

Internalización de normas del MERCOSUR referentes a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común *

Por Fabián García **

1. Introducción. 2. Derecho de Integración. 2.1 Definición. 2.2. Breve descripción de los Modelos de Integración. 3. Mercosur. 3.1 Modelo de Integración adoptado por el Tratado de Asunción. 3.2. Mecanismo de creación de las normas dictadas por los órganos con capacidad decisoria. 3.3 Internalización de normas y entrada en vigencia. 4. Normas Mercosur referentes a modificaciones de la NCM y el AEC 4. 1 Procedimiento vigente para su creación y entrada en vigencia. Decisión CMC N° 31/2004. 4.2 Incorporación al sistema nacional. Instrumentos utilizados por las Autoridades Nacionales para incorporarlas al ordenamiento positivo. 4.3 Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales acerca de las cuestiones en estudio. 5. Conclusiones 6. Bibliografía

1.- Introducción

El presente trabajo, pretende plasmar aquellos elementos vinculados a una problemática tan apasionante como compleja como son los procesos de integración y en especial el que se verificó y se verifica en el MERCOSUR.-

A modo de introducción cabe señalar que el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) aparece como la respuesta histórico- política del cono sudamericano al desenlace de la guerra fría y la caída de antiguos modelos de desarrollo económico.-

Entre los años 60 y 70, se comienzan a desarrollar algunos modelos de integración económica en el continente tales como el Pacto Andino, la Comunidad Centroamericana o la Asociación

Latinoamericana de Libre Comercio (ALAC), siendo el MERCOSUR un ejemplo más tardío de estos esfuerzos de integración.- El proceso de integración regional denominado "MERCOSUR", tuvo origen en el Tratado de Asunción.-

Dicho Tratado, suscripto en la ciudad de Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991 dio comienzo al proceso de integración tendiente a conformar el Mercado Común del Sur.-

El Tratado de Asunción estableció las bases para la conformación de un mercado común. Es un tratado que establece el camino, el procedimiento, la forma y el contenido para llegar al objetivo del mercado común.-

No lo crea. Determina cómo se ha de llegar necesaria e indudablemente, a él (Gros Espiell, Héctor, 1991, Pág. 915).-

Este proceso de integración exigió a los Estados firmantes, la incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR.-

En lo que hace a esta investigación, el análisis se centró en la problemática relacionada con la incorporación de aquellas normas referidas a modificaciones en la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y su correspondiente arancel externo común (AEC).-

Si bien los tratados fundacionales y algunas normas requirieron la intervención de los Parlamentos Nacionales, el más habitual de los medios utilizados para la internalización de la normativa en estudio, ha sido el acto administrativo de alcance general emitido por el Poder Ejecutivo Nacional por sí mismo o por alguna de las dependencias en las que se ha delegado competencia.-

El dictado de estos actos que incorporan normativa del MERCOSUR, está regulado por un régimen jurídico que comprende normas del MERCOSUR y legislación nacional.-

Entre las normas del MERCOSUR concernientes a la cuestión, cabe mencionar al Tratado de Asunción, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR – el Protocolo de Ouro Preto y las Decisiones del CMC N° 23/00; 20/02; 22/04 y 31/04.-

El segundo grupo de normas lo constituyen las normas nacionales que regulan la elaboración de actos administrativos de alcance general: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y su Decreto Reglamentario 1759/72, Decreto 333/85 y todas aquellas normas del ordenamiento jurídico argentino, comenzando por la Constitución Nacional, que resulten aplicables en cada caso según la materia de que se trate, principalmente las leyes –y normas reglamentarias- que configuran la competencia del PEN y el resto de la administración central o descentralizada que dicta los actos (Decretos, Resoluciones, Disposiciones) por los cuales se incorpora la normativa del MERCOSUR que no requiere aprobación parlamentaria.-

En consecuencia, este trabajo busca analizar y desentrañar las siguientes preguntas:

1.- ¿"El dictado de una Ley para incorporar normas mercosureñas relacionadas a las modificaciones de la NCM y su correspondiente AEC, aparecería como desajustada a derecho a la luz de las previsiones contenidas en el Art. 75 Inc. 1 de la Constitución Nacional y de acuerdo a los términos que emergen de las leyes que aprueban el Tratado del MERCOSUR y el Protocolo de Ouro Preto"?"

2.- ¿"La incorporación de ese tipo de normas en forma tardía en los términos de la decisión CMC N° 31/04 por parte de la República Argentina, afectaría los derechos de los particulares de nuestra nación"?"

En un recorrido que permite contextualizar el análisis de las preguntas de investigación, se persigue en esta obra, ensayar una definición de lo que denominamos "integración",

describiendo además los diferentes modelos de Integración, señalado aquél que el MERCOSUR ha adoptado a los fines de su desarrollo institucional.-

Así también en el “iter investigativo”, se describen los instrumentos que utilizaron las Autoridades Nacionales de nuestro país para incorporar tales medidas al ordenamiento positivo, su entrada en vigencia, relevándose los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales acerca de dichas cuestiones en estudio

2. Derecho de Integración

2.1. Definición

Las decisiones voluntarias de los Estados de asociarse, están encaminadas a colaborar para lograr los objetivos considerados deseables para los participantes.-

El fenómeno de la integración entre Estados soberanos y autónomos, como realidad propia de los tiempos que corren (especialmente en las áreas económica y comercial), han determinado el nacimiento de un “ordenamiento jurídico” que se desarrolla a partir de esa “realidad”, el cual no aparece respondiendo a las ramas jurídicas existentes.-

Podemos definir a este derecho como el conjunto de normas que regulan a los procesos de integración modernos, en función de diversas características que son ajenas a los criterios tradicionales en las disciplinas jurídicas conocidas.-

Ésta es una disciplina con autonomía propia y, en consecuencia, distinta del Derecho Internacional Público y del Derecho Interno de los Estados

Este derecho utiliza mecanismos o instrumentos propios de dichas disciplinas ya sea para su nacimiento y en ocasiones para su desenvolvimiento.-

Uno de los juristas pioneros en la materia habló de la gestación de “un nuevo derecho con características propias, hasta entonces desconocido en el derecho comparado”, designándolo como “derecho de la integración o derecho comunitario” (Ekmekdjian, 1994, pág. 65)

Esta equiparación fue empezándose a morigerar en la visión de otros autores, señalando uno de ellos que “parece posible distinguir dentro de la normativa jurídica que denominamos derecho de la integración económica una forma más avanzada o profunda de éste, una expresión más perfecta en cuanto a su eficacia, que en Europa se ha dado en llamar derecho comunitario, atribuyéndole como propias, ciertas características...” (Basaldua, 1999, pág. 54).-

Podríamos definir entonces al Derecho de la Integración General (como género) comprensivo: de un Derecho de la Integración Particular (como especie del género) referido a los procesos de integración que no cuentan con órganos de carácter supranacional o supraestatal y por ende carecen de normas supranacionales o supraestatales, y del Derecho Comunitario (también como especie del género) desarrollado a partir de procesos de integración con

órganos de carácter supranacional y normas supranacionales. (Fernández Reyes, 2012, pág. 29).-

Derecho de la Integración Particular

Es este un derecho que se definiría como “el conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre dos o más países” (Zelada Castedo, 1989, pág.19).-

Cuando se verifican estos procesos de integraciones particulares, los mismos generan órganos o instituciones que administran el esquema y pueden dictar reglas para ello, de donde surgen dos tipos de fuentes: las convencionales y las derivadas.-

Las convencionales son los tratados y los acuerdos firmados por los Estados miembros que se denominan “derecho originario”.- En tanto que las fuentes no convencionales están representadas por los actos de los órganos o instituciones, dando nacimiento de esta forma al “derecho derivado”.-

En este tipo de procesos los órganos están formados por representantes de los Estados miembros, y los sistemas de toma de decisiones en el interior de ellos pueden ser:

Consenso: cuando se verifica que no hay una oposición formal a la adopción de una decisión.-

Unanimidad: en idéntico sentido que el anterior pero requiere de una votación previa.-

Derecho Comunitario:

El ordenamiento jurídico comunitario se configura como un plexo de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los Estados miembros y sus ciudadanos (Ekmekdjian, 1994, pág. 66).-

El mismo se encuentra dotado de órganos que son propios de la Comunidad, los cuales detentan poderes soberanos en determinadas materias específicas, las que constituyen como contrapartida aquellas materias respecto de las cuales los Estados miembros la han perdido o cedido a la Comunidad.-

La aparición de este Derecho Comunitario, se verifica en aquellas integraciones donde el concepto de “soberanía”, ya no se entiende como aquel concepto clásico de “conjunto de atributos y derechos inherentes a la personalidad del Estado, inalienables e indelegables”

Sería éste un concepto de soberanía que aparece como “indivisible”, en contraposición, con esta otra que podría denominarse “soberanía divisible” para cada materia, el cual se ajusta más al concepto de las comunidades (Ekmekdjian, 1994, pág. 67).- Este Derecho tiene varias características propias que lo distinguen de otras ramas del derecho.-

a) Aplicabilidad inmediata o automática:

Esta característica significa que las normas que emanen de este derecho comunitario se incorporan automáticamente al orden jurídico interno de cada uno de los Estados miembros, sin necesidad de ninguna norma de derecho interno que la adopte, no pudiendo invocar dichos Estados razones de derecho constitucional para abstenerse de hacerlo.-

Cabe destacar que esta característica es más ostensible aún en la aplicación del derecho derivado.-

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea prohibió oportunamente ciertas prácticas que llevaba adelante Italia consistentes en reproducir en sus leyes o decretos nacionales, determinadas disposiciones del derecho comunitario a fin de modificar o simplemente para disimular entre los particulares la naturaleza comunitaria de la disposición en cuestión (T.J.U.E., in re "Comisión c/ Italia", sentencia del 7/2/73, A.39-72; íd. In re "Variola", sentencia del 10/10/73, A. 34-73).-

El citado principio surge de la interpretación armónica de los arts. 10 y 249 TCE

b) Aplicabilidad Directa

Tal distinción importa que las normas comunitarias tengan capacidad para generar derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados miembros.-

Es la legitimidad que se le reconoce a los ciudadanos de esa comunidad para poder exigir el cumplimiento de las normas que detentan tal carácter y como contratara que se les exija a ellos su observancia, quedando los jueces nacionales obligados a su aplicación cualquiera sea el país al cual pertenezca dicho ciudadano.-

Esta característica no surge directamente de los tratados, salvo para las Decisiones del Consejo (ex art. 189 T.C.E.) sino de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad (T.J.C., in re "Van Gend & Loos", sentencia del 5/2/63 A. 26-62) en la cual se afirmó que la Comunidad es un nuevo orden jurídico cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus ciudadanos

c) Aplicabilidad por los jueces nacionales

Como derivación de la característica anterior surge que los Tribunales de los Estados miembros son los órganos jurisdiccionales de derecho común para la aplicación de él (ex arts. 177 y 183 T.C.E.).-

d) Supremacía

Esta característica da cuenta que las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las normas del derecho interno de los Estados miembros.-

La misma no surge de los tratados de las comunidades sino que aparece como producto de las jurisprudencia del Tribunal Superior (T.J.C., in re "Costa c/ Enel", sentencia del 15/7/64 A. 6-64) en la cual se entendió que el derecho comunitario tenía supremacía absoluta e incondicional sobre el derecho interno de los Estados miembros, encontrándose imposibilitados de hacer prevalecer frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior.-

2.2. Breve descripción de los Modelos de Integración.-

En lo que respecta a los diversos modelos de integración es dable señalar que la teoría económica clásica ha elaborado una tipología que permite categorizar los esquemas de integración conforme a su grado de profundización.-

En el marco de una trayectoria lineal, esos tipos de integración constituyen por lo general etapas a cumplir para alcanzar la meta final fijada.-

Es así como podemos describir los siguientes modelos;

1. Área de Preferencias Arancelarias: los participantes otorgan rebajas arancelarias para algunos productos de su comercio recíproco, sin abarcar todo el universo arancelario.-
2. Zona de Libre Comercio (ZLC): los participantes eliminan totalmente aranceles y otras restricciones en su comercio recíproco.-
3. Unión Aduanera (UA): la conforman países que además de liberar el comercio entre ellos, adoptan un arancel externo común (AEC) respecto de terceros, pudiéndose verificar en un estadio avanzado la unificación de la administración aduanera, formando un territorio aduanero único repartiéndose entre ellos lo recaudado por los aranceles cobrados a terceros.-
4. Mercado Común (MC): en este modelo de integración se libera la circulación de los factores de la producción aplicándose las cuatro (4) libertades: a) libre intercambio de bienes; b) libre comercio de servicios; c) libre circulación de personas; y d) libertad para la circulación de capitales y su radicación en los países miembros (libertad de establecimiento).-
5. Unión Económica (UE): los países que han establecido un Mercado Común (MC) acuerdan armonizar sus políticas económicas nacionales (pudiéndose verificar una unión monetaria o no).-

3. Mercosur

3.1 Modelo de Integración adoptado por el Tratado de Asunción.-

En primer lugar y con carácter previo a referirme al modelo de integración adoptado por el MERCOSUR, me parece apropiado efectuar algunas precisiones acerca de cómo ha sido la inserción del MERCOSUR en el concierto de naciones, específicamente en el GATT/OMC.-

