

## **MERCOSUR Y RETENCIONES A LAS EXPORTACIONES**

### **Algunas consideraciones acerca de los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados**

*por Rita Gajate  
Abril 2008*

#### **Las retenciones a las exportaciones**

Los derechos de exportación –llamados comúnmente retenciones a las exportaciones– constituyen erogaciones cuya obligación de tributación nace en virtud del paso por aduanas de los productos alcanzados por tales tributos<sup>1</sup>.

El Tratado de Asunción, como sus normas derivadas, prohíben taxativamente el establecimiento de derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza que incidan, tanto sobre las importaciones como sobre las exportaciones.

Los tribunales del bloque –Tribunal ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión, TPR– han reconocido en sus laudos que la violación de esta prohibición origina un derecho jurídicamente exigible, tanto para los demás Estados como para los particulares. Por ello, los derechos de exportación constituyen un claro acto infractor del citado Tratado.

En 2005, Uruguay inició una controversia contra Brasil por el cobro, por parte de este último, de un arancel a la exportación de papel y tabaco hacia el territorio uruguayo; antes que el Tribunal decidiera, Brasil se allanó derogando la norma cuestionada.

#### **1. Antecedentes en la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales de los Estados Parte**

##### **1.1. Resistencia a la aplicación de las Retenciones**

La percepción de los derechos de exportación fue resistida por una empresa dedicada a la exportación de productos agroindustriales destinados principalmente a Brasil, ante la Aduana Argentina, a través del recurso de impugnación. Desestimado el planteo la empresa apeló ante el Tribunal Fiscal de Apelación –TFN– solicitando la inaplicación de la medida adoptada en la Res. Del ME 11/02 por ser contraria al sistema normativo del MERCOSUR. En ambas presentaciones la actora hizo valer las disposiciones del TA que establecen la libre circulación de mercaderías, en particular los artículos 1º y 5º<sup>2</sup>. Invocó la jurisprudencia de la SCJN sobre el rango superior de las leyes – anteriores y posteriores– que revisten los tratados internacionales.

El TFN, por sentencia del 18 de noviembre de 2003, desestimó el recurso de apelación. Tras recordar el contenido del artículo 1º del TA sostuvo que las cláusulas de este tratado son meramente programáticas y por ellas Argentina no se

---

<sup>1</sup> Enumeramos algunos de los productos agroindustriales, hidrocarburos y metales con obligación de pago a partir de la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforme del Régimen Cambiario del 6/02/02: Decreto 310/02 (PEN 13/02/02), Resolución 11/02 del MEI, Resolución 35/02 del MEI, Decreto 690/02 (PEN 26/04/02, Decreto 809/02 (PEN 13/05/02). El origen del debate actual se origina a partir de las Resoluciones del Ministerio de Economía 125/08, 126/08 y 141/08.

<sup>2</sup> TRATADO DE ASUNCIÓN, Artículo 5º: Instrumentos para la constitución de un Mercado Común: a) Programa de liberación comercial, b) Coordinación de políticas macroeconómicas, c) Arancel Externo Común y d) Adopción de Acuerdos Sectoriales

comprometió específicamente a no establecer derechos a las exportaciones para el futuro<sup>3</sup>.

## **1.2. Tratamiento en el Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR**

La cuestión del carácter operativo – programático de las normas del Tratado de Asunción en materia de libre circulación de mercaderías, fue una de las cuestiones tratadas en el Primer Laudo del Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR sobre restricciones arancelarias y no arancelarias.

En esa primera oportunidad el Tribunal llegó a una conclusión distinta de la ahora enunciada por la jurisdicción fiscal argentina. En dicha oportunidad el juez del MERCOSUR definió:

“...La arquitectura del TA y de sus Anexos muestra claramente una combinación de las normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo. El TA va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y un “derecho operativo” constituido por compromisos concretos<sup>4</sup>. Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Son las contenidas en los Anexos que juegan un papel de instrumentos dinamizadores del proyecto de integración, el impulso operativo sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes”.

Congruentes con esta interpretación los cinco Anexos del TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables. Tres de ellos se refieren a los aspectos medulares del comercio: 1) liberación comercial, 2) origen, 4) salvaguardias y definen concretamente el régimen de cada uno de ellos y las obligaciones específicas de las Partes al respecto. Los otros dos anexos 3) Solución de Controversias y 5) Grupos de Trabajo apuntan también a facilitar el comercio. Se demuestra así la voluntad de despejar – desde el comienzo- posibles obstáculos, dictando al efecto reglas precisas y obligatorias. El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el MERCOSUR<sup>5</sup>.

## **2. El estado de la cuestión**

Más recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, en la causa “SANCOR CUL c/ DGA s/ recurso de apelación” se pronunció revocó la sentencia del Tribunal Fiscal declarando la inconstitucionalidad de la aplicación de derechos aduaneros a las exportaciones dirigidas al MERCOSUR.

La parte actora argumentó que la normativa nacional es violatoria del art. 1 del Tratado de Asunción que prevé la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países que la integran, a través entre otras medidas, de la eliminación de los

---

<sup>3</sup> TFN, sala E “Sancor Cooperativas Unidas Ltda.. c/ D.G.A. s/ Recurso de Apelación, expte. 18.095-A. Voto de la Dra. García Vizcaíno.

