la devolución de retenciones y produzcan un enorme agujero fiscal al gobierno*”.

4. 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, Suplemento de Comercio Exterior del 22/01/2002. La nota de Peña es anterior al dictado de las medidas referidas. Luego del Decreto 11/2002: Barreira, Enrique C., “*Lo contrario de lo que el país necesita*”, La Nación, Suplemento de Comercio Exterior del 10/03/2002; Perotti, Alejandro, “*Anotaciones Preliminares sobre la incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico del Mercosur y las disposiciones nacionales sobre derechos a las exportaciones*”, ED 201-991, 2003; Altamirano, Alejandro, “*Las restricciones a las exportaciones de productos agropecuarios*”, en la obra colectiva “*Impuestos sobre el Comercio Internacional*”, Ed. Abaco, 2003, p. 297 y ss.

5. CNACAF, Sala V, 14/09/2006, autos “Sancor”, JA 2007-II-34, con nota a Fallo del autor de este trabajo que se menciona en la precedente nota.

II.- La sentencia de la Corte Suprema

4) La Corte expresa que los hechos no se encuentran discutidos: las exportaciones fueron realizadas a un Estado Parte del Mercosur (Brasil) y, por ellas se liquidaron derechos de exportación, conforme a la Resolución (ME) 11/2002 (considerando 5°, segundo párrafo). Como el exportador alega que los referidos derechos de exportación están prohibidos en el tráfico intrazona, concluye en que el punto a decidir radica en establecer si, tal como lo juzgó el “a quo”, el TA que creó el Mercosur (firmado el 6/03/1991 y vigente desde el 29/11/1991), prohíbe establecer derechos de exportación entre los Estados Partes⁶, pues de ser así, la resolución que los estableció resultaría inválida por la indudable jerarquía normativa de las disposiciones de dicho tratado (considerando 6, segundo párrafo de la sentencia).

5) La sentencia de la Corte Suprema reconoce que:

i)... los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes internas y, por ende, sobre las demás normas de jerarquía inferior, por lo que cualquier norma interna que transgrediera un tratado vulneraría el referido principio⁷ y que el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho interno (considerando 6°);

ii)... el Tratado de Asunción, aprobado por la ley 23.981, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con el antes mencionado rango supra-legal (considerando 7°);

iii)... el referido tratado consagra “*la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente*” (considerando 9°);

iv)... el art. 1° del Tratado de Asunción (al establecer el principio de libre circulación intrazona de bienes) “*podría dar sustento, aisladamente considerado, a la pretensión de la*

actora” (considerando 12°); y

v)... no es ajena a un sistema de integración económica la aspiración de que se supriman los derechos de exportación, con el fin de afianzar la libre circulación de bienes entre los países miembros (considerando 13° primera parte).

6) La lectura de las manifestaciones precedentes dan fundamento a las quejas del actor; sin embargo, la sentencia de la Corte concluye en las antípodas de esa posición, sosteniendo que los derechos de exportación no entorpecen la libre circulación interna y que son compatibles con el sistema del Mercosur. Las argumentaciones expuestas fueron que:

a)... si bien la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (aprobada por ley 19.865) consagra que los tratados internacionales deben ser interpretados buena fe, teniendo en cuenta su objeto y fin, sus disposiciones no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto, ni se han de poner en pugna destruyendo las unas con las otras, sino de modo que se entiendan entre sí de modo armónico (considerando 11°);

b)... si bien es verdad que el art. 1° del TA establece el principio de libre circulación de bienes y servicios entre los países miembros, mediante la eliminación de los derechos aduaneros, restricciones no arancelarias o medidas equivalentes, podría dar sustento a la posición de la actora, no obstante, no se puede prescindir de que la voluntad de los Estados fue establecer un mercado común en forma progresiva, bajo los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio enunciados en su preámbulo (considerando 12 segunda parte);

c)... si bien es aspiración de un mercado la eliminación de los derechos de exportación entre los estados miembros, “*... no puede concluirse que el referido Tratado, según las pautas hermenéuticas señaladas precedentemente, y teniendo en cuenta el modo en que se ha ido dando el proceso de integración en los diversos acuerdos complementarios... imponga la prohibición de establecer tales derechos, como una exigencia concreta y perentoria*”; añadiendo

6. Luego, al nacer como persona jurídica de derecho internacional, pasó a denominárselos “Estados Miembros”. En este trabajo se los individualiza en forma indistinta con uno u otro nombre.

7. Menciona en ese sentido Fallos 315:1492, cons. 18; 316:1669, cons. 3°; y 317:1282 cons. 8° y 9°, entre otros.

que ello es así “... sin perjuicio de que... por tratarse de un mecanismo que hace a la libre circulación de bienes, su obligatoriedad pueda establecerse en un acuerdo posterior” (considerando 13, segunda parte del primer párrafo);

d)... coincide con lo afirmado por el Procurador General de que “no hay en el tratado constitutivo del Mercosur ninguna norma que, de manera directa, imponga a los Estados Miembros la obligación de abstenerse de establecer derechos de exportación a las mercancías con destino a los países miembros” (considerando 13 segundo párrafo);

e)... “el art. 2° del Tratado de Asunción establece que el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes y de ello se sigue que tales derechos y obligaciones deberán estar clara y concretamente establecidos, y que no resulta válido entender que un Estado – en este caso la República Argentina- se haya obligado a no imponer, o eventualmente a derogar, derechos de exportación, por la sola inferencia que podría resultar de las disposiciones anteriormente mencionadas”, y el principio de reciprocidad es un “recaudo que requiere una mayor precisión de las normas respectivas las que, cabe reiterarlo, han puesto el acento en eliminar restricciones al ingreso de mercaderías, sin atender –salvo muy excepcionalmente– a los derechos que pueden recaer sobre la exportación” (considerandos 10, 14 y 16, última parte);

f)... el Código Aduanero Mercosur, aprobado por el Consejo Mercado Común, por Decisión 27/2010, e incorporado al ordenamiento jurídico nacional mediante la ley 26.795, expresa en su art. 157, inciso 4, que el Código Aduanero Mercosur “no trata sobre derechos de exportación y, por lo tanto, la legislación de los Estados Partes será aplicable en su territorio aduanero preexistente a la sanción de este Código, respetando los derechos de los Estados Partes” (considerando 15);

g) ... tanto el Programa de liberación comercial (Anexo I del Tratado) como los acuer-

dos de complementación económica celebrados con posterioridad, así como el Arancel Externo Común “contemplan casi exclusivamente cuestiones atinentes a derechos de importación y sólo de manera aislada lo relativo a las exportaciones, de modo que, con relación a estas últimas, mal podría entenderse la existencia de una prohibición genérica a la imposición de derechos de exportación (por parte del país exportador)...” (considerando 16);

h)... el Tratado de Asunción es diferente del Tratado de Roma de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea, “... pues en este último se dispuso expresamente la prohibición entre los Estados Miembros de ‘restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente’ y se obligó a aquellos a suprimir las que existieran a la entrada en vigor de ese tratado, a más tardar, al final de la primera etapa” (art. 34). Concluyendo que, en vez, “en el Tratado de Asunción no se incluyó una cláusula equivalente a la adoptada por la Comunidad Europea”.

7) Consideramos necesario que los ciudadanos respetemos los fallos de nuestros jueces, sobre todo si provienen de nuestro más alto tribunal que, en general se ha caracterizado por su prudencia y equilibrio, características imprescindibles para el mantenimiento y fortalecimiento de nuestras instituciones. Pero impresiona que la sentencia que comentamos haya asestado tan duro golpe al Mercosur, un proyecto que la clase política de gobiernos de diferentes signos lamentablemente no llega a comprender y que, sin embargo, pudo haber sido una poderosa ventaja estratégica para nuestro país.

III.- Las características de los acuerdos de integración y su relación con las cláusulas del GATT

8) La “integración” es una transformación de unidades previamente separadas en componentes de un sistema coherente⁸. Ello se aplica a los sistemas jurídicos que rigen en diferentes

8. Czar de Zalduendo, Susana, “Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional”, en la obra colectiva “Derecho de la Integración”, bajo la dirección de Sandra Negro, Editorial BDF, Bs. As., 2014, segunda edición, Cap. I, p. 3, tomando el concepto de Karl Deutsch.

ámbitos espaciales y que surten efectos en materia política, económica o social. El derecho de la integración no se ocupa de las anexiones u otros supuestos de uniones económicas realizadas de manera forzada en contextos conflictivos, sino de las integraciones realizadas voluntariamente por vía de acuerdos tendientes a colaborar para el logro de determinados fines considerados mutuamente beneficiosos para los participantes. La característica de los tratados de integración es su naturaleza “asociativa”, lo que significa que las partes contratantes no buscan tanto regular los comportamientos recíprocos para superar posibles intereses contrapuestos, como organizar sus comportamientos en la creación y funcionamiento de objetivos que consideran comúnmente ventajosos. La posición egoísta de cada una de las partes, propia del antagonismo de intereses que caracteriza a las relaciones “de cambio”, deja lugar a la composición de intereses; usualmente con alcance plurilateral.

9) Un autor clásico en la materia, considera que ese fenómeno se manifiesta tanto bajo el aspecto de un “proceso” como de una “situación” de las actividades económicas. *“Considerada como un proceso, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones; vista como una situación de los negocios, la integración viene a caracterizarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales”*⁹. De tal manera generan una interacción recíproca creando lazos de interdependencia, a raíz de los cuales la conducta de uno de los Estados asociados produce necesariamente efectos en los otros¹⁰.