El Preámbulo del Tratado de Asunción, contempla en forma expresa que el Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980.-

Al celebrarse el Tratado de Montevideo de 1980, los Países signatarios escaparon a la rigidez del Artículo XXIV del GATT e hicieron uso de la posibilidad prevista en la Cláusula de habilitación consagrada en el año 1979 en la Ronda GATT de Tokio, es decir otorgarse preferencias que no lleguen a liberar lo esencial del comercio recíproco, por lo que se establecen preferencias arancelarias regionales, acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial.-

En el caso del MERCOSUR (Mercado Común del Sur), éste fue ingresado en el contexto de la ALADI como un Acuerdo de Complementación Económica de Alcance Parcial, dado que era la forma de valerse de las preferencias arancelarias admitidas por la Ronda Tokio del GATT y a su vez, dentro del esquema de la ALADI, exceptuarse de la exigencia del artículo 44 del Tratado de Montevideo (cláusula de la nación más favorecida), frente a los restantes países integrantes de la ALADI que no formaban parte del MERCOSUR.-

Así es que el Tratado de Asunción fue registrado como el Acuerdo de Alcance Parcial No. 18 (Acuerdo de Complementación Económica) en el mes de noviembre de 1991, agregándose con posterioridad diversos Protocolos Adicionales a dicho Acuerdo de Alcance Parcial (esencialmente se ingresaron el Programa de Liberación Comercial, el Régimen de Origen y la regulación de las Cláusulas de Salvaguardia previstos en los Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).-

El acto fundacional del MERCOSUR, utilizó al Tratado de Montevideo (constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI), como «paraguas jurídico», es decir que este Tratado oficia de norma jurídica habilitante respecto a la aplicación (excepción) de los principios consagrados en la normativa GATT/OMC, en lo vinculado con el Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen y Cláusulas de Salvaguardia (Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).-

El MERCOSUR presentó ante el GATT el Tratado de Asunción (documento constitutivo del Mercado Común del Sur) en el año 1992, al amparo de la Cláusula de Habilitación.-

Sentado ello, cabe adentrarse en las características que tuvo dicho proceso de integración.-

Basado en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, el Tratado de Asunción, tuvo como los primeros países miembros a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.-

El principio de gradualidad introduce la idea de que los cambios hacía el mercado común no deben ser drásticos y deben permitir que tanto el estado como los ciudadanos se adapten a la apertura de los mercados. Con ese fin, se plantean etapas sucesivas con intensidad creciente. El principio de flexibilidad puede ser interpretado como flexibilidad en la forma de implementar la normativa MERCOSUR, o como la necesidad de reconocer situaciones especiales en las que se puedan exceptuar los beneficios acordados a los Estados Partes por que estos afecten el principio de gradualidad.-

Finalmente, el principio de equilibrio ampara a los Estados Partes de sufrir grandes perjuicio debido al beneficio desmedido de otros.-

Estos tres principios, a los que se puede sumar el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones, ilustraban el propósito y la forma de inserción regional elegida; y a su vez, condicionaban la evolución natural del proceso de integración.-

En su primer artículo el Tratado insta a la conformación de un mercado común entre los Estados partes, si bien tal estadio aún no se ha alcanzado a pesar del tiempo transcurrido y los avances registrados.-

En origen el Tratado de Asunción, constituyó una zona de libre comercio y programó una unión aduanera previendo su principio de ejecución efectiva a partir del 1 de enero de 1995.-

La zona de libre comercio se perfeccionó de acuerdo al Programa de Liberalización Comercial contenido en el Anexo I del Tratado, que fijó rebajas arancelarias progresivas lineales y automáticas.-

Asimismo, se acordó la eliminación de todas las restricciones no arancelarias al 31 de diciembre de 1994.-

Sin embargo, el arancel externo común (Dec. CMC 22/94) no estuvo acompañado por un sistema armonizado de percepción de las rentas aduaneras ni de su asignación o distribución.-

Por tal razón, el MERCOSUR no ha logrado aún coordinar sus esfuerzos y es por ello que aún se encuentra en la etapa de una unión aduanera, categoría prevista dentro de los distintos tipos de integración tal como se viera en el capítulo anterior, considerando algunos autores al mismo, como una unión aduanera imperfecta o incompleta (González Cano, 2004, pág. 278).- Ahora bien, tal como antes se reseñara, dentro de los distintos sistemas o esquemas de integración, nos encontramos con que en ellos se reconoce un ordenamiento jurídico que los regula en su constitución y en su funcionamiento.-

Es ésta la denominada “cláusula de habilitación constitucional”, la cual “es la base normativa que el derecho constitucional ofrece para la participación del Estado en los mecanismos de integración económica, lo cual incluye la temática de los efectos del ordenamiento jurídico resultante de tales acuerdos regionales. Conforman así, el límite primero y, a la vez, último de la actuación del Estado. Primero, en tanto autoriza a las autoridades competentes para incorporar al Estado en un modelo particular de relacionamiento internacional, por un lado, y permite la recepción del fenómeno integrativo y su incidencia en el marco nacional, por el otro. Último, pues constituye el respaldo definitivo y definitorio para la vigencia plena del sistema regional en el interior del territorio estatal” (Perotti, 2007, pág. 560)

En lo que importa a los países que en la actualidad conforman el MERCOSUR, vemos que en lo que respecta a nuestro país, este ordenamiento es la Constitución Nacional – el ordenamiento jurídico interno- que habilita a nuestra Nación a formar parte como tal, de un esquema de integración, esto significa que tiene el soporte o sustento constitucional que habilita al Estado a participar siendo Parte del un proceso de integración.-

Tal previsión se halla en el art. 75 inc. 24 que prevé dentro de las facultades del Congreso de la Nación: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.-

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

Dos consecuencias se desprenden a partir de allí.-

En primer lugar, la Constitución autoriza expresamente la aprobación de un tratado constitutivo de una organización supranacional, pudiendo el Estado argentino delegar competencias a la misma y someterse a su jurisdicción.-

En segundo lugar, las normas elaboradas en el ámbito de esa organización supranacional se localizan en una posición jerárquica superior a las leyes. Por lo tanto, la Constitución extendería al derecho derivado de los órganos supranacionales la regla general de la superioridad de los tratados, establecida en virtud del artículo 22, según el cual los tratados poseen un valor superior a la ley, siempre que se cumplan tres condiciones: la reciprocidad, la igualdad y el respeto por el orden democrático y los derechos humanos.-

A su turno la Constitución paraguaya vigente, reformada en 1992, autoriza expresamente la participación del Estado en un orden jurídico supranacional. Según el artículo 145, “la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con los otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.-

También agrega que las decisiones relativas a este orden “sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.-

El texto argentino se asemeja, en su espíritu, al paraguayo, cuando pretende lanzar las bases para que estos países puedan adaptarse, en el futuro, a un orden comunitario.-

Sin embargo, a diferencia de la Argentina, Paraguay no menciona el derecho derivado entre la jerarquía de las fuentes del derecho, limitándose a afirmar que la Constitución se encuentra por encima de los acuerdos internacionales ratificados y aprobados, que a su vez están por encima de las leyes nacionales.-

Asimismo en lo que importa a la República Bolivariana de Venezuela vemos que en su Constitución, prevé en el artículo 153 que: “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.-

Tal como surge del texto transcrito, no solo prevé la factibilidad de incorporarse a procesos de integración, sino que además se establece la factibilidad de dotar de competencias necesarias a organizaciones supranacionales, para llevar a cabo el proceso, en tanto que las normas que tales organizaciones dicten serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna

Es decir entonces que dicha norma suprema no solo da vía libre a la integración con la constitución de organismos supranacionales, sino que además las normas de derecho derivado resultan referentes a la legislación local y además de aplicación inmediata

Por otra parte tenemos a la Constitución de la República del Brasil de 1988, y a la de la República Oriental del Uruguay, las cuales por el contenido de diversos artículos de sus constituciones nacionales podrían ser consideradas “a priori” como

impeditivas de un nuevo sistema jurídico regional.-

En lo que importa a la brasileña vemos que, sólo se refiere a la integración económica en el párrafo único del artículo 4º, cuando fija los principios que deben orientar al Brasil en sus relaciones internacionales: “la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.-

Respecto de este artículo me permito señalar que en la conferencia leída por la Vicepresidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Ministra Ellen Gracie, en ocasión del VIIº Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR, organizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 02/09/09; merece destacarse muy especialmente que en dicha oportunidad la Ministra Ellen Gracie, que asistió en representación del Presidente de dicho tribunal (entonces Ministro Gilmar Mendes), textualmente informó que la posición expresada en la conferencia leída era compartida por el resto del Supremo Tribunal Federal. En dicha conferencia, página 5, se sostiene que la creación de la Corte de Justicia mercosureña, dado su carácter supranacional, resulta compatible con la Constitución brasileña de 1988, en función del párrafo único de su artículo 4.-

La conferencia está disponible en Internet, en la página del VIIº Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR, link directo
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Ministro_Gilmar_Mendes_port.pdf

En lo que respecta al Uruguay, vemos que aunque pionera, la referencia a la integración contenida en la Ley Fundamental uruguaya, de 1967, es enigmática, probablemente en razón de su carácter obsoleto. Según el artículo 6 (último inciso), “la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”

Esta reseña nos muestra que las Constituciones de Brasil y Uruguay no tienen disposiciones de similares características, en cuanto a la factibilidad de formar parte de procesos de integración de carácter supranacional, como los restantes socios del bloque.-

En esta instancia, creo oportuno citar parte de la recomendación del Comité Jurídico Interamericano, emitido el 4 de Marzo de 1992, es decir, ya firmado el Tratado de Asunción y promediando el período de transición del MERCOSUR, en el marco del análisis de las constituciones latinoamericanas y en vistas a la Integración.-

Entre las conclusiones de dicho informe puede destacarse: “... para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas

exigencias del derecho emergente, para lo cual es recomendable que los Estados que deseen avanzar por este camino, incorporen en ellas, si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación externa de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también a la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común”

Más allá de las asimetrías que existen en los textos constitucionales de los socios del MERCOSUR, para algunos autores, basándose en la opinión de prestigiosos juristas, entienden que una interpretación dinámica de los textos constitucionales permitiría para el Estado Parte asumir compromisos de integración que superarían, en los hechos, las asimetrías actuales (Pena & Rozemberg, 2005, pág. 18).-

Para así opinar, citan el ejemplo de Italia, “cuya constitución no es explícita en relación con el Derecho Comunitario o la Justicia supranacional. Sin embargo, Italia reconoce la supremacía del Derecho de las Comunidades Europeas.-

Otra de las características a reseñar es que los órganos del MERCOSUR tienen naturaleza intergubernamental toda vez que los sujetos que los integran lo hacen:

- i) en calidad de representantes directos de los Estados Partes (Vg. mandatados en las negociaciones y decisiones), y generalmente se trata de funcionarios públicos;
- (ii) las decisiones adoptadas en el marco de los órganos decisorios responden a las instrucciones de los Gobiernos de los Estados;
- (iii) su responsabilidad por las acciones y conductas adoptadas se resuelve en y por el Estado Parte que lo designa;
- (iv) los sistemas para la adopción de las decisiones en sede de los órganos que tienen esas facultades, se estructuran a través del consenso, como forma de respaldar los intereses específicos de cada Estado en las negociaciones y resoluciones;
- (v) las normas adoptadas por los órganos decisorios, requieren necesariamente la incorporación o internalización al orden jurídico interno de cada Estado; y
- (vi) los Estados que conforman el esquema de integración, si bien tienen intereses comunes, participan con sus propias voluntades expresadas a través de sus representantes (Vg. negociadores).-

Los mecanismos de internalización que prevé el Tratado del MERCOSUR, como así también los Protocolos y aquellas otras normas que derivan de los órganos creados para desarrollar e implementar el proceso (Vg. Decisiones, Resoluciones, y/o Directivas), no detentan ninguna de las características arriba señaladas para poder considerar que el MERCOSUR genera un Derecho Comunitario (aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía de las normas comunes sobre las leyes internas).- Muy por el contrario, el MERCOSUR, resulta ser una Integración Particular (tal como antes se describiera) en el cual existe un ordenamiento jurídico que tiene origen en las normas constitutivas del mismo (Vg. Tratado del MERCOSUR, Protocolo de Ouro Preto, Protocolo de Olivos), las cuales no se rigen por reglas de incorporación general sino por los principios establecidos por el Derecho Internacional Público (fundamentalmente, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) denominado “derecho originario”,

Es esta la fuente principal del derecho del MERCOSUR, reconocida por el Tribunal Permanente de Revisión –TPR-, órgano creado por otro de los tratados fundacionales, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias. El TPR expresó en su Opinión Consultiva Consultiva N° 01/08 (numeral 24) lo siguiente:

"El derecho del MERCOSUR es un conjunto de normas establecido por voluntad de los Estados, plasmado en fuentes convencionales como los tratados -partiendo del propio TA y del POP, incluyendo otros instrumentos de carácter originario, como lo es también el PO- que forjan la estructura misma del MERCOSUR en la medida que establecen las normas, delimitan los principios, indican los objetivos y los mecanismos fundamentales para alcanzarlos, crean los órganos comunes y determinan su competencia dotando a algunos de capacidad normativa, de cuyo ejercicio surgen las normas denominadas 'derivadas'. Todo ello constituye un cuerpo normativo vivo, de naturaleza especial y de jerarquía diversa, que se convierte en obligatorio como parte del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte desde su incorporación o internalización, acto del cual derivan derechos y obligaciones".-