<sup>4</sup> ABREU, Sergio. *El MERCOSUR y la integración*. Fondo de Cultura Económica. Montevideo 1991, pág. 41.

<sup>5</sup> TAHM, Laudo del 28 de abril de 1999. Comunicados 37/97 y 7/98 del Departamento de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior. Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco. Asunto 1/99 BOM N° 9 junio 1999, pág. 227

derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente. La sentencia de la Cámara declara la inconstitucionalidad de la aplicación de derechos aduaneros a las exportaciones dirigidas al MERCOSUR, basados en que –entre otras razones- “...el art. 1 de dicho tratado determina su objetivo esencial, que es la constitución de un mercado común, para lo cual establece la libre circulación de bienes mediante, entre otras medidas, la eliminación de los derechos aduaneros; la resolución... no solo viola el Tratado de Asunción, sino que hace lo propio respecto de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, en cuanto a los arts. 26 y 27, los que prescriben que los tratados deben cumplirse de buena fe y que, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”<sup>6</sup>.

Entre los fundamentos de fallo puede citarse la afirmación de que toda restricción debe hacerse en los términos fijados por el art. 3 del Acuerdo de Complementación Económica N° 18, en el sentido de evitar cualquier medida por la que un país impida o dificulte por decisión unilateral el comercio recíproco.

El fundamento de que la falta de compromiso expreso en cuanto a los derechos de exportación implica la posibilidad de establecerlos por la Argentina esgrimido por el TFN resulta objetable toda vez, como argumentó la actora que de seguir tal lógica, el Tratado de Asunción debería expresamente incluir las miles de posiciones arancelarias existentes para que aquel se cumpla.

El Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR en el laudo X del 5 de agosto de 2005 sobre “Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y derivados” fue convocado para manifestarse sobre el carácter restrictivo del comercio intrazona de los derechos de exportación al tabaco aplicados por Brasil. Uruguay solicitó el procedimiento de solución de controversias y petitionó al Tribunal que declarara la incompatibilidad de los mencionados derechos por constituir una medida de carácter restrictivo, discriminatorio que afectaba a la libre circulación entre los Estados Parte.

Brasil no presentó su escrito de respuesta y antes de dictarse el laudo presentó ante el Tribunal un decreto que había puesto en vigencia, mediante el cual se dejó sin efecto la medida, solicitando que se declarara abstracto el objeto de la controversia. Cabe tener en cuenta que con motivo de esta contienda, y antes de que el tribunal ad hoc resolviera, se convocó a un grupo de expertos que, por unanimidad, sostuvo que “en el MERCOSUR la liberación del comercio debe comprender tanto a las importaciones como a las exportaciones, pues toda medida, cualquiera fuere su naturaleza que afectare a las exportaciones debe considerarse como una restricción al comercio”.

Más recientemente, Paraguay ha iniciado consultas (etapa previa a una eventual controversia) con la Argentina por el cobro de aranceles a la exportación de gas.

Asimismo, debe destacarse que la Constitución Nacional asigna rango prevalente a las normas mercosureñas frente a un conflicto con una ley u otra disposición inferior.

Esta jerarquía superior es también aplicable, obvia decirlo, con relación a las leyes 22.415 (Código Aduanero) y 25.561 (de Emergencia Económica) y a la Resolución 11/02 del Ministerio de Economía, normas en base a las cuales se exigen los controvertidos derechos.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Cámara Nacional Cont. Adm. Federal, sala 5ta., “Sancor Cul v. Estado Nacional”, del 14/09/2006

El mismo Código Aduanero prevé que este tipo de aranceles deben aplicarse "respetando los convenios internacionales".

La Corte Suprema nacional, ya desde 1993 y en su jurisprudencia posterior, ha declarado que las obligaciones surgidas del Tratado de Asunción deben ser observadas y respetadas por todos los poderes del Estado.

Actualmente, una empresa argentina ha impugnado en la Justicia los derechos de exportación por su incompatibilidad con el MERCOSUR.

Si bien en primera instancia el Tribunal Fiscal rechazó el reclamo (sosteniendo que las disposiciones del Tratado de Asunción no resultan plenamente ejecutivas), luego la Cámara en lo Contencioso Administrativo revocó la decisión, declarando que las normas del citado Tratado manifiestamente imponen la prohibición de aplicar estos aranceles<sup>7</sup>.

El fallo fue apelado ante la Corte Suprema por el Fisco nacional, encontrándose el expediente para dictamen del procurador.

Los abogados de la empresa han solicitado a la Corte que encamine al Tribunal del Mercosur (TPR) una Opinión Consultiva, a fin de que éste dictamine si los derechos de exportación resultan ajustados al Tratado de Asunción.

El mecanismo de las opiniones consultivas previsto en las normas mercosureñas permite que cualquier juez (federal, nacional o provincial) que se encuentre ante un caso en el cual se discuta la interpretación o aplicación de una norma regional, pueda encaminar al TPR una petición para que éste dilucide el alcance y sentido de la misma; actualmente, dicha solicitud debe ser remitida al TPR por el juez interno, por medio de la Corte Suprema.

---

<sup>7</sup> BARREIRA, Enrique. *La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del MERCOSUR*. 4/04/07. Lexis Nexis.