10) La cantidad de medidas que deben ir adoptándose en una tarea tan compleja como es el proceso de integración requieren, como lo prevé el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (en adelante GATT), de un plan que

permita ir agotando etapas sucesivas a fin de arribar al fin primordial propuesto, usualmente en plazos determinados a través de un cronograma¹¹. Su art. XXIV regula la aplicación territorial de las obligaciones generadas por ese acuerdo, que gobierna el sistema internacional de comercio de mercaderías desde la finalización de la segunda guerra mundial. Sus párrafos 4 a 10 autorizan a los Estados Partes a celebrar acuerdos de integración económica con vistas a uniones aduaneras y zonas de libre comercio. La importancia de esa cláusula radica en que permite a los estados que buscan la integración, exceptuarse de la cláusula de la “nación más favorecida” prevista en el Art. I de dicho acuerdo general. Dicha excepción está condicionada a que se cumplan los recaudos allí indicados, con estudios y vías de acción con cierto nivel de exigencia que conllevan tiempo y esfuerzos. Por ello se prevé la celebración de “acuerdos provisorios” entre quienes se proponen conformar algunas de estas asociaciones, que permitan avanzar en la integración de conformidad con un “plan” y un “programa” que contemplen un plazo razonable de finalización (Art. XXIV, párrafo 5-c).

11) En la Decisión firmada por las Partes Contratantes del GATT el 28/11/1979 denominada “cláusula de habilitación” (L/4903), éstas establecieron menores exigencias para los Estados con menor desarrollo económico relativo. Ella fue invocada para la aprobación de la Asociación Latino América de Integración (ALADI) en 1980 y, dentro de la estructura de esta última, se firmaron varios acuerdos de complementación económica, entre los cuales se cuenta el TA que creó el Mercosur¹². La celebración del TA se realizó, pues, en el marco referencial del art. XXIV del GATT, del cual deriva la oponibilidad de los acuerdos mencionados (ALADI y TA) a los demás Estados Partes del GATT. Si bien ello se produjo antes de la creación de la Organización Mundial

9. Bela Baldassa, J. D., *“Teoría de la integración económica”*, primera edición en español, traducción de Jorge Laris Casilla, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1964, Capítulo introductorio, p. 1.

10. Czar de Zalduendo, *“Integración...”*, antes citada p. 4.

11. Negro, Sandra, *“Caracterización y clasificación de los esquemas de integración”*, en la obra colectiva *“Derecho de la Integración”*, bajo su dirección, Editorial BDF, Bs. As., 2014, segunda edición, Capítulo III, p. 41.

12. Basaldúa, Ricardo Xavier, *“Mercosur y Derecho de la Integración”*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, Cap. VII-2, p. 85.

del Comercio (OMC), los países que la crearon lo hicieron dentro del marco de una reunión del GATT reunidos en la Ronda Uruguay y el Acuerdo de Marrakech, al crear la OMC convalidó aquel acuerdo general bajo el nombre de GATT 1994.

12) De esta manera, el TA es oponible a los miembros de la OMC en la medida en que sus normas sean compatibles con los lineamientos del art. XXIV del GATT que radican, básicamente, en aumentar la libertad de comercio, integrar sus economías y facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al comercio con los demás países que ahora constituyen la OMC (párrafo 4 del Art. XXIV). Estas exigencias deben ser observadas tanto en las normas originarias como en las derivadas del tratado, sin perjuicio del debido cumplimiento de las condiciones que el art. XXIV exige en el cumplimiento de la dinámica para ejecutar el proceso de integración.

IV.- El carácter de los acuerdos de integración ¿es “programático” u “operativo”?

13) Las medidas adoptadas en el proceso de integración van estableciendo nuevas situaciones que van generando cambios en los derechos y obligaciones que se reconocen los protagonistas de ese proceso. Así, desde un punto dinámico es un proceso que sigue un programa y, por dicha razón, todo acuerdo de integración es

“programático”. La posición extrema de considerar que el TA posee un carácter exclusivamente programático, fue sostenido por el Tribunal Fiscal en el caso “Sancor” antes referido (ver nota 4), al extremo de negarle todo sentido operativo. Allí sostuvo que las cláusulas del TA “*son meramente programáticas y por ellas la Argentina no se comprometió específicamente a no establecer derechos de exportación en el futuro*”. Esa tesis fue apoyada por el Procurador Fiscal de la Nación en el dictamen seguido por la Corte Suprema en la sentencia que aquí comentamos¹³.

14) Aducir el carácter programático del TA fue una posición frecuentemente invocada por los Estados Partes para eludir los cuestionamientos de otros Estados asociados de que se estaban violando los compromisos asumidos en el TA. Sin embargo, los laudos de los tribunales “ad hoc” del Mercosur, así como más tarde el Tribunal Permanente de Revisión, declararon sin excepción la existencia de obligaciones exigibles entre los Estados Partes desde el nacimiento mismo del Mercosur¹⁴. Recordemos que estos laudos son obligatorios para los Estados Partes involucrados en la controversia (art. 21 del Protocolo de Brasilia y art. 26 del Protocolo de Olivos, ley 25.663). Se ha dado el caso curioso de que algunos países sostuvieron criterios opuestos según que fueran reclamantes o reclamados, lo que no deja de ser una incoherencia contraria al principio de la buena fe en el cumplimiento de los tratados.

13. Algunos especialistas consideraron que el Mercosur participaba de las características de un tratado “marco” en el que estaba todo por hacerse. Este argumento peca de una visión parcializada que lo limita al carácter programático. Pérez Otermin, Jorge, en su libro *“El Mercado Común del Sur – Desde Asunción a Ouro Preto”* (Editorial Fundación de Cultura Universitaria, F.C.U., Montevideo, 2000), define a los tratados “marco” como “*aquellos acuerdos en los cuales se establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos, u objetivos precisos, los cuales las partes se comprometen a lograr mediante acuerdos posteriores utilizando la estructura o siguiendo los mecanismos allí establecidos*” (p. 20 de su obra). Luego de poner de resalto las opiniones de José María Gamio, Sergio Abreu y Gustavo Magariños a favor de considerar que el Tratado de Asunción es un acuerdo “marco”, el autor discrepa con esa posición, porque esa calificación sólo podría ser ajustada si se considerara sólo una parte del tratado, esto es su estructura orgánica, pero que la consideración de otras disposiciones como el Programa de Liberación, que posee aplicación obligatoria e inmediata para los Estados Parte, desautoriza esa afirmación (p. 21 de la obra citada).

14. Así, del período del Protocolo de Brasilia, Laudo I del 28/04/1999 en que Argentina exigía de Brasil que dismantelara medidas restrictivas al comercio recíproco. En este caso el tribunal expresó que “*... los cinco anexos del TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables*” (párrafo 66; ver también párrafos 17, 67 y concordantes); Laudo II del 27/09/1999, párrafo 55 y concordantes; Laudo IV del 21/05/2001, párrafos 135, 139 (“*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 de consumación*”) y concordantes; Laudo IX del 4/04/2003, párrafos 44, 45 y 46; Laudo N° 2 (período del Protocolo de Olivos) del 6/09/2006 párrafos 102, 103, 104 y concordantes.

15) Hemos visto que, además de un “proceso”, la integración es una “situación” (ver párrafo 9) y que en ese aspecto “dinámico” de la integración, cada etapa del proceso va creando deberes y derechos ejecutables y recíprocamente exigibles, que son nuevos hitos de interdependencia. La prueba de esta operatividad inmediata queda evidenciada en la resistencia con que fue recibido el reconocimiento, que el art. XXIV del GATT hizo de los “acuerdos provisionales”, pues estos brindan ventajas operativas y ejecutables entre los países involucrados no extensibles a los demás miembros del acuerdo general antes que la integración se encuentre concluida, temiéndose que ese estado de situación pudiera eternizarse, burlándose así la cláusula de la nación más favorecida al no cumplirse con las obligaciones impuestas como condición para gozar de su excepción¹⁵. La creación de un mercado común por el TA implicaba un proceso de construcción conjunta que, según el preámbulo, debía realizarse en forma gradual, flexible y equilibrada. La manifestación más clara de que el tratado no se limitaba a una mera declamación fue la redacción del Programa de Liberación Comercial obrante en el Anexo I que contiene exigencias imperativas para los Estados Partes.

16) Desde un comienzo Argentina consideró que el TA implicó la existencia de obligaciones exigibles y no un mero acuerdo programático. Cada uno de los Estados Partes firmantes del TA reclamó el cumplimiento de obligaciones asumidas por los otros en el marco del Mercosur, lo que no podría haber existido si ellos hubieran considerado que se trataba de un acuerdo que no generaba deberes de cumplimiento inmediato. El primero en hacerlo fue justamente nuestro país, quien exigió que Brasil respetara su obligación de no entorpecer la libre circulación de las mercaderías en la zona, absteniéndose de establecer restriccio-

nes directas a la importación¹⁶. De esta manera la conducta de Argentina posterior a la firma del TA, consideró vinculantes los compromisos existentes por los demás Estados Partes de ese tratado, pues es una regla hermenéutica de carácter general que los hechos ulteriores adoptados por los contrayentes de un compromiso que tuvieran relación con lo que se discute, es la mejor explicación de la intención que se tuvo al celebrar el acuerdo¹⁷. De lo expuesto en los párrafos precedentes surge como **primera conclusión** que, *si bien el Tratado del Mercosur posee disposiciones programáticas, también posee disposiciones operativas que hacen nacer obligaciones exigibles entre las partes, lo que ha sido reconocido en varios laudos arbitrales.*

V.- El objetivo práctico de la integración y la eliminación de las barreras aduaneras interiores como un medio imprescindible para lograrlo

17) La integración económica es la creación de un terreno fértil para una posterior integración social y política y en ese trayecto reconoce diversos tipos de intensidad hasta llegar al establecimiento de “mercados comunes”, pasando por acuerdos provisionales. Cualquier tipo de integración implica abrir un camino para la libre circulación comercial entre los diversos espacios nacionales sujetos a integración.