Por otro lado se encuentra lo que denominaremos "derecho derivado", conformado por aquellas normas que derivan de los órganos creados para desarrollar e implementar el proceso (Vg. Decisiones, Resoluciones, y/o Directivas) y cuya incorporación se efectúa conforme a las previsiones contenidas en el Protocolo de Ouro Preto y normas complementarias.-

3.2 Mecanismo de creación de las normas dictadas por los órganos con capacidad decisoria.-

La creación de las normas que emanan de los órganos con capacidad decisoria nace en el seno de dichos órganos y ven la luz cuando las mismas resultan fruto del consenso de los Estados Partes (art. 37 del POP).-

Esto implica que un Estado Parte que no desea aceptar una determinada medida que se encuentra en elaboración en el seno del órgano respectivo, debe solamente limitarse a ejercer su derecho a veto, evitando con ello la adopción de la medida.-

Como antes se señalara esta característica es muy propia de los procesos de internalización con órganos intergubernamentales, toda vez que este sistema implementado para la adopción de las decisiones, se encuentra orientado a respaldar los intereses específicos de cada Estado en las negociaciones y resoluciones.-

Esta forma de toma de decisiones es diferente a la unanimidad, en donde sería necesario el voto positivo de cada uno de los representantes de los Estados.-

3.3 Internalización de normas y entrada en vigencia

Corresponde abordar ahora la situación de la internalización y entrada en vigencia de la normativa MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes.-

El Tratado de Asunción, no previó salvo en unas pocas cláusulas, la cuestión atinente a la organización institucional.-

De los tres órganos hoy con capacidad decisoria, sólo creó dos: el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común, atribuyendo al primero la conducción política y al segundo facultades ejecutivas, subordinadas a las pautas que instaure el CMC, pero con la posibilidad de formular iniciativas propias.-

En el artículo 16 del Tratado se dispone que: "Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes".-

No se hallaba previsto un procedimiento para emitir las normas ni una denominación específica según el órgano del que emanaran, como así tampoco pauta alguna relacionada a la aplicación de dichas normas en los Estados Partes, es decir, incorporación, puesta en vigencia, etc.-

Esta situación transcurrió así hasta la aparición del Protocolo de Ouro Preto –POP-.-

En él se establecen los lineamientos troncales de la estructura institucional y se configuran los órganos decisorios que a partir de entonces serán tres, al sumarse la Comisión de Comercio del MERCOSUR –CCM- a los preexistentes CMC y GMC.-

Ahora bien, dentro del POP, el Capítulo IV titulado "Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Órganos del MERCOSUR" es el que introduce la problemática en cuestión, comprendiendo los artículos 38 al 40.-

Capítulo IV. Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Órganos del MERCOSUR.

Artículo 38. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo. Parágrafo Único - Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas para este fin.-

Artículo 39. Serán publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, íntegramente, en los idiomas español y portugués, el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.-

Artículo 40. Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento: i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR; ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte; iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la

fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales".-

A su vez, en el capítulo V, artículo 42 se establece que: "Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio, y cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".-

A partir de estos capítulos del POP, comienza a ordenarse el caos que había generado la muy parca redacción del Tratado de Asunción. Hay un sistema aplicable a las normas derivadas emanadas de los órganos previstos en el artículo 2 del propio POP, es decir, aquellos con capacidad decisoria y de naturaleza intergubernamental: el CMC, el GMC y la CCM.-

Este sistema ha sido muy criticado y, en la práctica, fue muchas veces ignorado por los Estados Partes, que en muchos casos optan por poner en vigencia la normativa del MERCOSUR sin aguardar que los otros socios completen sus trámites de incorporación.-

Ante los problemas que se verificaban en los Estados Partes al encarar la incorporación de la normativa a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, se elaboraron diversos proyectos de norma que tuvieron por objeto complementar el conciso capítulo IV del Protocolo de Ouro Preto.-

Previo a la reseña de las normas que luego se dictaran, parece oportuno señalar algunos aspectos que a mi juicio resultan relevantes.-

Tal como se desprende del texto del art. 42 del POP, la norma comunitaria por regla general detentaría un "efecto inmediato", dado que no requeriría de su transposición al derecho interno, salvo cuando sea "necesario".-

Es decir que de acuerdo a este texto la internalización solo tendría ese carácter cuando la disposición comunitaria así lo dispusiera.-

Era este un buen punto de comienzo pensando en la factibilidad de trabajar en el bloque a los fines de dotar a esta integración de los elementos necesarios para estar en presencia de un derecho comunitario, con las ventajas que ello trae aparejado como antes se viera.-

Pero muy por el contrario este punto de vista no fue compartido por los diversos gobiernos de los Estados Parte y a la postre derivó en el dictado de la Decisión CMC (23/00) que a continuación se analizará, arrogándose el Consejo con su dictado, facultades de interpretación de Tratados y Protocolos que carecía, distorsionando el claro texto de la norma (art. 42 POP) que pretende aclarar.-

Entre los proyectos, que se aprobaron luego del POP, tenemos las Decisiones del CMC N° 23/00, 20/02 y 22/04, aunque esta última, la más ambiciosa de las tres, hasta el presente no ha entrado en vigencia.-

El 29 de junio de 2000, en el marco del denominado "relanzamiento del MERCOSUR", el Consejo del Mercado Común aprueba la Dec. CMC N° 23/00 sobre incorporación de la normativa. Allí se precisan algunos aspectos de lo normado con más generalidad en el POP,

artículos 38 a 42. Entre las cláusulas que interesan para el presente trabajo, merecen enunciarse las siguientes:

La notificación a la Secretaría del MERCOSUR –dispuesta en el art. 40 del POP- es responsabilidad de las respectivas Coordinaciones Nacionales del GMC y deberán incluir como anexo, el texto de la norma nacional (art. 2).-

La innecesariedad de incorporar las normas mercosureñas al ordenamiento interno de cada Estado parte cuando se trate de medidas relacionadas al funcionamiento interno del MERCOSUR (art. 5 a).-

Las Coordinaciones Nacionales también tienen la responsabilidad de informar si una norma del MERCOSUR ya existe en el ordenamiento jurídico nacional, indicando en que norma interna se halla contenida (art. 5 b).-

Los instrumentos sujetos a ratificación y depósito –Tratados, Acuerdos, Protocolos- tienen su propio sistema de vigencia en el marco de los principios del derecho internacional. Es decir, estos instrumentos quedan al margen del sistema del capítulo IV del POP. (art. 6)

Cuando las normas del MERCOSUR incluyen un plazo o fecha para su incorporación, esas cláusulas son obligatorias para los Estados Partes, que deben asegurar el sistema de vigencia simultánea consagrado en el POP. (art. 7)

La Dec. CMC N° 23/00 no fue suficiente para aclarar las dudas que se iban suscitando y hacia el interior de los gobiernos de los Estados Partes, se analizaba la problemática de la incorporación de las normas a los ordenamientos jurídicos nacionales.- Algunas cuestiones se resolvieron con una nueva norma del Consejo del Mercado Común, la Dec. CMC N° 20/02, titulada "Perfeccionamiento del Sistema de Incorporación de la Normativa MERCOSUR al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes, que modifica algunos puntos de la Dec. CMC N° 23/00 y como ésta, complementa al Protocolo de Ouro Preto.-

La nueva norma añadió las siguientes cláusulas en orden a perfeccionar el sistema de incorporación de la normativa:

Se establece una instancia de consultas internas en los Estados Partes –que se tramitarán según lo decida cada Estado- previa a que se logre consenso sobre el respectivo proyecto de norma en el ámbito del órgano dependiente, con la finalidad de confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el plazo que se requieren para la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 1). El resultado de estas consultas debe permitir a los órganos decisorios tomar conocimiento, antes de aprobar el proyecto en cuestión, de cuáles son los órganos internos de los Estados Partes con competencia en la materia de que se trate y qué procedimientos y plazos requerirá el dictado de la norma interna por la cual se adopte la norma MERCOSUR, y la compatibilidad de ésta con el derecho interno. (Art 2 y 3.)

Se establece la obligación, a partir del 30/06/2003, de que las normas internas que adopten la normativa del MERCOSUR contengan la transcripción íntegra –literal- de ésta (art. 7).-

Se habilita expresamente una práctica que ya era habitual: la posibilidad de que por un acto interno se proceda a la incorporación de varias normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR (art. 9)

Se recomienda que los Estados Partes procuren centralizar en un único órgano interno el procedimiento administrativo que conduce al dictado de las normas nacionales que incorpora normativa del MERCOSUR (art. 14).-

Estimándose que una reforma ulterior del POP pondría claridad en la cuestión, se aprobó a mediados de 2004 una norma que generó confusión desde su nacimiento, la Decisión CMC N° 22/04. La norma contiene un breve cuerpo de cuatro artículos y un también breve anexo. En dicha norma, el CMC determinó el procedimiento a seguir por los Estados Partes, aplicable a aquellos casos en que una decisión, resolución o directiva no requiriera aprobación legislativa, que posibilitara la puesta en vigencia a partir de la publicación en los diarios oficiales. Literalmente, en el anexo se menciona "Una vez aprobadas por los órganos del MERCOSUR y recibida por el Ministerio de Relaciones Exteriores la copia certificada por la Secretaría del MERCOSUR, las Normas MERCOSUR deberán publicarse, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte, en los respectivos diarios oficiales cuarenta (40) días antes de la fecha prevista en ella para su entrada en vigencia. La publicación de las Normas MERCOSUR en los diarios oficiales implicará la incorporación de la norma al orden jurídico nacional, conforme al Artículo 40° del Protocolo de Ouro Preto."

Obviamente, esta aparente simplificación –aparente porque, como es lógico, no se descartan los "procedimientos internos de cada Estado Parte"- requería una implementación previa consistente en la adecuación de normas internas de los Estados Partes

–eventualmente, algunos aspectos concernientes a procedimientos administrativos y la publicación en los diarios oficiales. Esta adecuación, según lo dispone el artículo 1° -segundo párrafo- de la Dec. CMC N° 22/04 se debía iniciar o completar "en un plazo de noventa días". Si bien no está aclarado en la norma, se supone que estos noventa días debían computarse desde la aprobación de la decisión, que tuvo lugar el 7 de julio de 2004. Pero esto no se realizó en ninguno de los Estados Partes y la norma, aunque no ha sido formalmente derogada, lleva varias temporadas compartiendo el "limbo" con otras normas del MERCOSUR jamás incorporadas o instrumentadas.-

Cabe destacar que nuestro país había iniciado oportunamente el procedimiento para la internalización de dicha medida mediante el dictado de un decreto.-

En dicha norma no solo se preveía la incorporación de la Decisión CMC N° 22/04 sino que además se estipulaba un procedimiento distinto al previsto en la ley 19.549 y su decreto 1759/72 T.O. 1991, para proceder a la incorporación de la normativa derivada.-

Se establecía un procedimiento de consulta y una intervención de los diferentes Ministerios eventualmente involucrados con la normativa a incorporar.-

Dicho proyecto mereció opinión favorable en lo sustancial de la Procuración del Tesoro de la Nación, mediante el Dictamen 236 de fecha 20.07.2005, Dictámenes 254; 180, sin perjuicio de lo cual el mismo nunca fue suscripto.-

Como colofón de todo lo expuesto y a modo de resumen podemos decir que la incorporación de la normativa emanada de los órganos decisorios del MERCOSUR, transcurrió en diferentes etapas:

En una primera, entre la entrada en vigencia del Tratado de Asunción y la del Protocolo de Ouro Preto -1991 a 1995- casi no había pautas expresas y cada Estado resolvía con sus propios criterios cómo incorporaba la normativa;

En la segunda -1995 a 2000- el POP brindó un sistema en sus generalidades que indicó que los Estados debían asegurar la aplicación de la normativa dictando actos internos si fuese necesario y observando un procedimiento para lograr la entrada en vigencia simultánea.-

Luego del 2000, las Decisiones CMC N° 23/00 y 20/02 indicaron pautas complementarias para la incorporación de la normativa a los ordenamientos jurídicos nacionales.-

Así se configura el marco jurídico actual, por el cual los Estados deben realizar consultas internas previas a la aprobación de una norma del MERCOSUR a los efectos de predeterminedar con la mayor precisión posible el modo y plazo en que luego la introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Luego, salvo que se disponga expresamente que la norma no necesite ser incorporada, los Estados deben proceder a la incorporación o comunicar expresamente en caso de que consideren que la pueden aplicar sin dictar una norma interna. En tal caso, pueden invocar alguna de las excepciones previstas en las Decisiones del CMC N° 23/00 y 20/02: norma ya existente o que sólo algunos de los Estados tengan obligación de incorporar. Salvo cuando la norma expresamente indique que no requiere incorporación, el Estado deberá comunicar a la Secretaría del MERCOSUR el acto interno por el que procedió a adoptar la norma o si fuera el caso, la existencia de una norma anterior de igual tenor o que no necesita incorporar la norma. Una vez que todos los Estados Partes hayan concretado la incorporación y comunicado sobre el particular a la SM, ésta circulará la nota por la cual indica que la norma entrará en vigencia para la región a los treinta días, conforme lo dispone el artículo 40 del POP.-