18) El objetivo de la integración económica es aprovechar las ventajas resultantes de la unión de esfuerzos y recursos, disminuyendo costos y ampliando los mercados, para lo cual la unificación aduanera es un inevitable punto de partida. Entre los costos más visibles que tienen finalidades tuitivas de la producción, comercio y empleo locales, se encuentran los derechos de aduana y las restricciones directas

15. Jackson, John H., “World Trade and the Law of GATT”, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, U.S.A., 1969, § 24-1, p. 579.

16. Laudo N° 1 (época del Protocolo de Brasilia) del 28/04/1999, Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17/12/1997 y n° 7 del 20/02/1998 DECEX; en el que se condenó a Brasil a dejar sin efecto las medidas cuestionadas.

17. Ello surge en el ámbito del derecho privado en el derecho de los contratos (art. 218, inciso 4, del Código de Comercio argentino) y en el ámbito del derecho internacional público, con las instituciones del “estoppel” y de la “teoría de los propios actos” (art. 31 apartado 3 de la “Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969”). Sobre esto último, ver Reuter, Paul, “Introducción al Derecho de los Tratados” Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, § 144, p. 119; De La Guardia, Ernesto, “Derecho de los Tratados Internacionales”, Ed. Abaco de Depalma, 1997, Cap. VII, § 28/b, p. 226.

a la importación o exportación. Son los que, a la hora de la integración, son más fáciles de remover dando por resultado consecuencias directas e inmediatas. Por ende, los planes de integración comienzan por el desmantelamiento aduanero en la circulación económica dentro de la zona¹⁸. Así sucedió, entre otros casos, en la Unión Aduanera alemana de 1834¹⁹, la integración de Austria y Hungría en 1848²⁰, la Unión Aduanera Suiza en 1798, la unificación aduanera italiana en 1859 y 1860²¹, la Unión Aduanera entre Bélgica y Luxemburgo en 1918, que se convirtiera luego en la Unión Aduanera del Benelux en 1948²² y la Comunidad Económica Europea en 1957, hoy Unión Europea. Incluso en el caso de Argentina, en el cual la unión política precedió por razones históricas a la unión aduanera, la organización nacional definitiva fue imposible hasta que no se procedió a la unión aduanera, lo que se produjo mediante la eliminación de las aduanas provinciales con la Constitución de 1853 primero y luego, con la reforma de 1860, al integrarse la Provincia de Buenos Aires a la Nación Argentina cediendo su poderosa aduana local para incorporarla como una oficina más dentro del sistema aduanero federal. De lo expresado arribamos a una **segunda conclusión**, que *los países que buscan caminos para la integración económica consideran primordial la eliminación de todo tipo de restricciones aduaneras a la importación y a la exportación entre ellos, fueren prohibiciones, cupos, contingentes o derechos de aduana tanto en materia de importación como de exportación.*

VI.- Los efectos económicos de los derechos de exportación y los procesos de integración.

19) Así como sucede en las legislaciones nacionales, en los procesos de integración económica los derechos de exportación tienen un papel menos relevante que los derechos de importación, pues al no ser beneficiosos para la expansión comercial de los países, en la mayoría de éstos son de poca importancia o bien directamente prohibidos, fuere en las propias cláusulas constitucionales como en Estados Unidos de América, o por normas de jerarquía legal como sucede, en países como Chile o Colombia, entre otros. Trasladar el costo del derecho de exportación al precio de la mercadería que se exporta, sólo es viable cuando hay inelasticidad de la demanda exterior, es decir cuando el exportador se comporta como proveedor monopólico u oligopólico. En países que, como el nuestro, la exportación primordial consiste en *commodities*, gravar con derechos de exportación es trasladar ese importe al productor, quien deberá optar entre vender con menor margen de ganancia o abstenerse de vender, surtiendo el mismo efecto que un derecho de importación aplicado en el país de destino. No me voy a extender en este punto porque ya me he ocupado con detenimiento de estos temas en otros trabajos a los cuales me remito²³.

20) A comienzos del siglo XVIII Inglaterra, en ese momento la mayor potencia comercial del mundo, sintetizó su política de comercio exterior en dos premisas: liberar la importación

18. Czar de Zalduendo, Susana, "Integración...", antes citada, p. 8. expresa: "El foco de la integración económica está representado por la rebaja o la eliminación de las llamadas "barreras arancelarias"; es decir, los aranceles de importación y exportación que aplican los países en el comercio internacional". Bela Balassa, ob. cit., Cap. 2, ps. 23 y siguientes, quien, con citas de M. Byé, H. Giersch y Jacob Viner, sostiene que una de las formas básicas de integración económica consiste en una unión aduanera que implica no sólo la eliminación interna de barreras aduaneras, sino de una política arancelaria común frente a las terceras naciones. Basaldúa, Ricardo Xavier, "Mercosur y Derecho de la Integración", Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 25 ("De ahí que la conformación de uniones aduaneras sea el medio idóneo por antonomasia para lograr los objetivos perseguidos a través de los procesos de integración económica regional").

19. Sardá, Juan, "Uniones Aduaneras y Uniones Económicas", edit. Aguilar, Madrid, 1953, ps. 9 y 32.

20. Sardá, obra antes citada, p. 59.

21. Sardá, obra antes citada, p. 89.

22. Sardá, obra antes citada, ps. 116 y 133.

23. Barreira, Enrique C., "Derechos de exportación. Concepto, función y hecho gravado", en la obra colectiva "Estudios de Derecho Aduanero - Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine", Lexis Nexis, 2007, especialmente Cap. II, ps. 41 a 52, y "La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del Mercosur", J.A. 2007-II p. 34.

de las materias primas y abolir los derechos de exportación salvo los de aquellas mercaderías en que el país tuviera una posición de monopolio, pues de esa manera le era posible trasladarlos al extranjero²⁴. Con esta política exterior los países industriales se abastecían de materia prima al menor costo posible, considerando que el engrandecimiento económico del país reposaba en el abastecimiento de los grandes centros industriales con materia prima, usualmente proveniente de regiones lejanas o de ultramar con precios bajos y volúmenes importantes²⁵. Este esquema prosiguió en el siglo XIX, cuando los países más desarrollados extendieron sus vínculos coloniales no sólo para asegurar para sí las fuentes de abastecimiento de materias primas y alimentos sino también para evitar que los países competidores tomaran posesión de esas fuentes de recursos²⁶. Hasta la segunda guerra mundial (1939-1945) era usual que en los acuerdos celebrados por las metrópolis con sus colonias, dominios o países bajo su esfera de influencia, no sólo se otorgaran preferencias arancelarias de importación a las primeras sino que establecían derechos preferenciales a la exportación para favorecer el abastecimiento de alimentos y materias primas necesarias para las industrias de las metrópolis²⁷.

21) En las conversaciones preparatorias de lo que luego fue el GATT, Estados Unidos presionó firmemente para la desaparición de los referidos acuerdos de preferencias arancelarias, que le impedían acceder a los referidos mercados. Con la liberación del comercio a partir de la segunda mitad del siglo XX y al producirse la complementación de las industrias localizadas en diferentes países (incluso las pertenecientes a un mismo grupo económico) la necesidad de asegurar las materias primas se extendió al suministro de otros insumos más elaborados. Las

ventajas de los bajos costos decidió la radicación de industrias en países con mano de obra barata y materia prima de fácil obtención, fuere por ser el lugar de propia producción o por tener bajos derechos para la importación, tanto de la materia prima como también de productos semi-manufacturados utilizados para fabricar componentes u otros insumos industriales²⁸.

22) Las partes y piezas complementarias para terminar productos más elaborados acentuó la importancia de evitar trabas y ahorrar tiempo en los envíos. Esto se advierte hoy en día en los procesos de productos manufacturados para los cuales un mismo grupo económico produce partes y piezas en diferentes países por razones de especialización y menores costos, a fin de remitirlas luego a otro país en donde se encuentra localizada la terminal que ensambla los diferentes componentes extranjeros o los del propio país, para terminar con el producto final. De tal manera se observa una interdependencia en la producción, en la que "... *la manufactura de cualquier mercancía llega a ser tanto más rentable cuanto mayor sea la disponibilidad de los insumos necesarios, los bienes complementarios y las posibilidades para una ulterior transformación*"²⁹. En tales casos una vez obtenida la parte o pieza correspondiente en un país, las trabas a su salida a través de derechos de exportación u otro tipo de trabas genera menor productividad³⁰.

23) Pensemos, por vía de ejemplo, en la situación, común hoy en día en el ámbito automotriz del Mercosur, en el que una pieza específica fabricada en nuestro país es esperada por un industrial adquirente, radicado en otro Estado Miembro. Ambos tienen celebrado un contrato de suministro para equipar una serie completa de automóviles y el adquirente la necesita para ensamblarla con otros componentes

24. Viner, Jacob, "*Studies in the Theory of International Trade*", reimpresión de la primera edición de 1937, efectuada en 1975 por A. M. Kelley Publishers, New Jersey, ps. 69 y 70.

25. Weiller, Jean, "*Problèmes d'économie internationale*", T° I (Les échanges du capitalisme libéral), Presses Universitaires de France, Paris 1946, p. 24.

26. Cole, G.D.H., "*Introducción a la historia económica; 1750 -1950*", Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1985, traducción de Carlos Villegas, Cap. VIII, ps. 108 y 120.

27. Gual Villalbí, Pedro, "*Teoría y Técnica de la política aduanera y de los tratados de comercio*", Ed. Juventud, Barcelona, 1943, p. 432.

28. Bela Balassa, obra citada, Cap. 3, p. 78.

29. Bela Balassa, obra citada, Cap. 7, p. 168.

30. Bela Balassa, expresa que "... *en industrias que venden una parte de su producción en mercados extranjeros, los requisitos a la exportación a menudo determinan la baja de la productividad*", obra citada, Cap. 5, p. 118.

para los cuales no son compatibles otras piezas similares. Como en la búsqueda de un mercado común se busca la integración de la región a través de la complementación sectorial, no es raro que ese flujo de suministro se encuentre unido a otro en sentido contrario para otro tipo de producto terminado. ¿Qué duda cabe que el establecimiento de derechos de exportación generará en este caso un sobre-costo que implica una traba al flujo comercial en contradicción con el objetivo buscado con el tratado? ¿Qué duda cabe que además de perjudicar al productor, también se está perjudicando al destinatario y, por ende, al país asociado en un proyecto que debía ser ventajoso para ambos Estados Miembros?

24) El ejemplo de las industrias integradas es manifiesto pero no agota los perjuicios que generan los derechos de exportación en la economía del país importador, constituyendo una medida antifuncional al acuerdo celebrado. Si los derechos de exportación incrementaran los costos del productor-exportador de manera que éste no pudiera competir con los precios internacionales, las consecuencias ordinarias serán: (a) la desviación de su producción al mercado interno, si ello fuera posible; (b) un mayor costo para el consumidor; (c) un menor volumen de ventas para el productor; (d) la insatisfacción de la demanda de la industria complementaria de los Estados Partes; y (e) que esa demanda insatisfecha de potenciales clientes instalados en los estados partes desvíen sus compras a países de extrazona. Nadie gana y todos pierden. De lo expresado en los párrafos precedentes surge

como **tercera conclusión**: que *los derechos de exportación, así como toda otra restricción a las exportaciones, que se aplicaren en el intercambio comercial entre países que están en un proceso de integración económica, producen efectos económicos perjudiciales para su consecución que los hacen contrarios al propósito tenido en cuenta para ello.*

VII.- El concepto del término “derechos aduaneros” comprende a tanto a los “derechos de importación” como a los “derechos de exportación”.

25) El art. 1 del Programa de Liberación comercial obrante en el Anexo I del TA establece que los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco; añadiendo en el art. 2 que por “gravámenes” se entenderá los “derechos aduaneros” y cualesquiera otros recargos equivalentes. Esto coincide con el criterio general de liberación del comercio contemplado en el GATT, en el cual se prevé: (a) que las medidas aplicadas a mercaderías destinadas a la exportación a otro Estado Parte pueden constituir obstáculos para el cumplimiento del principio de la Nación más favorecida en materia de tráfico entre los países socios³¹; (b) que los derechos de exportación son considerados como una medida restrictiva del comercio internacional que debe ser evitada³²; (c) que las partes deben publicar las normas aplicables a la exportación³³; y (d) que en las negociaciones

31. Art. I del GATT establece: “En materia de derechos de aduana y cargas de cualquier clase, impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones..., cualquier ventaja, favor como privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

32. 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”.

33. El art. X 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 ...”.

que las Partes Contratantes se obligan a realizar, se prevé la reducción de los derechos de exportación³⁴.

26) El art. 1 del TA dispone que “*Este Mercado Común implica: La libre circulación...*”. El verbo implicar significa “contener”, “llevar en sí”, “significar”, lo que indica que la libre circulación allí mencionada constituye un objetivo inmanente al acuerdo, a punto tal que no se puede concebir un mercado común sin ese requisito. La circulación a que se alude es la “económica” y no el simple traslado o tránsito. Así, la libertad de circulación económica implica la posibilidad de que la mercadería permanezca y sea consumida, utilizada o industrializada en el espacio económico al que se la introduce³⁵. El espíritu declarado en el TA concuerda con el del GATT al disponer que el mercado común implica el establecimiento de la libre circulación interna de bienes, servicios y factores productivos; añadiendo “*a través, entre otros de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y cualquier otra medida equivalente*” (art. 1 antes citado). Como veremos, al referirse a los derechos aduaneros está incluyendo a los derechos de exportación. Es una norma enunciativa, no limitativa, lo que queda de resalto cuando utiliza las palabras “*entre otros*” así como su aplicación también “*a cualquier otra medida equivalente*” a la de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias.

27) La posición asumida en el fallo que comentamos considera que la libre circulación pasa por la eliminación de las barreras a la importación y que ella no se altera por las restricciones que se pudieran establecer a la exportación entre los Estados asociados. Esa tesis

da a entender que cuando el TA se refiere a la eliminación de los “derechos de aduana”, por ese vocablo entiende solamente a los “derechos de importación” y no a los que gravan la exportación. Sin embargo no es así.

28) El art. 31 ap. 1 de la Convención sobre Derecho de los Tratados expresa que un tratado debe interpretarse conforme al “sentido corriente” que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. ¿Cuál es el sentido corriente que se atribuye al vocablo “derechos de aduana” en el TA? No cabe duda que es el sentido que corrientemente se atribuye a ese vocablo en los países que redactaron y celebraron el referido acuerdo. Ese significado es, por otra

Parte, coincidente con el que rige en el resto del mundo. En efecto, el Consejo de Cooperación Aduanera (hoy denominada Organización Mundial de Aduanas), que es el más importante organismo técnico intergubernamental en la materia y en el cual están representados los cuatro países originarios del Mercosur, se refiere a los “derechos aduaneros” en su Glosario Internacional de Temas Aduaneros, que en los idiomas oficiales de ese organismo son mencionados como “*droits de douane*” o “*customs duties*”, y los define como los “*derechos establecidos en el arancel de aduanas a los que están sujetas las mercaderías que entran o salen del territorio aduanero*”. Esto es, no se refiere sólo a las mercaderías que entran, sino también a las que salen. Ese concepto es el que el vocablo tiene en el Código Aduanero Argentino³⁶; en el Regulamento Aduaneiro Brasileiro³⁷ y en el Código Aduanero Paraguayo³⁸. El flamante Código Aduanero Uruguayo no se ocupa mayormente de estos tributos por-

34. El art. XXVIII bis, ap. 1 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 ...*” (art. XXVIII bis, ap. 1 del GATT).

35. Basaldúa, Ricardo Xavier, “*Mercosur y Derecho de la integración*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 113.

36. La Sección IX del Código Aduanero (ley 22.415) contempla en su Título I, bajo el título de “*Tributos regidos por la legislación aduanera*” tanto a los derechos de importación como lo de exportación, los primeros están regulados en el Capítulo Primero (arts. 724 y ss.) y los segundos en el Capítulo Sexto (arts. 724 y ss.), estableciendo en el Título II las disposiciones comunes a ellos (art. 777 y ss.).

37. En el Libro II del *Regulamento Aduaneiro Brasileiro* (Decreto 6759/2009), se incluyen el Título I “*Do Imposto de Importação*” y el Título II “*Do imposto de exportação*”.

38. El art. 249 del Código Aduanero Paraguayo establece: “*Se entiende por tributo aduanero el monto de los gravámenes establecidos con motivo de la entrada y salida de mercaderías del territorio aduanero...*”.

que ellos no existen en la práctica aduanera de ese país, aunque se refieren elípticamente a los tributos que gravaren la exportación en algunas de sus disposiciones. No obstante, tanto la doctrina uruguaya como la mayor parte de la doctrina nacional e internacional considera que los “derechos de aduana”, también denominados “derechos aduaneros”, “impuestos de aduana” o “tributos de exportación”, contemplan tanto a los derechos de importación como a los derechos de exportación³⁹. De esto surge como **cuarta conclusión**: que *cuando el TA se refiere a la eliminación de los derechos de aduana aplicables en el tráfico intrazonal está incluyendo tanto a los derechos de importación como a los derechos de exportación*.

VIII.- La congelación de los derechos de aduana vigentes al momento de la celebración del tratado, la coherencia de conducta y la cláusula “stand still” en los procesos de integración.

29) Cuando Argentina celebró el TA su arancel tenía pocas posiciones arancelarias gravadas con derechos de exportación. La administración a cargo del Gobierno en ese entonces consideraba que los derechos de ex-

portación no eran beneficios para el país y por dicha razón los tenía contemplados sólo para dos tipos de productos. Pero resulta claro que el Gobierno contemplaba en la desgravación paulatina de los derechos de aduana a los derechos de exportación⁴⁰. Mediante el Decreto 2275/94 Argentina aprobó la Decisión 22/94 del Consejo Mercado Común que estableció el Arancel Externo Común. En la lista argentina se previó un derecho de exportación para semillas oleaginosas en el 3,50%, disponiendo un cronograma descendente de los derechos de exportación para los cueros allí individualizados que se reducía anualmente hasta llegar a un cero por ciento a partir del 1° de enero de 2000. El cronograma de desgravación implicó que Argentina se obligaba a no restablecer lo que se había comprometido a desgravar. Por eso, aun cuando se insistiera en que Argentina era libre de gravar con nuevos derechos de exportación lo que le placía, no se puede negar de que, al menos, no lo podía hacer respecto de los cueros. Sin embargo las medidas de 2002 hicieron caso omiso de ese compromiso, restableciendo los derechos de exportación sobre ellos y con un nivel superior a los del año 1999 (pues en ese año habían descendido al 3% y en 2002 se fijaron en el 5%).