A este esquema general hay que añadir que, en su acto interno de incorporación, cada Estado Parte debe incluir la transcripción íntegra de la norma MERCOSUR.-

4. Normas Mercosur referentes a modificaciones de la NCM y el AEC

4.1 Procedimiento vigente para su creación y entrada en vigencia. Decisión CMC N° 31/2004.-

El procedimiento para la creación de las normas mercosureñas relacionadas a la modificación de la NCM y su correspondiente AEC, no difiere del previsto en forma general para todas las normas que emanen de los órganos con capacidad decisoria.-

Es decir que la toma de una decisión en tal sentido, está sometida a la obtención en el seno del órgano que la va a emitir, del consenso de los representantes de los Estados Parte.-

Ahora bien, como se señalara en el capítulo anterior, más allá de las previsiones contenidas en el Protocolo de Ouro Preto, se dictaron normas tendientes a dar una mayor agilidad en la incorporación y vigencia de las normas emanadas tanto del CMC, GMC y CCM (Dec. 23/00 y 20/02)

Pero teniendo en cuenta las razones que a continuación se transcriben y que forman parte de los Considerandos de la medida, el Consejo del Mercado Común dictó oportunamente la Decisión N° 31/2004.-

1.- Que el Arancel Externo Común del MERCOSUR constituye el elemento central para la consolidación de la Unión Aduanera y la conformación del Mercado Común.-

2.- Que la plena eficacia de los instrumentos de política comercial común se condicionan a su efectiva aplicación por todos los Estados Partes.-

3.- Que por su especificidad las normas relativas al Arancel Externo Común están sujetas a procedimientos propios y sistematizados de aprobación e incorporación, concebidos con la finalidad de confirmar su viabilidad técnica y jurídica.-

4. Que la adecuada aplicación de las normas relativas a la modificación del Arancel Externo Común presupone uniformidad y celeridad en el proceso de incorporación de esas normas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.-

La norma en cuestión resolvió en lo que aquí interesa lo siguiente:

Art. 1.- Los proyectos de normas relativos a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común y de los Dictámenes de Clasificación Arancelaria elevados a los órganos decisorios del MERCOSUR, no estarán sujetos al procedimiento de consulta previsto en los artículos 1 a 3 de la Decisión CMC N° 20/02.-

Art. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, los proyectos de normas relativos a la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, podrán ser sometidos a procedimientos nacionales de consultas, en los Estados Partes que así lo requieran, mientras dure su análisis en el foro técnico y antes de ser elevados al órgano decisorio.- Art. 3.- Al incorporar, conforme a los artículos 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto, las Resoluciones que modifican la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, aprobadas a lo largo de un semestre, los Estados Partes establecerán las fechas de 1º de julio y 1º de enero de cada año, según corresponda, para su entrada en vigencia en sus respectivos territorios nacionales.-

Al aprobarse las referidas Resoluciones, los plazos previstos en ellas para su vigencia y previa incorporación deberán ajustarse a las fechas mencionadas.-

Art. 4. En casos excepcionales, por razones justificadas de orden económico, el Grupo Mercado Común podrá, a solicitud de cualquier Estado Parte, establecer otras fechas para la entrada en vigencia y la previa incorporación en los respectivos territorios de los Estados Partes.-

Art. 5. Las Directivas que aprueben Dictámenes de Clasificación Arancelaria, deberán ser incorporadas en el plazo que en ellas se establezca.-

Art. 6.- El Estado Parte que, en las fechas previstas en la presente Decisión, o en el plazo establecido por el GMC en aplicación del Artículo 4, no hubiera puesto en vigencia interna las

Resoluciones referidas, no podrá negarse a dar curso, en condiciones preferenciales, a las importaciones de los demás Estados Partes amparados por Certificados de Origen válidos, basadas en divergencias de Nomenclatura.-

Art. 7. La obligación de incorporación textual e integral de las normas MERCOSUR, establecida en el artículo 7 de la Decisión CMC N° 20/02, alcanza sólo al Anexo de estas Resoluciones, y no impide que los Estados Partes incluyan en sus respectivos actos internos de incorporación datos adicionales de carácter tributario. En ningún caso podrán alterarse las alícuotas y nomenclatura establecidas en la norma MERCOSUR.-

De texto normativo transcrito podemos señalar algunos aspectos que resultan de interés a la presente investigación:

En primer lugar esta norma decide que no estarán sujetos al procedimiento de consulta previsto en los artículos 1 a 3 de la Decisión CMC N° 20/02, los proyectos de normas relativos a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común y de los Dictámenes de Clasificación Arancelaria elevados a los órganos decisorios del MERCOSUR,

Esta previsión resulta saludable en la medida que releva de la obligación de someter a consulta interna en los Estados Partes cuando se esté en presencia de este tipo de iniciativa (art. 1°) para dejarlo sometido a la voluntad de aquel Estado Parte que lo considere apropiado (art. 2°).-

Si bien es cierto que las consultas en el interior del Estado resultan útiles para evitar posteriores dilaciones, teniendo en cuenta la naturaleza del tema, no cabe duda que el procedimiento de aprobación resultaría ser más ágil.-

Por otra parte, las previsiones contenidas en el art. 3°, estarían dando una pauta más precisa acerca de que la voluntad de los Estados Parte ha sido que respecto a este tipo de normas resulta "necesario" incorporarlas al derecho positivo (v. art. 42 POP).- También dicha norma trae como novedad la fijación de dos momentos (1° de julio y 1° de enero de cada año) para que cada Estado Parte haga entrar en vigor en sus respectivos territorios nacionales, dichas normas.-

El art. 4° establece excepciones justificadas por razones económicas.-

En tanto que el art. 6° establece una clara obligación de incorporar las normas en las fechas señaladas, consagrando una advertencia para el Estado moroso, en el sentido que si en las fechas previstas el Estado Parte no la hubiera puesto en vigencia "no podrá negarse a dar curso a las importaciones de los demás Estados Parte amparados por certificados de origen, basadas en divergencias de NCM".-

Esta previsión de no haberse limitado a los Estados Miembro, hubiera obligado a una pronta incorporación al derecho vigente de cada Estado, bajo el apercibimiento de considerar la misma como de aplicación directa, dado que no podría alegarse la divergencia de NCM

4.2 Incorporación al sistema nacional. Instrumentos utilizados por las Autoridades Nacionales para incorporarlas al ordenamiento positivo.-

Ahora bien, veremos a continuación si el Estado Argentino cumplió con la incorporación de este tipo de normas en las fechas indicadas, ¿cuál resultó ser la autoridad nacional que procedió a internalizarlas" y al amparo de qué tipo de norma (Ley, Decreto o Resolución Ministerial) la efectuó.-

Cabe aquí destacar que así como algunas cuestiones no poseen mayor dificultad y desde hace años se vienen adoptando normas internas por los ministerios o secretarías competentes en la materia, como sucede con los reglamentos técnicos del MERCOSUR, hay otras que han dado lugar a importantes variaciones, verificándose tales circunstancias en materia de la normativa que introduce modificaciones en la nomenclatura común del MERCOSUR y el correspondiente arancel externo común.-

Cabe señalar en primer término que nuestra Constitución Nacional establece en su art. 75 inc. 1°, dentro de las facultades que asisten al Congreso la de: "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".-

Estas facultades del Congreso, aunque con una redacción diferente, ya estaban presentes en el texto constitucional anterior a la reforma de 1994 (antiguo artículo 67, inciso 1°) que era el vigente al momento de firmarse el Tratado de Asunción. Va de suyo que la fijación de derecho de importación de las mercaderías, es una facultad privativa del Congreso Nacional.-

Ahora bien ese mismo Congreso ha sido quien mediante las leyes 23.981 y 24560 aprobó el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, respectivamente.-

Como antes se señalara y más allá de la naturaleza supranacional o intergubernamental de los órganos que allí se crearon con facultades decisorias, no existe duda alguna que nuestra Nación procedió a empoderar a tales instituciones de facultades que le eran propias – fijar los derechos de importación- quedando en manos de dichos órganos la facultad de dictar normas relacionadas con la NCM y su correspondiente AEC.-

Las Autoridades Nacionales desde el inicio del MERCOSUR y al momento de incorporar ese tipo de medidas donde se encontraban en juego tanto las modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR como su correspondiente Arancel Externo Común, con las implicancias que ello traía aparejado en la percepción tributaria (derecho de importación), recurrieron a Resoluciones Ministeriales hasta el año 2009.-

A los fines de dar fundamento a su actuar, se basaron en las previsiones contenidas en el Código Aduanero y en el decreto que le delegaba facultades al por entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos,

El Código Aduanero en lo que aquí importa, estableció en su artículo 664 lo siguiente:

"1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá:

- a) gravar con derecho de importación la importación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo;
- b) desgravar del derecho de importación la importación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y

c) modificar el derecho de importación establecido.-

2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

a) asegurar un adecuado ingreso para el trabajo nacional o eliminar, disminuir o impedir la desocupación;

b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;

c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales;

d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;

e) atender las necesidades de las finanzas públicas.”

A los fines de poder llevar adelante las facultades delegadas por el Congreso Nacional en este artículo y en otros tanto vinculados a la operatoria del comercio exterior - si bien por entonces aún no se encontraban aprobados ni la NCM y el AEC-, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 2752/91 mediante el cual subdelegó en el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos las facultades que a su turno el Congreso Nacional le delegara en los arts. 570, 620, 632, 663, 664 y 755.-

En usos de las facultades que le otorgaba dicha norma, como así también en otras vinculadas a la ley de Ministerio, la Cartera en cuestión, en sus diversas denominaciones (Economía y Servicios Públicos, de Economía y Producción o de Economía), comenzó a emitir resoluciones por las cuales se incorporaban a nuestro derecho positivo aquellas normas mercosureñas que preveían modificaciones a la NCM y su correspondiente AEC.-

Así a modo de ejemplo se puede citar, Res. GMC 1/04 y 14/04 (incorporadas por la Res. MEyP N° 829/04), Res.GMC N° 5/04 y 29/04 (incorporadas por la Res. MEyP N° 400/05), normas éstas que aprobaban ajustes en la NCM y su correspondiente AEC.- Ahora bien, a partir del dictado de la ley de Delegación de Facultades Legislativas N° 26.519, promulgada el 21 de agosto de 2009 –B.O. 24 de agosto de 2009– se produce un cambio de criterio.-

La ley 26.519 ratificó la delegación legislativa preexistente en el Poder Ejecutivo Nacional por el plazo de un año, a contarse desde el 24 de agosto de 2009. A su vez, impuso el ejercicio exclusivo de las facultades delegadas, lo que implicaba la imposibilidad de que el PEN subdelegara en los ministros.-

La citada norma estableció en su art. 1°: Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratificase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año, y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El titular del Poder Ejecutivo nacional y el Jefe de Gabinete de Ministros ejercerán exclusivamente las

facultades delegadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, incisos 4 y 12, de la Constitución Nacional y la Ley

26.122. En cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo.-

Con base en la normativa transcripta se consideró que las internalizaciones de normas comunitarias se debía efectuar cumpliendo las formalidades a que se refería dicha la ley 26.519 (este criterio fue sustentado con el Dictamen N° 214459 del 29/09/2009, emitido por la Dirección de Asuntos Legislativos y Tributarios dependiente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.).-

Si bien el citado criterio resultó óptimo para poder atender la constante premura en la adecuación por razones estrictamente técnicas tanto de la NCM como del AEC., esto implicaba que, de no haber prórroga de las delegaciones al cabo del plazo de un año, toda norma concerniente a la nomenclatura común del MERCOSUR y el arancel externo común debería ser girada al Congreso Nacional para su tratamiento.-

Este extremo no llegó a verificarse todo vez que una vez operado el plazo de un año y no habiéndose extendido la prórroga, los servicios jurídicos del Poder Ejecutivo Nacional emitieron nuevos pronunciamientos legales para encauzar la cuestión.-

Así fue como se entendió que: "... nuestro país ha delegado por intermedio de las leyes 23.981 y 24560 en un órgano supranacional ciertas competencias y consentido también el mecanismo para su ejercicio" "Véase, en este sentido, que admitir la primera hipótesis, que además cuenta con el expreso soporte del art. 75, inciso 24, de la Constitución Nacional, sin adherir también a la segunda, importa vaciar de contenido la integración declarada" "Mal podría admitirse la delegación sin reconocer validez al resultado de su ejercicio por parte de los órganos receptores de ésta." "Y ello, menos aún, a poco que se recuerde que, conforme el texto constitucional, las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración "tienen jerarquía superiores a las leyes" con la internalización que ahora se pretende el Poder Ejecutivo Nacional no nace más que dictar las reglamentaciones necesarias para poner en práctica las leyes de la Nación en los términos del aludido inciso 2° del artículo 99 de la Constitución Nacional"-Dictamen DLAICyPyME N° 975/2011- el cual fuera emitido en ocasión de analizar el proyecto de Decreto por el que se propiciaba la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de la Dec. CMC N° 20/09 y que fuera avalado en las instancias superiores que atravesó el trámite hasta su aprobación como Decreto N° 1553/2012 (-B.O. 05/09/2012-)