39. Basaldúa, Ismael, en su *“Legislación Penal Aduanera”*, Bs. As., 1923, p. 5, expresa *“Estos impuestos o derechos de aduana se dividen, según la procedencia de las mercaderías en dos grandes grupos: derechos de importación y de exportación”*. En igual sentido: Ahumada, *“Tratado de Finanzas Públicas”*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1956, T. II, Cap. XXV, Sección 1, § 7, p. 893; De Juano, Manuel, *“Curso de Finanzas y Derecho Tributario”*, Ediciones Molachino, Rosario, 1964, T. II, § 436, p. 206; Fernández Lalanne, Pedro, *“Derecho Aduanero”*, Depalma, Bs. As., 1966, T° I p. 288; Giuliani Fonrouge, Carlos M., *“Derecho Financiero”*, Depalma, Bs. As., 1982, T. II, Título Sexto, Cap. I, § 1, n° 436, p. 832 (este autor expresa *“Los impuestos aduaneros..., consisten en gravámenes a la importación o a la exportación de mercaderías o productos. Los primeros son los impuestos típicos que figuran en todas las legislaciones; los tributos a la exportación constituyen excepción y son condenados por entes internacionales como perniciosos para las relaciones comerciales”*); Lascano, Julio C., *“Los derechos de Aduana”*, Osmar Buyatti, Bs. As., 2007, ps. 117/118; Basaldúa, Ricardo Xavier, *“Tributos al Comercio Exterior”*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 69; Gual Villalbí, Pedro, *“Teoría y Técnica de la Política Aduanera y de los Tratados de Comercio”*, Ed. Juventud, Barcelona, 1943, T° I, Secc. Tercera, Cap. V, p. 198; Cutrera, Achille, *“Principii di Diritto e Politica Doganale”*, Cedam, Padova, 1941, p. 1; Di Lorenzo, Mario, *“Corso di Diritto Doganale”*, Giuffrè Editore, Milano, 1947, § 6, n° 4, p. 139 (*“I diritti doganale costituenti l'imposta di confine son tassativamente indicati dalla legge doganale come segue: dazi d'importazione, dazi di esportazione...”*); Giannini, A.D., *“Instituciones de Derecho Tributario”*, traducido por F. Sainz de Bujanda, Ediciones Derecho Financiero, Madrid, 1957 Cap. IX, punto IV, § 152, p. 523; Grizzotti, Benvenuto, *“Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda”*, traducido por Enrique Mata, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, Cap. XVII, § 6, p. 470 (*“Los derechos aduaneros se aplican por el Estado a la importación y a la exportación...”*); González, Ariosto, *“Derecho Aduanero Uruguayo - Comentarios de la legislación represiva”*, Claudio García Editores, Montevideo, 1946, § 8, p. 20 (*“La obligación tributaria radica en la incorporación del art. extranjero al consumo nacional o en la salida de la mercadería del país para ser consumida en el exterior”*); Mazz, Addy, *“Gravámenes al Comercio Exterior”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, p. 23 (*“Tradicionalmente a los impuestos aduaneros se los conoce con otros nombres, sobre todo el de derechos aduaneros. Pero el término es asimilable a impuesto, y por ellos se entienden todos los impuestos que gravan las operaciones de exportación, importación y el tránsito de mercaderías por las fronteras nacionales”*); Ferrere, Daniel, *“La regulación del comercio exterior por el Estado”*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1988, p. 153; Carvajal Contreras, Máximo, *“Derecho Aduanero”*, Ed. Porrúa, México, 1995, p. 334; Rohde Ponce, Andrés, *“Derecho Aduanero Mexicano”*, México, 2002, T° 2, Cap. II, punto 4, p. 235; Pardo Carrero, Germán, *“Tributación Aduanera”*, Ed. Legis, Bogotá, 2009, p. 6, entre muchos otros.

40. Para mas detalles remitimos al Cap. VIII de nuestro trabajo referido en la nota 1 de este trabajo.

30) Mediante el Decreto 998/95 Argentina adoptó el Arancel Externo Común que contemplaba las columnas para los derechos de exportación con las correspondientes a oleaginosas y cueros. La razón por la cual no se indicaban las alícuotas de los derechos de exportación para las otras mercaderías se debió a que estas carecían de derechos de exportación. Pero al modificarse el Sistema Armonizado por una enmienda del Consejo de Cooperación Aduanera al cual pertenecían los cuatro Estados del Mercosur, éstos a través de la Resolución GMC 36/1995 (incorporada por Argentina mediante el Decreto 994/95) determinó un nuevo formato del Arancel Externo Común con una columna expresa de derechos de exportación para todos y cada uno de los productos. Aun cuando en casi todos salvo los ya indicados, ese casillero figuraba en blanco. Por ello, si bien es cierto lo que sostiene la sentencia de la Corte en cuanto a que el Arancel Externo Común “*contempla casi exclusivamente cuestiones atinentes a derechos de importación y sólo de manera aislada lo relativo a las exportaciones...*”, la manera aislada en que se los contempla tiene que ver con su poco uso, sin que por ello dejen de ser trabas al comercio sujetas a eliminación.

31) De la lectura del art. 1 del Programa de Liberación Comercial del TA⁴¹ surge que los Estados partes se obligan a la eliminación de los gravámenes que estuvieran vigentes al momento en que se celebra el acuerdo y que ese compromiso debe estar completado a más tardar en una fecha que no podía pasar del 31/12/94. No sería por lo tanto coherente que las mismas personas que se comprometieron a dar de baja ciertos dichos gravámenes pudieran establecerlos nuevamente o incrementar los ya existentes. Ello no sólo atenta contra el principio lógico de no contradicción, sino que sería incompatible con la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969 (incorporada al derecho argentino) según la cual “*Un Estado debe abstenerse de actos en virtud*

de los cuales se frustrate el objeto y el fin de un tratado” (art. 18) y que “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” (art. 26). La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, refiriéndose a esas normas sostuvo que la buena fe exige permanecer fiel a la intención de las partes, sin menoscabarla por una interpretación literal o destruyendo el objeto y el fin del tratado⁴², lo que coincide con el principio general del derecho que exige comportamientos coherentes, de modo que quien suscite en otro una confianza en que cumplirá con determinada conducta futura, no debe defraudar la confianza así generada. La exigencia jurídica de un comportamiento coherente está, de esa manera, estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza⁴³.

32) Suele ser común en los tratados de integración que establecen programas de desgravación gradual de los gravámenes aduaneros, la inclusión de una norma expresa denominada “*cláusula de congelamiento*” o “*stand still*”, Por ella, las partes se comprometen a congelar el nivel de derechos de aduana en el momento de celebrarse el compromiso que sólo pueden ser reducidos, incluso en mayor medida que la programada en el acuerdo (como lo prevé justamente el art. 5 del Programa de Liberación Comercial del Mercosur), pero nunca restablecer los que ya fueron eliminados o establecer nuevos derechos que antes no existían. Pese a que no se haya incluido en el TA una cláusula que lo diga expresamente, el único sentido lógico que surge del art. 1 del Programa de Liberación comercial, es el de aplicar el criterio “*stand still*”, conforme lo hemos indicado más arriba (ver precedente párrafo 31).

33) Quienes asistieron desde el principio al nacimiento del Mercosur tuvieron en claro este criterio. En 1991 se expresó que: “*... el Tratado de Asunción prevé dos aspectos vinculados con el manejo arancelario autónomo de los gobiernos partes, con el objeto de impedir una*

41. El art. 1 del Programa de Liberación Comercial del TA dispone que “*Los Estados partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco*”.

42. Reuter, Paul, “*Introducción al derecho de los Tratados*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, nota complementaria al párrafo 136, p. 175

43. Díez-Picazo Ponce de León, Luis, “*La doctrina de los propios actos*”, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, p. 142.

neutralización no deseada de las preferencias arancelarias implícitas en el cronograma de desgravación automática. El primero de ellos es la cláusula que dispone que las desgravaciones se calcularán siempre sobre los aranceles residuales externos menores. Es decir que si uno de los miembros eleva su arancel extrazonal, la preferencia seguirá aplicándose sobre el arancel vigente al momento de la entrada en vigencia del acuerdo; y si uno de los miembros reduce su arancel extrazonal, la preferencia se aplicará sobre el nuevo nivel reducido. El segundo elemento es la preservación de las preferencias arancelarias pactadas por las partes, para lo cual éstas se comprometen, durante el período de transición, a su mantenimiento, así como a consultarse antes de efectuar rebajas unilaterales de su arancel externo que anulen concesiones”⁴⁴.

34) Este criterio fue explicitado en el art. 4° de la Decisión N° 3/94 del Consejo Mercado Común quien, en su carácter de máximo órgano del Mercosur, dispuso que: “Hasta tanto no se alcance la total armonización de las restricciones arancelarias, los Estados Parte se comprometen a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo”⁴⁵. Este criterio fue reforzado por la Decisión CMC 22/2000 del 29/06/2000 conforme con la cual “Los Estados Partes no adoptarán ninguna medida restrictiva al comercio recíproco cualquiera fuera su naturaleza”.

35) De lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende una **quinta conclusión**: que **el principio “stand still” está insito entre las partes comprometidas a realizar el plan tendiente a fin de la integración, pues sería contradictorio que contemple medidas tendientes a un fin que sean neutralizadas por otras que desmontaran paralelamente lo que se está haciendo y que, consecuentemente, los**

Estados Partes que se han obligado a eliminar gradualmente la aplicación entre ellos de los derechos de aduana existentes en el momento de celebrarse el acuerdo, no pueden restablecer los que se fueron eliminando ni crear otros nuevos.

IX.- La Reciprocidad de los derechos y obligaciones entre las partes.

36) La sentencia de la Corte Suprema hace referencia al principio de reciprocidad mencionado en el art. 2 del TA⁴⁶, en los considerandos 10, 14 y 16, última parte (resumidos en el párrafo 6-e) de este escrito). Allí se expresa que en razón de la reciprocidad, los derechos y obligaciones deben estar clara y concretamente establecidos, agregando que no es dable entender que un Estado se haya obligado a no imponer o a derogar derechos de exportación por la sola inferencia, y que ese principio requiere una mayor precisión de las normas respectivas que han puesto el acento en eliminar restricciones al ingreso de mercaderías, sin atender -salvo muy excepcionalmente- a los derechos que pueden recaer sobre la exportación.

37) El concepto de reciprocidad consiste en el otorgamiento a otro de un trato equivalente al recibido de él⁴⁷. La fórmula de “tratar a los demás como nos gustaría que nos traten a nosotros” presupone una conducta inicial, positiva, que no siempre espera una respuesta similar ajena, aunque vaya acompañada por la esperanza de así sea. La fórmula de “tratar a los demás de igual modo en que ellos nos tratan a nosotros” implica una actitud de respuesta a una conducta ajena. En este último caso si la actitud es buena el conflicto no existirá, más si la conducta ajena es mala, la reciprocidad será negativa, respondiendo “mal con mal” (“ojo por ojo y diente por diente”) al estilo de la Ley del Talión.

44. Eguivar, Luis A. y Rúa Boeiro, Rodolfo R., “Mercosur”, Editorial La Ley, 1991, Primera Parte § 6.2.3, p. 84.

45. Sobre la base de esta norma es que en el párrafo 18 del Laudo I del 28/04/1999, el Tribunal “ad hoc” del Mercosur expresó “La Decisión CMC 3/94 estableció un compromiso de “stand still” en materia de restricciones no arancelarias”.

46. El art. 2 del TA establece que: “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes”.

47. Viejo Testamento, Tobías 4-15 (“No hagas a nadie lo que no te agrada a tí”) y el Evangelio según Mateo, 7-12 (“Todo lo que deseen que los demás hagan por ustedes, háganlo por ellos, en esto consiste la Ley y los Profetas”).

38) A nivel convencional, la reciprocidad puede ser vista como un sinalagma “genético”, que tiene lugar en el momento de estipularse el acuerdo, de manera que las negociaciones avancen sobre la base de la reciprocidad de las ventajas que mutuamente se fueran concediendo, o como un sinalagma “funcional” de manera que, una vez firmado, sea mutua y recíprocamente cumplido⁴⁸. No obstante, los acuerdos de integración, y en especial el TA, no admiten la reciprocidad negativa, que es usualmente manifestada en la faz de cumplimiento del convenio, prohibiendo medidas de autotutela de sus derechos. Ello ha sido puesto de manifiesto cada vez que en el seno del Mercosur uno de los países pretendiera aplicar el instituto de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, considerándose liberado de cumplir con sus compromisos mientras el otro no lo hiciera⁴⁹. Esto fue rechazado en el caso del Laudo VIII del Mercosur referido a la controversia entre Paraguay y Uruguay sobre el IMESI⁵⁰, y en el Laudo IX, referido al estímulo a la industrialización de la lana, considerandos 65 y 66⁵¹ que cerró el camino para justificar el incumplimiento del tratado sobre la base de la autotutela de los derechos, expresando que a ese fin y para no frustrar las ventajas en el camino a la integración los Estados Partes involucrados en la contienda, deben recurrir al régimen de solución de controversias.

39) Debe tenerse presente que en los acuerdos de integración hay voluntad de unirse y correr riesgos juntos con la finalidad de obtener ventajas recíprocas. En ellos se destaca el aspecto colaborativo e igualitario de manera que los intereses individuales y contrapuestos entre los que celebran este tipo de convenio asociativo, quedan aletargados haciendo prevalecer el mantenimiento del objeto perseguido⁵². Si bien el GATT no es un tratado de integración, posee muchas de las características de éstos, pues tras el código de conductas de los países signatarios hay una clara finalidad de liberación comercial que se va realizando a través de rondas periódicas tendientes a avanzar en esa idea. Pues bien, en relación con el tema que nos ocupa, contempla el principio de reciprocidad como sinalagma genético, cuando en su art. XXVIII bis, ap.1, expresa que son las “negociaciones” de desmantelamiento de las barreras aduaneras las que deben realizarse sobre la base de la reciprocidad⁵³ y no admite excepciones basadas en el incumplimiento que uno o algunos de los Estados Parte hubieran realizado, salvo que ellas estuvieran debidamente autorizadas luego de haberse llevado a cabo los procedimientos contemplados para la solución de la controversia (art. XXIII del GATT y Entendimiento sobre la Solución de Disputas –ESD- del Acuerdo de Marruecos de 1994).

48. Morello, Augusto Mario, refiriéndose a los contratos cuya estructura es similar a la de los tratados (“*Ineficacia y frustración del contrato*”,...), distingue el “sinalagma genético” referido a la etapa de negociación para arribar a la celebración del contrato, del “sinalagma funcional” que contempla la reciprocidad en el cumplimiento del mismo. Este último es la base de la “*exceptio non adimpleti contractus*” contemplado en nuestro art. 1201 del Código Civil y cuya aplicación ha sido considerada incompatible en los acuerdos de integración.

49. Sobre este tema ver el enjundioso trabajo de Perotti, Alejandro, “*EL art. 2 del Tratado de Asunción: ¿existe un derecho a violar el derecho? del principio de lealtad comunitaria el ‘non adimpleti contractus’ y afines*”, Revista de Comercio Exterior y Aduana, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, N° 7, año 2003, p. 41 y siguientes. En ese art. el autor cita el precedente del juez federal en Paso de los Libres y de la Cámara Federal de Corrientes quienes sostuvieron que no hay derecho a incumplir un tratado ni aun en el caso de incumplimiento por parte de ciudadanos de otro estado firmante de dicho tratado.

50. Ver párrafo 3 de las “Cuestiones de derecho invocadas por Uruguay en sus razones” y en los “considerandos párrafos ubicados en decimoprimer, decimosegundo y decimotercer lugar; en este último expresa que en un proceso de integración no tiene sentido que se recurra a la retorsión porque se han dispuesto mecanismos de solución de disputas que permiten, por medio del derecho, sanciones adecuadas.

51. En el párrafo 65 se expresó que el régimen de solución de controversias en el Mercosur “... se basó en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y en la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración. No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un derecho comunitario pleno para excluir el mecanismo de auto tutela del ordenamiento jurídico del Mercosur (y no otra cosa es en última instancia, la *exceptio non adimpleti contractus*)”.

52. Sobre este fenómeno en los contratos de sociedades, Fargosi, Horacio, “*La affectio societatis*”, Librería Jurídica de V. Abeledo, 1955, p. 29 y la doctrina que allí se menciona. A nuestro juicio estas consideraciones revisten similitud con los acuerdos internacionales de carácter asociativo (BETTI, Emilio, “*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*”, traducción al castellano de José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, Cap. XVIII, § 76, p. 332).

53. Jackson, John, “*World Trade and the Law of GATT*”, obra antes citada, §10.9 p. 241.

40) Dado que el sinalagma genético pareciera cumplido con la firma y aprobación del TA, la reciprocidad que la que estamos hablando se está refiriendo a la etapa de ejecución del tratado y básicamente a los esfuerzos tendientes a llevar a cabo el camino tendiente al fin propuesto. En ese camino la iniciativa que se denuncia en colisión con el acuerdo es el establecimiento de derechos de exportación por parte de Argentina. La reciprocidad entonces, debe esperarse de aquellos quienes reciben esta novedad y ella debería traducirse en una conducta similar a la aplicada por Argentina. Ante ese escenario, la referencia a la reciprocidad no es fácil de comprender. De todo ello se desprende una **sexta conclusión**: que *los acuerdos de integración son asociativos y en ellos los intereses contrapuestos quedan aletargados por la búsqueda del objeto perseguido por lo que la reciprocidad negativa que habilitaría medidas de auto-tutela ante incumplimientos del convenio, no sólo están expresamente prohibidas en el TA sino que no podrían ser invocadas por Argentina que es quien estableció los derechos de exportación que afectan la libre circulación dentro del Mercosur.*

X.- La argumentación del art. 157 del Proyecto de Código Aduanero Mercosur.

41) A raíz de una persistente presión de las autoridades argentinas y una luego declinante resistencia de los demás Estados Miembros del Mercosur, se introdujo en el texto del flamante proyecto de Código Aduanero del Mercosur el Art. 157 del CAM que dispuso en su párrafo 4 que *“el presente Código aduanero no trata sobre derechos de exportación y, por lo tanto, la legislación de los Estados Parte serán aplicable en su territorio aduanero preexistente a la sanción de este Código, respetando los derechos de los Estados Parte”*. No deja de ser absurdo que en un Código Aduanero Mercosur, cuya existencia se justifica por fijar reglas claras en todas las instituciones aduaneras, se deje afuera del texto nada menos que el régimen de

los derechos de exportación sin una explicación oficial que al menos intentara justificar semejante anomalía, pues el principal objetivo que lo justifica es la claridad y seguridad jurídica para que los habitantes de la zona y los países que deben comerciar con ellos, sepan a qué reglas deben atenerse en la operativa que el mismo demande.