Es decir que en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, se ha privilegiado la cesión de facultades del Congreso Nacional hacia las autoridades comunitaria, por sobre la especialidad de la materia, teniendo en cuenta además la jerarquía de los Tratados Internacionales a partir de la reforma de 1994.-

Este nuevo criterio implicaba que si esta delegación, al provenir de tratados que por expresa disposición de la Constitución Nacional ostentan una jerarquía superior a las de las leyes del Congreso, no puede ser contravenida por dichas leyes.-

En razón de ello, si las normas que modifican la NCM o el AEC son vistas como reglamentación de aquellos tratados, el Poder Ejecutivo Nacional puede internalizarlas al ordenamiento jurídico nacional ejerciendo la facultad de dictar las reglamentaciones necesarias para poner en práctica las leyes de la Nación en los términos del inciso 2° del artículo 99 de la Constitución

Nacional Este es el criterio que actualmente rige en el seno del PEN para llevar adelante la internalización de normas que modifiquen la NCM y el AEC

Como antes lo señalara y sin perjuicio del análisis que desarrollare en el próximo Capítulo, a modo de adelanto me permito destacar que las conclusiones a las cuales arribó el Servicio Jurídico, cuyo dictamen transcribiera en parte, resultan en primer término discutidas respecto a la naturaleza de supranacionalidad que le otorgan a los organismos del MERCOSUR, y entiendo además que se ha quedado en mitad de camino en lo que respecta a analizar la factibilidad legal de que la norma por la cual se incorpore esta clase de medidas (modificaciones de la NCM y del AEC) sea llevada a cabo por Autoridades de menor rango (Vg. Secretarios de Estado).-

Por último me permito destacar que en lo relativo a la incorporación de aquellas normas que son excepciones, como las acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento, que la Comisión de Comercio del MERCOSUR aprueba siguiendo el procedimiento instituido por la Res. GMC N° 08/08, nuestro país a diferencia del resto de los Estados Parte, ha comenzado a internalizarlas por intermedio del procedimiento previsto en el decreto 415/91.-

Esta norma establece el procedimiento que observa nuestro país a los fines de poner en vigencia las normas que se acuerdan en ALADI.-

La citada normativa establece en los arts. 1° y 2° lo siguiente:

Artículo 1°: “Los acuerdos suscriptos por la REPUBLICA ARGENTINA en el marco jurídico de la ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION (ALADI) entrarán en vigor en las condiciones y a partir de las fechas que en cada uno de ellos se convenga, sin perjuicio de su publicación en el Boletín Oficial”.-

Artículo 2° “A efectos de la aplicación en el territorio de la REPUBLICA ARGENTINA de los acuerdos a que se hace referencia en el artículo anterior, la SUBSECRETARIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO del MINISTERIO DE ECONOMIA remitirá a la ADMINISTRACION NACIONAL DE ADUANAS una copia de los mismos debidamente certificada por la Secretaría General de la ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION (ALADI) y por la Representación Argentina ante dicha Asociación, sin requerirse ninguna otra formalidad”

Teniendo en cuenta que la incorporación vía decreto del PEN, resultaba extremadamente lenta y que esto atentaba contra la celeridad que requerían las medidas excepcionales - dado que cuando el decreto había visto la luz ya la medida había perdido vigencia-, las Autoridades de nuestro país comenzaron la incorporación a nuestro derecho positivo en la forma reseñada, teniendo el aval del resto de los Estados Miembros.-

Es así como al dictarse la Directiva CCM N° 37/2014, mediante la cual se aprueba la rebaja arancelaria solicitada por la República Argentina, del siguiente bien, NCM 3904.30.00 - Copolímero de cloruro de vinilo y acetato de vinilo, Cantidad: 2.500 toneladas, Plazo: 12 meses, Alícuota: 2 %, se dispuso en su art. 2° “...Solicitar a los Estados Partes signatarios del Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE N° 18) que instruyan a sus respectivas Representaciones ante la Asociación

Latinoamericana de Integración (ALADI), a protocolizar la presente Directiva en el marco del ACE N° 18, en los términos establecidos en la Resolución GMC N° 43/03”.-

En idénticos términos se resolvió en la Directiva CCM N° 02/2015.-

En dicha norma se aprobó la rebaja arancelaria solicitada por la República Argentina, del siguiente bien, NCM 3904.10.20 - Obtenido por proceso de emulsión- Cantidad: 12.000 toneladas, Plazo: 12 meses, Alícuota: 2 %, se dispuso en su art. 2°: “...Solicitar a los Estados Partes signatarios del Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE N° 18) que instruyan a sus respectivas Representaciones ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), a protocolizar la presente Directiva en el marco del ACE N° 18, en los términos establecidos en la Resolución GMC N° 43/03”.-

Por último vemos que en fecha más reciente, 10.09.015 La Comisión de Comercio del MERCOSUR, aprobó la directiva N° 26, mediante la cual se autorizó a nuestro país a llevar cabo la rebaja arancelaria de la posición NCM 0802.22.00 , por un lapso de dos años y con una alícuota del 2%, estableciendo en art 2° que solicitaba “...a los Estados Partes signatarios del Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE N° 18) que instruyan a sus respectivas Representaciones ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), a protocolizar la presente Directiva en el marco del ACE N° 18, en los términos establecidos en la Resolución GMC N° 43/03”

Muy por el contrario, y como antes lo señalara cuando otro miembro obtiene esa dispensa, la situación varía (Vg. Directiva CCM N° 35/14, 07/2015, entre otras, que favorecen a Brasil), no aplicándose el método referenciado.-

Hasta aquí he reseñado las formas y métodos utilizados por nuestro país para internalizar aquellas normas en las cuales se procede a la modificación de la NCM y su correspondiente AEC, dando cuenta también de la forma en que se lleva a cabo la internalización de las Directivas CCM respecto de aquellas situaciones puntuales de abastecimiento previstas en la Res. GMC N

° 08/08.-

4.3 Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales acerca de las cuestiones en estudio.-

Ahora bien, procederé en este estadio a señalar aquellas posturas observadas por distintos doctrinarios, en relación a qué tipo de normativa resultaría ser la adecuada a los fines de que la misma sea acorde a las previsiones constitucionales.-

Nuestra Constitución Nacional en el art. 75, prevé las atribuciones y funciones del Congreso Nacional, a través de sus 32 incisos.-

En el primero de ellos, establece que corresponde al Congreso: inc. 1:”Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan serán uniformes en toda la Nación.” Con basamento en el citado artículo, Barreira, E en el año 2007, presentó una ponencia “Incorporación de las Normas dictadas por los órganos del Mercosur que tienen por efecto modificar el ordenamiento jurídico aduanero de base aprobado por el Congreso. Necesidad de que su

incorporación se realice por vía legislativa”, que fuera a la postre aprobada en el Tercer Congreso de Derecho Aduanero, llevado a cabo en Buenos Aires, del 9 al 11 de mayo de dicho año y publicado en la Revista de Estudios Aduaneros N° 18, año 2007, pág. 99.-

En dicha pieza, el autor comienza efectuando una distinción entre los conceptos “legislación aduanera” y “derechos de aduana”, entendiéndolo que la primera excede en mucho a su aspecto tributario.-

Asimismo efectúa una diferenciación entre el derecho originario (Tratado, Protocolo) y el derecho derivado (Decisiones, Resoluciones, Directivas), señalando que a su juicio cuando la incorporación de normas de esta última categoría se refieren a temas que pudieran involucrar materias reservadas al Poder Legislativo, deben ser internalizadas vía del Congreso Nacional, toda vez que en atención a las competencias en juego, de proceder en otro sentido se estaría modificando una norma que pertenece a la zona de reserva legal de dicho poder, sin su ratificación, pudiendo transgredirse de ese modo los principios de derecho público que preserva el art. 27 de nuestra Carta Magna.-

Otros autores que se encontrarían enrolados en esta postura, sostienen que únicamente son válidos los acuerdos que no requieren aprobación legislativa, cuando se refieren a protocolos concluidos según los términos de un tratado ya aprobado por el Poder Legislativo, y siempre que no alteren la sustancia del mismo o se trate del mero mantenimiento del “status quo”.-

En cambio no los consideran válidos si se refieren a temas que afecten principios constitucionales, involucren compromisos o pertenezcan al ámbito de las rentas públicas (Vanosi, & Dalla Via, 2000, págs. 153 y 154).-

La postura sostenida por Barreira también encontró eco en las Autoridades del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, quienes en el año 2009, solicitaron al por entonces canciller Jorge Taina, que estando en presencia de este tipo de normas su incorporación se realice previa aprobación del Congreso de la Nación.-

En las antípodas de esta postura, se encuentran otros doctrinarios que refiriéndose a la previsión constitucional del art. 75 inc. 1, señalan que: “La disposición que estamos explicando no se cumple en la práctica, ya que no es el Congreso quien fija los aranceles aduaneros, sino el Ministro de Economía...” (Ekmekdjian, 1997, pág. 433).-

Asimismo el citado autor, destaca que: “...el MERCOSUR ha modificado sustancialmente las facultades del Congreso Nacional de fijar los derechos de importación y exportación.””En efecto, en el Tratado de Asunción se fijó como uno de los objetivos del Mercado Común del Sur el establecimiento de un arancel externo común””A partir del 1 de enero de 1995 entró en vigencia el arancel externo común, lo que significa que cada uno de los cuatro miembros renuncia a fijar los derechos de importación y exportación y los avalúos se fijarán de común acuerdo a partir de entonces” (Ekmekdjian, 1994, pág., 194).-

A mi entender los autores citados en primer lugar, han pasado por alto en su análisis que más allá de las facultades que le asisten al Congreso Nacional de acuerdo a las previsiones contenidas en el art. 75 inc. “1° de la Constitución Nacional, el mismo Congreso fue quien al aprobar el Tratado y el Protocolo de Ouro Preto (en el cual se determinan las facultades de cada uno de los órganos decisorios posee) ha cedido sus facultades al respecto a los organismos mercosureños que se encuentran facultados para dictar este tipo de normas más allá de la naturaleza que tales organismos detentan.-

Es decir, más allá de si los Estados Partes han cedido soberanía o no (supranacionales o intergubernamentales) en cabeza de dichos organismos mercosureños.-

Me permito señalar que a diferencia de dichos autores y como apoyatura a ésta última visión, cabe no perder de vista las conclusiones de Feder, en el sentido que entiende que: "... en el ámbito del MERCOSUR negocia el Poder Ejecutivo e incorpora ese mismo Poder del Estado, siendo la función legislativa en ese ámbito privativa del Poder Ejecutivo (no del Legislativo), al que se le encarga, a menos que se trate de un tratado o un protocolo, de la aprobación de las propias normas que negocia mediante su incorporación al ordenamiento jurídico nacional." (Feder, 2007, pág. 58).-

Como surge de esta reseña, y sin perjuicio de la opinión que brindaré en el próximo capítulo, vemos que las posturas resultan encontradas y lejos de poder conciliarse.-

Procederé ahora a señalar aquellos antecedentes jurisprudenciales que se han emitido en nuestro país emanados de nuestros tribunales así como también del Tribunal Fiscal de la Nación acerca de la necesidad o no de la incorporación de las normas mercosureñas relacionadas a modificaciones de la NCM y su correspondiente AEC, para que entren en vigor, o cuáles son las consecuencias jurídicas cuando la incorporación se lleva a cabo en forma extemporánea.-

Los precedentes en cuestión tienen relación en primer lugar con la Decisión Nº 15, dictada el 15.12.1997, por el Consejo Mercado Común (CMC), la cual fuera internalizada por nuestro país por intermedio de la Res. MEyOySP Nº 12/98 (B.O. 8.1.98).- A través de dicha norma se autorizó un incremento transitorio de 3 puntos porcentuales del Arancel Externo Común (AEC), aplicable en todos los países integrantes del grupo.-

El art. 5º de esta decisión dispuso que el plazo de vigencia del incremento no debía extenderse más allá del 31.12.2000.- Posteriormente, por Decisión Nº 67 del 14.12.2000, el mismo Consejo prorrogó la vigencia de la Decisión Nº 15/97 por un período máximo de dos años a contar desde 01/01/01, pero reduciendo el incremento a 2,5 puntos porcentuales.-

Luego con fecha 22.06.2001 y por Decisión CMC Nº 6, el Consejo redujo el incremento a 1,5 puntos porcentuales, pero a partir del 01.01.2002.-

Ahora bien, el 26/04/02, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 690/02 (B.O. 02.05.2002) por el que se incorporó la III Enmienda del Sistema Armonizado de Codificación de las Mercaderías.-

Asimismo a través del art. 3º y en sintonía con los términos de la Decisión CMC Nº 6/01, incrementó en 1,5 puntos porcentuales el AEC para todas las posiciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM), con excepción de aquellas detalladas en el Anexo II del citado decreto.-

Algunos meses después, se dictó la Decisión 21 del 06/12/02, por la que el Consejo Mercado Común prorrogó ese mismo incremento del 1,5% del AEC, hasta el 31/12/03.