42) El párrafo 4 del art. 157 del CAM se incluyó por insistencia de la delegación argentina, quien intentó excluir los derechos de exportación de las restantes instituciones aduaneras antes de la firma de la Decisión 27/2010. El planteo no fue pacíficamente compartido por las otras delegaciones. El resultado es esta nueva cláusula que no concuerda con las preexistentes del mismo cuerpo legal pues, pese a que sostenga que este ordenamiento *“no trata sobre derechos de exportación”*. Lo hace en los arts. 53, ap. 2; art. 59, ap. 1; 71; 83, ap. 1; 84 ap. 3; 86; 88; 89, ap. 3; 90, ap. 2; 108, ap. 3; 110, ap. 2; 112, aps. 2 y 3; 113; 114; 121, ap. 2; 125, ap. 2 y 146; ap. 1 punto b). En definitiva se regula el comportamiento de los derechos de exportación en 17 artículos que, así, desmienten lo expresado en el art. 157 apartado 4.

43) Por otra parte, se expresa que se permite que cada Estado Parte mantenga su propia legislación autónoma en materia de derechos de exportación, que será aplicable sólo *“en su territorio aduanero preexistente”*, lo que significa que sus efectos son territorialmente limitados al país que los impone, pero que no pueden alcanzar a los demás Estados asociados. Ello se reafirma al establecer que quien así lo hiciera no podrá, por ello, dejar de respetar los derechos de los demás Estados Miembros. ¿A qué derechos de los demás Estados Parte se está refiriendo sino a los que emergen del propio TA? En otras palabras, si Argentina quiere aplicarlos no podrá alterar el suministro en condiciones de libertad de circulación económica garantizada por el acuerdo de integración y la legislación autónoma en esta materia será aplicable siempre que respeten los derechos de los Estados Partes que surgen del propio TA⁵⁴.

54. Barreira, Enrique C., *“El Código Aduanero Mercosur (Decisión 27/2010 del Consejo Mercado Común)”*, publicado en el sitio de Internet de Aduananews de Octubre de 2010; Basaldúa, Ricardo Xavier, *“Código Aduanero Mercosur los derechos de exportación y la necesidad de reparar una notoria incongruencia”*, Guía Práctica de Comercio Exterior - Anticipos, N° 177 del 15/11/2010, p. 3.

44) Por ello nos parece poco feliz que la Procuración General de la Nación invoque el Código Aduanero del Mercosur como un modo de aceptación de la aplicación de los derechos de exportación en el ámbito del tráfico intrazona. Con ello arribamos a una **séptima conclusión**: que *la exclusión de los derechos de exportación en el Código Aduanero Mercosur no significa que los demás Estados Miembros hayan admitido su aplicación intrazona como el Gobierno argentino parece creer.*

XI.- La referencia al Tratado de Roma de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea.

45) En el párrafo 17 de la sentencia de la Corte se hace referencia a las diferencias de redacción entre el TA y el que constituyó la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma de 1957) en cuyo art. 34⁵⁵ se dispuso la prohibición de *“restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente”*. Esa norma se refiere a las restricciones no arancelarias, pero se omite expresar que ese tratado también estableció de manera más específica (actual art. 23) *“... la prohibición entre los Estados Miembros de los “derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente”*, redacción muy similar al art. 1 del TA, y que el art. 25 expresa *“quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal”*. Como se puede apreciar en esta última disposición se considera a los derechos de aduana como abarcados por el concepto “derechos de aduana” tal como lo expresáramos en el párrafo 28 de este trabajo.

46) Poco importa que el TA no tenga idéntica redacción a la formulada en el Tratado de Roma, pues ello no significa que el principio

inmanente en ambos no sea el mismo. A nuestro criterio la argumentación del fallo, lejos de abonar la tesis negativa confirma que los derechos de exportación en el TA se encuentran eliminados porque, tal como lo expresara la jurisprudencia y doctrinas europeas, las restricciones a la exportación son *“... son incompatibles con los principios de dicha organización común de mercado todas las disposiciones o prácticas nacionales susceptibles de formación de los precios en el mercado...”*⁵⁶ y constituyen *“... medidas que establecen una diferencia de trato entre los productos nacionales y los productos exportados o entre dos corrientes de productos exportados”*⁵⁷.

XII.- La hermenéutica jurídica aplicable.

47) Tal como se expresa en el considerando 12 de la sentencia de la Corte, la interpretación del TA no puede prescindir de las disposiciones que plasman la voluntad de los Estados en establecer un mercado común, reconociendo, al final de dicho párrafo, que el Programa de Liberación Comercial es uno de los instrumentos necesarios para llegar a esa consecución. Recoge, así, la idea de que los textos normativos no deben ser considerados de manera aislada a los efectos de establecer su sentido y alcance, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia (Fallos 242:247; 320:783; 324:4367 y otros). Sin embargo, por lo que veremos, no pareciera que la sentencia siguiera la línea hermenéutica que predica.

48) En la correlación que la norma jurídica establece entre los supuestos de hecho y el tratamiento jurídico que los califica, el intérprete debe preguntarse no sólo sobre la relación lógica del “deber ser” entre el supuesto de hecho ubicado en el antecedente y la prestación que surge del consecuente de la norma, (esto es, el “como”); sino que también debe interrogarse sobre el “porqué” de que dicha correlación deba funcionar, pues la norma jurídica es

55. El referido art. 34, hoy es el art. 29, conforme versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 24/12/2002).

56. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades recaída en el caso *“Pigs Marketing Board”*, del 29/11/1978.

57. Mattered, Alfonso, *“El Mercado Único Europeo y sus reglas de funcionamiento”*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, Cap. XVI, p. 538.

un instrumento de convivencia social y no una simple determinación de su validez formal⁵⁸.

49) Por lo antes referido, la interpretación debe orientarse con una dirección teleológica para entender las valoraciones que en ella se encuentran latentes o immanentes⁵⁹. Así lo ha sostenido nuestro máximo tribunal⁶⁰. En efecto, ha dicho que los jueces no pueden desentenderse del aspecto axiológico de los resultados prácticos concretos que se derivan de la interpretación de la ley; deben contemplar el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de los resultados concretos jurídicamente valiosos⁶¹.

50) El criterio hermenéutico de nuestra Corte en este caso no nos parece acertado⁶². No adaptó su método de interpretación a la naturaleza del tratado que tenía entre manos y subestimó los valiosos antecedentes de los laudos de nuestros tribunales “ad hoc” recaídos con motivo de la aplicación del régimen de solución de controversias del Mercosur. En cuanto a la aplicación del método gramatical, recomendado en el art. 31, apartado 1 de la Convención de Viena de 1969, hemos visto que no se ha tenido en cuenta que los vocablos deben ser interpretados según su “sentido corriente”, y que éste considera que los “derechos aduaneros” y los “gravámenes aduaneros”, son términos cuyo significado es corrientemente interpretado como abarcativo tanto de los derechos de importación como de

exportación (ver párrafo 28 de este trabajo)

51) Como vimos, los acuerdos de integración tienen características propias y así sucede también con el TA, por lo que los métodos de interpretación deben tenerlas en cuenta. Los tratados plurilaterales destinados a fijar pautas de comportamiento futuro de quienes los celebran, poseen carácter normativo para los propios signatarios y también para los que en el futuro pudieran adherir a ellos. Consideramos que por dicha razón más que por el método de interpretación gramatical, propio del lenguaje de los fundadores que lo celebraron y que podría estar influenciado por las circunstancias del momento en que dicho acuerdo se produce (como es el caso de una ausencia de utilización intensiva de determinado instituto, tal como sucedía con los derechos de exportación en 1991), debe regirse por el significado teleológico que lo inspira y a cuyo proyecto de valores los demás quieren adherir. Así lo consideró el primer laudo arbitral del Mercosur convocado por el reclamo de nuestro país contra los obstáculos a la libre circulación que ejercía Brasil a través de restricciones a la importación generadas “de hecho” a través de su sistema informático de comercio exterior. En esa oportunidad el tribunal reivindicó para la interpretación del TA el método teleológico, buscando la esencia del acuerdo más que las palabras (que no son otra cosa que símbolos) utilizados para expresarlo⁶³. No obstante, también por esta vertiente

58. Betti, Emilio, “*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*”, obra antes citada, § 47, ps. 244 y 245.

59. Betti, Emilio, obra citada, ps. 46 y 85.

60. “*Es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador... ese propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal toda vez que ellos... no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (Fallos 257:99; 259:63; 271:7; 302:973). La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho o o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 303:578). En esta tarea no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar... “.* Ver en ese sentido también Fallos 319:1131; 320:1962 entre otros); CSJN, “*Capitán Jorge Santa Ana*”, 27/06/1985 (Fallos 307:1018).

61. CSJN, Fallos 302:1284 (“*Saguir y Dib*”, 6/11/1980), y 303-I:917 (“*Baliarda*”, 02/07/1981).

62. Concordamos en esto con González, Flavio Floreal, “*Retenciones a la exportación en el Mercosur*”, revista jurídica La Ley, diario del viernes 13/03/2015, p. 7, Cap. II.

63. El Laudo 1 del Protocolo de Brasilia en la controversia entre Argentina y Brasil sobre Comunicados 37/97 y 7/98 del DECEX expresó en su párrafo 56 “*Incluyendo en el concepto de buena fe no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, cosas que no están evidentemente en juego en la especie, sino la idoneidad de la actividad de las partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos. De no tener en cuenta esta perspectiva finalista, de un tratado marco se haría así un tratado bloqueado, en la expresión de Robert Lecourt (L’Europe des juges, Bruyant, Bruselas, 1976, p. 235)”; agregando en el párrafo 57: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos con mecanismos de integración”.*

interpretativa llegamos a la misma conclusión a la que se arriba por la vía gramatical, pues el sentido finalista surge claro del art. 1° del TA que busca la eliminación de los derechos aduaneros y cualquier otra medida equivalente.

52) Si el arte de juzgar consiste en ponderar los diversos valores en juego tal como ellos se encuentran inmanentes en las leyes vigentes, cabe preguntarse cuales son los intereses que en este asunto están comprometidos. Ello dependerá de las relaciones jurídicas que se encuentran en juego y, por ende, los intereses que en cada una de ellas se encuentran latentes. De esos intereses dependerán las normas aplicables y el método de interpretación que a ellas les cabe. Por un lado hay una relación entre los Estados Miembros del Mercosur, que se asociaron en una empresa cuyos fines tienen prohibido anular o menoscabar y dentro de ella el eventual interés o ausencia de interés de cada Estado Miembro en particular en relación con el proyecto que se comprometió a apoyar. Pero por otro lado hay una relación jurídica de derecho público entre el ciudadano y el Estado Parte del acuerdo a cuya jurisdicción sus negocios se encuentran sometidos. Podría haber una tercera relación entre dicho ciudadano y los demás Estados Partes que integran el acuerdo, pero ésta aún no ha sido reconocida en el estado actual del derecho internacional público.

53) El actor del litigio en el caso que nos ocupa no es uno de los Estados afectados que posee un distinto ámbito jurisdiccional, sino el particular (empresario) que estructuró sus planes de negocios sobre la base de una interpretación del sistema jurídico del Mercosur tal como surgía de la letra del tratado así como del contexto que se generó a partir de ella en los órganos de la organización; fuere a través de las Decisiones del Consejo Mercado Común o de los laudos arbitrales que emanan de sus órganos jurisdiccionales. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema reconoció legitimación activa a los particulares para exigir el adecuado

cumplimiento de los acuerdos internacionales que afectaren sus esferas de intereses. Lo hizo aun antes que ese criterio fuera recogido en la Constitución Nacional⁶⁴ - prueba de lo cual es el reconocimiento que como parte se le brindado al particular, actor en este juicio -, pero no todos los países han llegado a ese nivel de reconocimiento. Reconocer legitimación a los ciudadanos en su carácter de operadores económicos fue un acierto de nuestros jueces, reforzado luego por la reforma constitucional de 1994. Las medidas tendientes a la integración a través de la libre circulación y expansión de los negocios, tienen por finalidad estimular la actividad de los particulares y, cuando se eliminan estableciendo restricciones a la importación y exportación, son ellos los principales perjudicados⁶⁵

54) La interpretación de la norma entonces, debería tener en cuenta la legítima confianza generada en el operador económico, desplegada por los Estados y, en particular, por el Estado Argentino. El particular se lanzó a operar en un ambiente de negocios confiando en una letra y una interpretación jurisdiccional hasta ese momento homogénea. Sin embargo, esa esperanza es frustrada, no ya respecto de los demás Estados Miembros, sino del propio ciudadano.

55) De lo antes mencionado se desprende una octava conclusión: Que tanto desde el punto de vista de la interpretación gramatical como de la interpretación finalista, se desprende que el TA dispuso la eliminación de los derechos de exportación en el tráfico intrazona a lo que cabe añadir que el valor a proteger en el caso que nos ocupa es la buena fe -confianza que el ciudadano o habitante depositó no sólo en la letra de un acuerdo firmado por el Estado en el cual reside, sino también en las interpretaciones que los propios órganos del Mercosur emitieron a través de las decisiones de su máxima autoridad y en los laudos arbitrales emitidos a los fines de dirimir los conflictos entre las partes de manera obligatoria.

64. CSJN, 07/07/1992, "*Ekmedjian c/Sofovich*" (Fallos 315:1503); 07/07/93, "*Fibraca Constructora*" (Fallos 316:1669), 22/12/93, "*Hagelin*" (Fallos 316:3176); 13/10/94, "*Cafés La Virginia*" Fallos 317:1282).

65. Este autor ha tenido oportunidad de sostener la necesidad de que el derecho del Mercosur permita la intervención de los particulares en los procedimientos de solución de controversias en cuyas causas se evidenciara la afectación de sus derechos subjetivos, permitiéndoles la legitimación activa y pasiva en los procedimientos para que ejerzan sus derechos de defensa (Barreira, Enrique C., "*Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del Mercosur*", Cap. IV del libro de autoría colectiva, "*La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*", bajo la coordinación de Francisco Leita y Sandra Negro, La Ley. Bs. As., 2008, p. 39 y ss).

XIII.- Conclusiones

A la luz del análisis efectuado hemos ido arribando a las siguientes conclusiones:

a) El Tratado de Mercosur no se limita a disposiciones programáticas sino que posee disposiciones operativas que hicieron nacer obligaciones exigibles entre las partes, lo que fue reconocido por nuestro propio país ante los órganos de solución de diferencias especialmente designados para establecer la correcta interpretación de sus normas (párrafos 8 a 16 de este trabajo).

b) El presupuesto de los acuerdos de integración económica es la eliminación de todo tipo de restricciones aduaneras a la importación y a la exportación (párrafos 17 y 18 de este trabajo).

c) Los derechos de exportación y las demás restricciones a la exportación, aplicados entre países que están en proceso de integración económica producen efectos económicos que perjudican la integración, atentando contra la libre circulación dentro de la zona, por lo que son antifuncionales al objeto perseguido (párrafos 19 a 24 de este trabajo).

d) El Programa de Liberación Económica contemplado en el Anexo I del Tratado de Asunción dispone la eliminación de los “derechos de aduana” y, tanto en cada uno de los países que integran el Mercosur como también en la legislación comparada, el concepto de los vocablos “derechos de aduana”, “derechos aduaneros”, “tributos aduaneros” o “impuestos aduaneros”, comprende tanto a los derechos o impuestos de importación como a los derechos o impuestos a la exportación (párrafos 25 a 28 de este trabajo);

e) Es imposible que la integración económica entre Estados se pueda lograr de manera instantánea, por lo que los acuerdos tendientes a ese fin contienen un plan con etapas para su consecución, entre las cuales se encuentra la eliminación de los derechos de aduana y otras restricciones comerciales en el tráfico intrazona. Por ello, sería contradictorio que las partes comprometidas, pudieran restablecer las barreras que no existían o que fueron eliminadas, por oponerse a ello el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados así como el

precepto que prohíbe a los Estados frustrar el objeto y fin de los acuerdos internacionales celebrados. Consecuentemente, este tipo de tratados llevan implícita la cláusula “*stand still*”, congelando la situación inicial de las barreras al comercio y admitiendo su variación sólo para intensificar su desmantelamiento pero nunca su restablecimiento, lo que el Consejo Mercado Común, que es el máximo órgano del Mercosur, reconoció en sus Decisiones CMC 3/1994 y 22/2000 (antes del restablecimiento de los derechos de exportación en la República Argentina (párrafos 29 a 35 de este trabajo);

f) Los acuerdos de integración son asociativos y las partes corren riesgos juntos para obtener ventajas recíprocas, por lo que los intereses contrapuestos quedan aletargados, prevaleciendo el mantenimiento del objeto perseguido, lo que es incompatible con la admisión de una reciprocidad negativa que habilitara medidas de auto-protección, a lo que cabe añadir que la reciprocidad no podría ser invocada por Argentina, que fue quien estableció los derechos de exportación que afectan la libre circulación dentro del Mercosur (párrafos 36 a 40 de este trabajo).

g) La aserción en el art. 157 del Código Aduanero Mercosur de que los derechos de exportación no están tratados en él no es cierta, pues hay numerosas disposiciones que se refieren a ellos pero, además, la redacción de ese art. no significa que los demás Estados Miembros hayan admitido su aplicación en el tráfico intrazona como el Gobierno argentino ha querido ver, pues la legislación autónoma en esta materia sólo rige en el territorio aduanero del país que la dictó y su aplicación quedará supeditada a que se respeten los derechos de los Estados Partes que surgen del propio TA, entre los cuales se encuentra el de la libre circulación en el tráfico intrazona (párrafos 41 a 44 de este trabajo).

h) Los métodos hermenéuticos (tanto de interpretación gramatical como teleológica) indican que el TA estableció la eliminación de los derechos de exportación en el tráfico intrazona. Siendo el principal protagonista de la integración el comerciante que actúa como importador o exportador, la interpretación del acuerdo no

puede ignorar los intereses de éste en el mantenimiento del principio de la buena fe -confianza depositada en la letra del acuerdo y en los criterios emanados de los propios órganos del Mercosur (párrafos 46 a 54 de este trabajo).

Al comienzo de este trabajo hicimos referencia a lo que escribíamos hace ocho años cuando este litigio estaba a punto de pasar a ser resuelto por la Corte Suprema (ver párrafo 1 de este trabajo). Esas reflexiones culminaban con estas palabras: *“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 práctica en el futuro, o apostar a es-*

tablecer 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 de 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”. Sin perjuicio de los motivos que pudo haber tenido en cuenta el Tribunal para resolver como lo hizo, entre los que no descartamos los de evitar lo que pudo estimarse como mal menor, consideramos que optó por la primera de las dos alternativas apuntadas.