El 22.12.03, algunos días antes de que venciera la vigencia del incremento del 1,5% del AEC, el Ministerio de Economía y Producción dictó la Resolución Nº 603 en donde sólo mantuvo este incremento para las posiciones arancelarias allí especificadas.-

La Dirección General de Aduanas (DGA), a través del Sistema Informático María (SIM), continuó aplicando con generalidad ese incremento, con posterioridad a la fecha de corte establecida (31/12/03).-

La Dirección General de Aduanas no tuvo en cuenta dos circunstancias:

1º) Que conforme a lo previsto en la antes citada Decisión CMC Nº 21/02, el incremento temporario del AEC tenía vigencia hasta el 31/12/03; y

2º) Que por el artículo 2º de la Resolución MEP Nº 603/03, se dispuso mantener este incremento, pero sólo respecto de las posiciones arancelarias allí explicitadas.

Finalmente, el 06.09.04 el Ministerio de Economía y Producción dictó la Resolución Nº 607, mediante la cual resolvió dejar sin efecto el incremento transitorio del 1,5% del AEC; esta vez, para todas las posiciones de la NCM.-

Fue entonces cuando, recién en el mes de septiembre de 2004, el SIM dejó de liquidar el incremento del AEC.-

Aparentemente, las dependencias de la Dirección General de Aduanas no habían advertido -según se infiere claramente de lo dispuesto por la Resolución MEP Nº 603/03- que algunas posiciones arancelarias no se encontraban alcanzadas por el incremento transitorio a partir del 01/01/04.-

Advertido este inconveniente, los importadores comenzaron a presentar solicitudes de devolución ante las distintas aduanas de registro en donde tramitaran sus importaciones. La Aduana rechazó estas peticiones y las empresas debieron acudir al Tribunal Fiscal de la Nación en resguardo de sus derechos.-

Doctrina emanada del Tribunal Fiscal de la Nación

Como antes se expresara las firmas importadoras, al advertir este error del SIM en la liquidación del AEC, iniciaron sendos pedidos de repetición de derechos, siguiendo así, el procedimiento previsto en el art. 1068, siguientes y concordantes, del Código Aduanero.

Las diversas Aduanas del país rechazaron las peticiones presentadas por los importadores y que éstos debieron acudir ante el Tribunal Fiscal de la Nación en resguardo de sus derechos.-

El primer caso que llegó a estudio del mencionado Tribunal, fue la causa Nº 22.803-A, caratulada "Nidera S.A." que tramitó ante la Sala E.-

En dicho precedente, dictado el 09.05.07, el Tribunal señaló que "a fin de arribar a una interpretación armónica de las Resoluciones 603/2003 y 607/2004 concluyo que esta última sólo dejó sin efecto el incremento porcentual para las posiciones arancelarias incluidas en el Anexo I de aquélla, ya que para el resto de posiciones arancelarias comprendidas en el art. 3º del dec. 690/2002 tal incremento porcentual fue dejado sin efecto por la Res. 603/2003 que reconoció implícitamente la pérdida de vigencia del aludido aumento al 31/12/2003, como lo nota en su Considerando.-

Que, por consiguiente, al no encontrarse la mercadería en cuestión dentro del anexo de la referida norma, se concluyó que el incremento del 1,5% no regía al momento de la oficialización del DI materia de la litis.-

Que abona lo dicho que en el sitio oficial de Internet del MERCOSUR (<http://www.mercosur.int/msweb>) se reconoce que desde el 31/12/2003 no rige el referido incremento porcentual, al expresar: “Por la Decisión del CMC Nº 15/1997, en 1998 entró en vigencia un aumento general e uniforme de tres puntos porcentuales en todo el universo arancelario, con algunos productos expresamente exceptuados de dicho incremento. Además, los países se reservaron aplicar este incremento en la extensión que ellos prefiriesen. Las Decisiones del CMC Nº 6/2000, 06/01 y 21/2002, establecieron el incremento transitorio en 2,5% para 2001 y 1,5% para 2002 y 2003. En 2004 no estuvo vigente dicho incremento.”.-

En igual sentido se pronunciaron luego las Salas F y G del mismo Tribunal.

En efecto, en la causa Nº 30.321-A, caratulada “Abbot Laboratories Argentina S.A.” (sent. del 6/8/13), la Sala F del Tribunal, señaló que la Resolución ME Nº 603/03 sólo dejó sin efecto el incremento del 1,5% del AEC para todas las posiciones arancelarias no incluidas en el Anexo I y que fue la Resolución ME Nº 607/04 la que incorporó definitivamente la Decisión CMC 21/02.-

Por su parte, en la causa Nº 25.444-A, caratulada “Bunge Argentina S.A.” (sent. 27/9/12), señaló que la Resolución ME Nº 603/03 sólo mantuvo el incremento transitorio del 1,5% para aquéllas mercaderías involucradas en el Anexo I. De allí dedujo que al mantener el incremento para todas las demás posiciones que no estuvieran allí incluidas no se ajustaba a derecho.-

Vemos entonces que, en todos los casos, el Tribunal Fiscal sólo autorizó la devolución de aquellas operaciones que contenían posiciones arancelarias no incluidas en el Anexo I de la Resolución ME Nº 603/03.-

Entendió que la Decisión CMC 21/02 era una norma de carácter programático y que necesitaba de una norma interna para su entrada en vigencia.

Al respecto, el voto del Dr. Basaldúa en el precedente “Abbot Laboratories Argentina S.A.”, resulta elocuente:

“Que, siendo que la actora considera aplicable a la fecha de los momentos imponible una norma emanada del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, corresponde analizar, en primer término, la jerarquía de la Decisión C.M.C. invocada por la actora.

“Que, asimismo, es preciso hacer referencia a la operatividad de la norma aludida en el párrafo precedente, toda vez que de ello depende la procedencia de su aplicación en el período debatido en estos autos.-

“Que, conforme el art. 75, inc. 22, de la C.N., los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.-

“Que en ese mismo inciso del art. 75 de la C.N., se establece que es facultad del Poder Legislativo aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Por su parte, el art. 99, inc. 11, de la C.N. pone en cabeza del Poder Ejecutivo la atribución de concluir y firmar tratados, de conformidad con la obligación impuesta al gobierno federal por el art. 27 de la C.N.-

“Que, ello así, se trata de un acto complejo federal en el que intervienen para su celebración tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo.-

“Que, el mecanismo adoptado para la celebración de tratados en nuestra Carta Magna, se encuentra de conformidad con lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.-

“Que, en el sub-lite, la norma que invoca la actora (Decisión C.M.C. del MERCOSUR n° 21/2002) no constituye un instrumento de derecho internacional concertado mediante el procedimiento previsto en la C.N. para la celebración de tratados, por lo que cabe descartar la jerarquía supralegal de la misma en los términos del art. 75, inc. 22, de la C.N.

“Que, por otra parte, la norma invocada por la actora no fue dictada por un órgano supraestatal al que el Estado argentino le hubiera delegado competencias de conformidad con el mecanismo establecido en el art. 75, inc. 24 de la C.N., por lo que cabe descartar también la jerarquía supralegal de la misma en los términos de dicho inciso.-

“Que, en efecto, habiendo sido dictada la norma en cuestión por uno de los órganos del MERCOSUR, el Consejo del Mercado Común, de naturaleza intergubernamental (conf. art. 2º del Protocolo de Ouro Preto), las normas por él dictadas requieren la incorporación a su orden jurídico por parte de los Estados miembros del MERCOSUR, no constituyendo un derecho supranacional que tenga supremacía por sobre el derecho interno de los Estados miembros, sino que adquiere la jerarquía propia de la norma a través de la cual se la internaliza -en el sub lite una Resolución del Ministerio de Economía y Producción-, entrando en vigencia recién después de su publicación oficial.-

“Que, en definitiva, la Decisión C.M.C. n° 21/2002 fue incorporada al ordenamiento interno mediante el dictado de la Resolución

M.E.P. n° 607/2004, que fuera publicada en el Boletín Oficial el 6/9/2004, entrando en vigencia recién el 15/9/2004 (conforme art. 2 del Código Civil), por lo que no formaba parte del derecho vigente a la fecha del momento imponible.”.-

Resulta indudable, entonces, que para el Tribunal Fiscal de la Nación toda norma emanada de un órgano mercosureño (como lo es el Consejo Mercado Común) es programática y merece ser internalizada para que entre en vigencia.-

Doctrina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Muchos de los precedentes antes citados fueron luego recurridos por el Fisco ante la Excma. Cámara, la cual, compartió la postura del Tribunal Fiscal sobre el tema.-

A modo ilustrativo cabe citar diversos precedentes emanados del Fuero.-

En efecto, la Sala I, en el precedente “Nidera S.A. (TF 24.945-A) c/DGA”, expediente n° 17.711/09, del 3 de agosto de 2010 puso de manifiesto los mismos argumentos que los utilizados por la Sala V en el precedente “Nidera S.A. (TF 22.803-A) c/DGA”, expediente n° 7.909/08 del 19 de marzo de 2009.-

Por tal motivo, consideró que correspondía confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal y hacer lugar a la repetición intentada en la medida en que consideró que la decisión CMC n° 21/02 requería ser internalizada y, en tal sentido, considera que la misma lo fue a

partir del dictado de la resolución MEyP n° 607/04 que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2004.-

En la causa “Danone Argentina S.A. (Exp. N° 9385/07), la Sala II de la Cámara con fecha 11.03.2010 ratificó la postura del Tribunal a-quo, señalando que “atendiendo a la fecha en que fue dictada la resolución 603/03 -22 de diciembre de 2003-, no puede desconocerse que, claramente, la voluntad manifestada en su artículo 2º -en cuanto dispone mantener el incremento consagrado por el artículo 3º del decreto 690/2002 sólo respecto de las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del MERCOSUR detalladas en su Anexo I-, implica la tácita decisión de limitar su vigencia a estas posiciones, resultando aplicable a las restantes el plazo fatal establecido en el día 31 de ese mismo mes y año.-

Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal también confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal que había hecho lugar a la repetición pretendida. En el precedente “Danone Argentina

S.A. c/EN-DGA Resol. 566/06 (Expte. n° 28.721/05) s/ Dirección General de Aduanas”, expediente 43.857/06, del 29 de julio de 2009 consideró que en el estado de integración en el que se encuentra el MERCOSUR, la decisión del Consejo de Mercado Común N° 21/02 formaba parte del derecho comunitario derivado pero para tener carácter supranacional obligatorio debía ser adoptada por la legislación interna, por la falta de configuración de las condiciones previstas en el artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional. En tal sentido, destacó que “...a fin de arribar a una interpretación armónica de las resoluciones 603/2003 y 607/2004 debe concluirse que la resolución 607/2004 sólo dejó sin efecto el incremento porcentual para las posiciones arancelarias incluidas en el Anexo I de aquella, ya que para el resto de posiciones arancelarias comprendidas en el art. 3 del decreto 690/02 tal incremento porcentual fue dejado sin efecto por la resolución 603/2003 que reconoció implícitamente la pérdida de vigencia del aludido aumento al 31/12/2003, como la nota de su considerando. Por consiguiente el incremento del 1,5% no regía al momento de la oficialización de los despachos de importación. El Consejo del Mercado común decidió mantener provisoriamente la vigencia de AEC en 1,5 % hasta el 31 de diciembre de 2003, lo cual se plasmó mediante la decisión 21 de fecha 6 de diciembre de 2002. Así fue dispuesto expresamente en sus arts. 1 y 3. El Arancel Externo Común fue en reiteradas oportunidades modificando el importe a cobrar como así también el plazo de vigencia. Así es, que la última prórroga de dicho arancel fue prevista hasta el 31/12/03 (decisión CMC 21/02) y luego de dicho plazo ninguna norma del MERCOSUR dispuso una nueva prórroga del tributo, razón que torna ilegal la pretensión de las autoridades aduaneras de continuar aplicando a las importaciones el 1,5% de AEC luego del 31/12/2003”.-

La Sala IV en el precedente “Cosméticos Avon SAIC (TF 28.278-A), expediente n° 30.184/2011 del 14 de febrero de 2012, fijó su postura en cuanto a los argumentos tendientes a confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal, señalando:” a fin de arribar a una interpretación armónica de las Resoluciones 603/2003 y 607/2004 concluyo que esta última sólo dejó sin efecto el incremento porcentual para las posiciones arancelarias incluidas en el Anexo I de aquélla, ya que para el resto de posiciones arancelarias comprendidas en el art. 3º del dec. 690/2002 tal incremento porcentual fue dejado sin efecto –reitero- por la Res. 603/2003 que

reconoció implícitamente la pérdida de vigencia del aludido aumento al 31/12/2003, como lo nota en su Considerando” (en igual sentido, confr., esta Sala in re “Dow Agrosiences S.A. (TF

23011-A) c/ DGA”, causa n° 21.044/08, sentencia del 18.02.2010; Sala V, in re “Cosméticos Avon SACI (TF 24737-A) c/DGA”, causa n° 8835/09, sentencia del 29.09.09; entre otros).-

Por último la Sala V, con el voto de los Dres. Alemany y Gallegos Fedriani, en el precedente “Cosméticos Avón S.A.C.I. (TF 24.737-A) c/DGA”, expediente 8.835/09 del 29 de septiembre de 2009 confirmó la interpretación del Tribunal Fiscal en “...el sentido de que esa resolución N° 603/03 constituyó la regla de derecho interno mediante la cual, al mantener el incremento transitorio dispuesto en el decreto 690/02 para las posiciones arancelarias comprendidas en el Anexo I, se dejó sin efecto ese incremento para las posiciones excluidas de dicho anexo, se ajusta al texto y al espíritu de la norma examinada; así como al principio de conformidad con el cual los gravámenes nacidos de la ley deben ser establecidos de modo expreso, claro e inequívoco (Fallos 312:912; 316:1115; 321:153; 327:1522, del Dictamen del Procurador General de la Nación), y del mismo modo deben ser mantenidos”.-

Según vemos, la posición de la Cámara es uniforme y ha decidido, al igual que el Tribunal Fiscal, hacer lugar a las solicitudes presentadas por los importadores, en tanto y en cuanto las mercaderías involucradas se encuentren excluidas del Anexo I de la Resolución ME N° 603/03.-

De estos precedentes se puede extraer las siguientes conclusiones: Tanto el Tribunal Fiscal como la Cámara han coincidido en que:

- 1) la exigencia de pago del 1,5% adicional sobre el AEC para aquellas mercaderías que no estaban incluidas en el Anexo I de la Resolución ME N° 603/03 resultaba ilegítima y por ende hizo lugar a la procedencia de la acción de repetición.-
- 2) Toda Decisión/Resolución/ Directiva emitida por un órgano del MERCOSUR (en el caso, la CMC) no es operativa y, por tanto, necesita de su internalización de los Estados Parte para que entre en vigor.-

En último lugar procederé a reseñar otro antecedente que tiene relevancia en la cuestión teniendo en cuenta la internalización tardía de una norma mercosureña y cuál ha sido el criterio de nuestros tribunales en relación a tal circunstancia y el derecho que le asiste o no a los particulares para reclamar cuando se verifican tales circunstancias.-

Con fecha 08.10.2004 el Grupo Mercado Común en la inteligencia que se hacía necesario ajustar la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, instrumentos esenciales de la Unión Aduanera, procede al dictado de la Res. GMC N° 19/04

Por intermedio de la citada medida se aprueba la “Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común”, en sus versiones en español y portugués, que figuran como Anexo y forman parte de la presente Resolución. (art. 1°)

Asimismo se resuelve que las modificaciones a la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, aprobadas por la presente Resolución, tendrán vigencia a partir del 01/1/05, debiendo los Estados Partes asegurar su incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales antes de esa fecha (art. 2).-

A pesar de los claros términos que emergen de la norma transcrita, nuestro país recién procede a incorporarla mediante el dictado de la Res. MEyP N° 642 de fecha 18.11.2005 (B.O. 22.11.2005) la cual entró en vigor el 23.11.2005.-

Teniendo en cuenta los términos de la resolución GMC y la tardía incorporación de la misma a nuestro derecho positivo, la empresa FATE SAICI, solicitó la repetición del 14% en concepto de

derecho de importación extrazona, que a su juicio había abonado en demasía al proceder a despachar la mercadería con fecha 14.07.2005, lo cual le fue denegado por la Aduana mediante Resolución N° 197/2008 (SDG OAM), pronunciamiento que fuera confirmado por el Tribunal Fiscal.-

En razón de ello, la empresa recurrió a la instancia superior, habiendo recaído en la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo.-

El referido Tribunal conformado por los Dres. Jorge E ARGENTO, Carlos M. GRECCO y Sergio G. FERNANDEZ, en un fallo opinable confirmó la postura de las instancias anteriores, señalando que al tiempo de procederse al despacho de la mercadería (14.07.2005), la rebaja arancelaria dispuesta por la Res. GMC N° 19/04 no había sido internalizada por nuestro país, lo cual fue llevado a cabo recién por intermedio de la Resolución M.E.P. N° 642/2005, la cual entró en vigencia el 23/11/2005, por lo que dicha norma no se encontraba vigente a la fecha del momento imponible, no resultando aplicable la alícuota del 0% que pretende la actora.-

En consecuencia la Sala consideró que la demora en la incorporación de las normas del MERCOSUR al ordenamiento jurídico argentino no habilita al reclamo por devolución de los derechos de importación abonados en demasía.-

Entendiendo que la normativa en cuestión debía ser considerada como “derecho derivado”, fundamentó su decisión en lo previsto por los arts. 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto a los fines de la incorporación a nuestro derecho positivo.-

De esta manera se cercenó el derecho del particular a obtener la repetición de lo abonado en más por la falta de incorporación temporánea de la norma comunitaria que así lo estipulaba.-

5. Conclusiones

a) Alternativas para la adopción de medidas que permitan la internalización de normas MERCOSUR, que modifiquen la NCM y su correspondiente AEC

En el presente trabajo han analizado las posturas que existen a nivel doctrinario, como así también aquella adoptada por las Autoridades Nacionales, acerca de la necesidad o no, del dictado de una ley para internalizar aquellas normas MERCOSUR que modifiquen la NCM y su correspondiente AEC.-

Como oportunamente se expusiera, en la primera postura se enrolan doctrinarios tales como Barreira, el cual entiende que dadas las competencias en juego, y que las mismas se encuentran reservadas para el Congreso Nacional, necesitarían de la aprobación de dicho Poder Estatal a los fines de resultar válida su internalización.-

Otros autores, Vanosi y Dalla Via, sostienen que los acuerdos que no requieren aprobación legislativa, solo serán válidos siempre y cuando no se refieran a temas que afecten principios constitucionales, involucren compromisos o pertenezcan al ámbito de las rentas públicas.-

En mi estudio del caso, he podido verificar que en el análisis de los citados autores se arriba a una conclusión errónea toda vez que en el mismo se desecha un elemento muy importante de análisis, cual es que aquellas facultades que detenta el Congreso Nacional en virtud del art 75 inc. “1° de la Constitución Nacional, han sido delegadas por el mismísimo Congreso Nacional.-

En efecto, al aprobar el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, ha cedido sus facultades al respecto, a los organismos mercosureños que se encuentran facultados para dictar este tipo de normas, más allá de la naturaleza que tales organismos detenten.-

No cabe duda a mi juicio, que con la ratificación del tratado internacional y de sus Protocolos, que sustentan todas aquellas normas que eventualmente se dictan para modificar la NCM y su correspondiente AEC, el Congreso Nacional ha convalidado la existencia de un organismo con facultades para dictar normas susceptibles de afectar el ordenamiento jurídico nacional en aquellos temas que constitucionalmente se encontraban a él reservados (fijar los derechos de importación y exportación). Si un órgano del Estado (en la especie el Congreso Nacional) ha cedido soberanía a un organismo (supranacional o intergubernamental) mal podría retomarla sin generar ello un incumplimiento del Tratado y del Protocolo respectivo, con las consecuencias que ello traería aparejado.-

Va de suyo, que si el Congreso Nacional no detenta facultades para reasumirlas, sin generar un incumplimiento internacional, no resultaría necesario que sea dicho organismo estatal quien esté a cargo del dictado de dicha medida de internalización, teniendo especialmente en cuenta los perentorios plazos con que generalmente se cuenta para ello, de acuerdo a lo convenido en el seno del órgano mercosureño.-

Como se señalara en su oportunidad, otro ha sido el criterio seguido por las Autoridades Nacionales al tiempo de incorporar este tipo de normativa.-

En efecto, en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación se ha entendido por consejo de su órgano asesor que "... nuestro país ha delegado por intermedio de las leyes 23.981 y 24560 en un órgano supranacional ciertas competencias y consentido también el mecanismo para su ejercicio" "Véase, en este sentido, que admitir la primera hipótesis, que además cuenta con el expreso soporte del art. 75, inciso 24, de la Constitución Nacional, sin adherir también a la segunda, importa vaciar de contenido la integración declarada" "Mal podría admitirse la delegación sin reconocer validez al resultado de su ejercicio por parte de los órganos receptores de ésta." "Y ello, menos aún, a poco que se recuerde que, conforme el texto constitucional, las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración"

"Así, o bien porque las Decisiones del CMC resultan normas delegadas (a un órgano supranacional pero delegadas al fin) por el Congreso Nacional en función de las leyes 23.981 y 24.560 y ostentan por ende naturaleza legislativa (del mismo modo que los Decretos de Necesidad y Urgencia o los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional dictados en ejercicio de facultades delegadas) aunque de jerarquía superior a las leyes del Congreso, o bien porque dichas decisiones integran el plexo normativo ratificado por estas leyes, no aparece aventurado concluir que con la internalización que ahora se pretende el Poder Ejecutivo Nacional no hace más que dictar las reglamentaciones necesarias para poner en práctica las leyes de la Nación en los términos del aludido inciso 2° del artículo 99 de la Constitución Nacional..." (Dictamen DLAICyPyME N° 975/2011)

La postura adoptada por las Autoridades nacionales en relación al tema en análisis es compartida por el suscripto, entendiendo que se ajusta tanto al derecho constitucional de nuestro país, como al regional consensuado a nivel del MERCOSUR.-

Sin perjuicio de ello, cabe destacar dos elementos adicionales que darían pábulo para tal postura, como así también para bucear sobre aquellas otras alternativas que existirían para que se adoptaran otro tipo de medidas que no sean un decreto del titular del Ejecutivo Nacional a tales fines.-

Aparece entonces razonable evaluar la gran cantidad de tiempo que insume el dictado de un Decreto - por las intervenciones que requiere hasta su emisión-, y su consecuente afectación de la eficacia y eficiencia de las normas dictadas por los órganos mercosureños, las cuales conculcan en muchos casos los derechos de los ciudadanos de los Estados Partes, para hacer valer la normativa aprobada, en sus relaciones comerciales, lo que a la postre se transforma en inseguridad jurídica.-

No cabe duda de que la práctica moderna tiende a procedimientos de concertación ágiles y menos formales.-

Va de suyo entonces, que la incorporación normativa debe correr la misma suerte toda vez que de lo contrario estaríamos ralentizando el proceso de integración que en los hechos y de acuerdo a las circunstancias por las cuales atraviesa el MERCOSUR, equivale a extenderle el certificado de defunción.-

Sentado ello, me permito señalar que de la compulsa de la normativa de aplicación en la especie, se verifica que en el MERCOSUR tanto la negociación como la incorporación se encuentra en cabeza del Poder Ejecutivo, quedando reservado para el Congreso Nacional la aprobación de los Tratados y los Protocolos (Derecho originario), en tanto que el Derecho derivado (Decisiones, Resoluciones y/o Directivas) se internaliza por intermedio del citado Poder Ejecutivo.-

En este sentido Feder ha sido contundente en sus apreciaciones (“Régimen de Vigencia de las Normas del MERCOSUR en sus Estados Partes”, pág. 74), compartiéndolas el suscripto, en mérito a lo cual podemos concluir “prima facie” que la postura adoptada por las Autoridades Nacionales, resulta encuadrada en el derecho vigente, sin perjuicio de señalar que a mi juicio existirían otras alternativas que se podrían transitar para llegar al dictado de otro tipo de medidas (Vg. resoluciones y/o resoluciones conjuntas).para dotar de mayor celeridad al proceso de integración y que a continuación se exponen.-

A los fines de brindar mi opinión que sirva de corolario a este punto, entiendo necesario destacar la normativa involucrada en la cuestión.-

La ley de Ministerios N° 22.520 (Texto ordenado por Decreto 438/92) establece en su artículo 1°: El Jefe de Gabinete de Ministros y DIECISEIS (16) Ministros Secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación.-

Los Ministerios serán los siguientes:

- Del Interior y Transporte
- De Relaciones Exteriores y Culto
- De Defensa
- De Economía y Finanzas Públicas

- De Industria
- De Agricultura, Ganadería y Pesca
- De Turismo
- De Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios
- De Justicia y Derechos Humanos
- De Seguridad
- De Trabajo, Empleo y Seguridad Social
- De Desarrollo Social
- De Salud
- De Educación
- De Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva
- De Cultura.-

(Artículo sustituido por art. 1° del Decreto N° 641/2014 B.O. 7/5/2014. Vigencia: a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial)

A su turno, por intermedio del art. 13 del mismo cuerpo normativo, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional "...para delegar en los Ministros y en los Secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto.-

A través del artículo 20, se fijan las competencias del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, entre las cuales se establece la de asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la política económica y el desarrollo económico, a la administración de las finanzas públicas, al comercio interior e internacional, al transporte fluvial y marítimo en su conjunto y a las relaciones económicas, financieras y fiscales con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en particular y en lo que aquí interesa cabe reseñar los incisos 10 y 44.- Inc. 10: Entender en la elaboración, aplicación y fiscalización del régimen impositivo y aduanero.-

Inc. 44: Entender en la ejecución de la política comercial en el exterior, incluyendo la promoción y las negociaciones internacionales de naturaleza económica y comercial, así como en la conducción del servicio económico y comercial exterior y en la formulación, definición y contenidos de la política comercial en el exterior.-

(Artículo sustituido por art. 2° del Decreto N° 441/2015 B.O. 26/3/2015. Vigencia: a partir de la fecha de su dictado)

En el artículo 20 bis de la norma en estudio se establece que compete al MINISTERIO DE INDUSTRIA asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la industria, y en particular y en lo que aquí importa transcribo los incisos 3 y 4.-

Inc. 3: Intervenir en la elaboración de las estructuras arancelarias con la intervención de las áreas que correspondan, en el ámbito de su competencia;

Inc. 4: Intervenir en la elaboración y ejecución de la política de reembolsos y reintegros a la exportación y aranceles, en el ámbito de su competencia;

(Artículo sustituido por art. 4° del Decreto N° 2082/2011 B.O. 12/12/2011. Vigencia: a partir del 10 de diciembre de 2011)

Ahora bien, hemos concluido hasta aquí que la facultad para internalizar las normas mercosureñas relacionadas a la NCM y su correspondiente AEC, se encuentra en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.-

Cabe ahora preguntarse si tal facultad podría ser delegada en uno o varios ministerios, a los fines de dar mayor agilidad al trámite correspondiente.-

La respuesta es afirmativa, basándome para ello en las razones que a continuación expongo.-

Como antes se viera, el art. 13 de la ley de ministerios (t.o. decreto 438/92), prevé tal posibilidad dándole la facultad al titular del PEN de delegar en los Ministros y en los Secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto.-

Quiere decir esto que si el PEN delega lo haría respecto de una competencia propia.-

Si es de exclusivo resorte del PEN dictar este tipo de normas internalizantes, no es menos cierto que el PEN de así considerarlo podría de acuerdo a lo hasta lo aquí expresado, delegar la citada función en uno o varios ministerios de acuerdo a sus facultado para delegar.-

Viabilizada esta posibilidad cabe como colofón, concluir cual/cuales sería/n el/los ministerio/s nacional/es que podrían llevar a cabo el dictado de la normativa internalizante por delegación del PEN.-

Si tenemos en cuenta que conforme a la ley de ministerios (t.o. decreto 438/92) compete al Ministerio de Industria: Intervenir en la elaboración y ejecución de la política de reembolsos y reintegros y aranceles, en el ámbito de su competencia (art. 20 bis ap.

4) y al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas: Entender en la elaboración, aplicación y fiscalización del régimen impositivo y aduanero (art. 20 ap. 10), y que siendo las decisiones a incorporar obligatorias y que deben ser internalizadas a los fines de poder "aplicar" y "ejecutar" la política de aranceles y por ende el régimen aduanero al respecto, cabría concluir que resultarían ser tales reparticiones quienes se encontrarían facultadas para incorporar la normativa MERCOSUR en cuestión, por intermedio de una resolución conjunta o interministerial.-

Tal conclusión no obsta a que si el titular del PEN entendiese que existen diferencias entre "entender" e "intervenir", siendo de mayor preponderancia la primera, podría en la especie, asignar la delegación al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que resulta ser el órgano investido de dichas facultades (entender) en lo que hace a la elaboración, aplicación y fiscalización del régimen impositivo y aduanero.-

A todo evento, señalo que el criterio que sustento no se vería afectado por aquella prohibición de delegar o subdelegar contenida en la ley 26.519 -la cual ratificara la delegación legislativa preexistente en el Poder Ejecutivo Nacional por el plazo de un año, a contarse desde el 24 de

agosto de 2009 e impusiera el ejercicio exclusivo de las facultades delegadas en el titular del PEN y en la Jefatura de Gabinete de Ministros.-

Esto es así, dado que la citada ley tuvo un lapso de vigencia que corrió desde el 24.08.2009 al 24.08.2010, luego de lo cual la competencia para internalizar este tipo de normas, como antes se viera, no fue reasumida por el Congreso Nacional, ni se continuó con el procedimiento descrito en dicha normativa, sino que conforme el criterio expuesto por los Servicios Jurídicos Permanentes, quedó en cabeza del titular del PEN.-

Fue así como la internalización de normas mercosureñas nuevas, fue llevada a cabo por el titular del PEN, no interviniendo el Jefe de Gabinete de Ministros (Vg. Decisión CMC N° 20/09 internalizada por Decreto 1553/2012).-

Por tales motivos las previsiones de la ley 26.519 no resultan invalidantes para mi postura, la cual ahonda el criterio sostenido por los Servicios Jurídicos Permanentes antes referenciados, ampliándolo en cuanto a la factibilidad de delegar la competencia del PEN en sus ministros del ramo.-

Por otra parte, y como oportunamente se expusiera, también las Autoridades Nacionales en lo relativo a la incorporación de aquellas normas que son excepciones, como las acciones puntuales en el ámbito arancelario que por razones de abastecimiento, la Comisión de Comercio del MERCOSUR aprueba siguiendo el procedimiento instituido por la Res. GMC N° 08/08, a diferencia del resto de los Estados Parte, ha comenzado a internalizarlas por intermedio del procedimiento previsto en el decreto 415/91.-

Esta norma establece el procedimiento que observa nuestro país a los fines de poner en vigencia las normas que se acuerdan en ALADI.-

Cabe entender la premura en la incorporación de la norma al derecho interno, pero no cabe duda alguna que este tipo de procedimiento de internalización, que en los hechos no es seguido por el resto de los Estados Parte, importaría ser una violación a los claros y obligatorios términos que establece el Protocolo de Ouro Preto en cuanto a internalización normativa mercosureña se trata, no resultando aconsejable su adopción como política general.-

A modo de cierre de esta conclusión, me permito señalar que conforme lo expuesto, existen medidas que pueden ser utilizados por las Autoridades Nacionales para agilizar la incorporación normativa y que su utilización resultaría imprescindible para dar mayor certeza y previsibilidad al derecho regional, tratándose en definitiva de que los particulares puedan hacer uso de tales

legítimos derechos y que no se vean cercenados los mismos, lo cual en definitiva es el objetivo último que debe guiar el accionar de las Autoridades Nacionales que los representan a todos nosotros tanto a nivel nacional como regional y/o internacional.-

B. Acciones que pueden llevar a cabo los particulares de la República Argentina frente a la internalización tardía de las normas MERCOSUR que modifiquen la NCM y su correspondiente AEC por parte de las Autoridades Nacionales.-

Como se viera en capítulos anteriores, la normativa que contempla algunas precisiones en cuanto a la incorporación de normas relacionadas con la NCM y su correspondiente AEC, es la Decisión CMC N° 31/2004.-

Cabe recordar que la norma en cuestión resolvió que ... “Los proyectos de normas relativos a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común y de los Dictámenes de Clasificación Arancelaria elevados a los órganos decisorios del MERCOSUR, no estarán sujetos al procedimiento de consulta previsto en los artículos 1 a 3 de la Decisión CMC N° 20/02.(art. 1°)...”Al incorporar, conforme a los artículos 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto, las Resoluciones que modifican la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común, aprobadas a lo largo de un semestre, los Estados Partes establecerán las fechas de 1º de julio y 1º de enero de cada año, según corresponda, para su entrada en vigencia en sus respectivos territorios nacionales””Al aprobarse las referidas Resoluciones, los plazos previstos en ellas para su vigencia y previa incorporación deberán ajustarse a las fechas mencionadas (art. 3°).-

Como también hemos visto en capítulos pretéritos, nuestro país (Estado seleccionado para la investigación) ha sido moroso en incorporar a su derecho positivo la medida mercosureña que modifica la NCM y su correspondiente AEC, en la fecha indicada como límite, en la normativa.-

A modo de ejemplo cabe citar:

1.- Res. GMC N° 19/04 debía incorporarse a más tardar el 01.01.05 y se internalizó mediante la Res. MEyP N° 642 de fecha 18.11.2005 (B.O. 22.11.2005) entrando en vigor el 23.11.2005

2.- Res. GMC N° 7/07 debía incorporarse a más tardar el 01.07.07 y se internalizó mediante la Res. Conjunta MI N° 192 y MEyFP N° 304 de fecha 11.06.2009 (B.O. 18.06.2009) entrando en vigor el 19.06.2009

3.- Res. GMC N° 9/14, debía incorporarse a más tardar el 1/1/2015, a la fecha nuestro país no lo ha hecho.-

Para algunos autores, estos incumplimientos resultan irrelevantes (Vervaele, J, 2005, pág., 40) dado que entienden que no es necesaria que se haya incorporado la norma al derecho interno para que ésta sea obligatoria para los Estados parte del MERCOSUR, sosteniendo que “El MERCOSUR (...) resulta afectado (...) por el hecho de que los Estados Partes no incorporan un gran número de decisiones obligatorias, que como consecuencia no pueden crear derechos y obligaciones para los sujetos de derecho. En el caso de los conflictos comerciales (...) se alega que partes específicas del Derecho del MERCOSUR (...) no han sido todavía incorporadas al Derecho nacional y que por ello todavía no son obligatorias para los Estados Partes. Los tribunales arbitrales ad hoc han emitido ya varios interesantes laudos relativos a estos conflictos comerciales y al libre movimiento de mercancías. En el caso antidumping entre Brasil y Argentina sobre la importación de pollos (2001) el tribunal arbitral ad hoc rechazó expresamente este argumento de los Estados Partes. (...) Por lo tanto, aun cuando la norma no haya sido incorporada por todos los Estados Partes y por consiguiente no haya entrado en vigor, el instrumento jurídico es obligatorio y no se permite a las partes tomar medidas que sean contrarias al texto y filosofía que está detrás del mismo. Esto puede inferirse del deber de incorporar y del principio de lealtad al MERCOSUR. En pocas palabras, el carácter obligatorio es

absoluto entre los Estados Partes. En caso contrario cualquier Estado Parte podría minar la naturaleza obligatoria no incorporando”.-

Si bien esta postura aparece como razonable, tanto a nivel del MERCOSUR, como de la Justicia Argentina no ha tenido cabida.- A nivel del MERCOSUR y como seguidamente se expondrá, la obligación del Estado en incorporar la norma y la consecuente responsabilidad que se le puede imputar por la incorporación tardía, no implica que la vigencia de la norma se haya modificado.- Cabe aquí hacer un breve mención de lo resuelto al respecto por el Tribunal ad hoc, en el “LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL (PARTE RECLAMANTE) Y LA REPÚBLICA ARGENTINA (PARTE RECLAMADA) IDENTIFICADA COMO CONTROVERSIA SOBRE "APLICACIÓN DE MEDIDAS ANTIDUMPING CONTRA LA EXPORTACIÓN DE POLLOS ENTEROS, PROVENIENTES DE BRASIL, RESOLUCIÓN Nº 574/2000 DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA" de fecha 21 de mayo de 2001.-

En dicha oportunidad el Tribunal Ad hoc señaló que la no incorporación de una norma MERCOSUR obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el Protocolo de Brasilia por incumplimiento de la adopción de la normativa MERCOSUR, no debiendo tampoco los Estados -obligación de no hacer- realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.-

Lo cual sin embargo no significa que la norma está vigente y que sus disposiciones son ya aplicables.-

El mencionado tribunal ad-hoc ha dicho también que la obligatoriedad de las normas en el régimen del MERCOSUR no sufre los requisitos establecidos para su vigencia y para que ésta se produzca es indispensable que todos los EPM hayan transitado la vía del artículo 40 del POP.-

Estas conclusiones también son compartidas a nivel nacional por la justicia de nuestro país.-

En efecto, tanto para Tribunal Fiscal de la Nación, como para las distintas salas del fuero Contencioso Administrativo, de acuerdo a los precedentes arriba reseñados, toda norma emanada de un órgano mercosureño es programática y merece ser internalizada para que entre en vigencia, considerándola como “derecho derivado”, y por ende para su vigencia se debe observar el procedimiento previsto por los arts. 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto a los fines de la incorporación a nuestro derecho positivo.-

De esta manera en ambas instancias se cercenó el derecho del particular a obtener la repetición de lo abonado en más, por la falta de incorporación temporánea de la norma comunitaria que así lo estipulaba.-

Sentado ello cabe analizar cuáles serían las argumentaciones, fundamentaciones y/o acciones que el particular tiene a su alcance a los fines de no ver frustrados sus legítimos derechos cuando acontece que el Estado Argentino no incorpora la norma o lo hace en forma tardía.-

Cabe aquí indagar si existe la posibilidad de que, antes de su ingreso en vigencia entre los Estados, las normas MERCOSUR puedan ser demandables de cumplimiento por los particulares ante su propio estado.-

El interrogante precedentemente planteado debe ser resuelto en cada caso concreto sobre la base de la consideración del derecho particular de cada estado.-

Sin perjuicio de ello, intentaré brindar algunas sugerencias generales al respecto.-

Comenzaré indagando si la solución puede ser hallada en el sistema de solución de controversias aprobado por el Protocolo de Olivos.-

Del citado Protocolo se desprende que en el mismo, no se encuentra prevista la posibilidad de que los particulares puedan presentar sus reclamaciones en forma directa sino que se encuentra legitimados para hacerlo a través de formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte (conf. art. 40).-

El procedimiento establecido en el art. 39 y ss. del Protocolo de Olivos se aplica a los reclamos efectuados por los particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción, aplicación, por cualquier de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.-

Si bien es cierto que el particular podría formalizar su reclamación por el incumplimiento de cualquier estado parte, como reza la norma, no es menos cierto que resulta difícil imaginar que frente al incumplimiento del propio estado, sea éste quien recepte el reclamo de un particular, dando cuenta de su propio accionar violatorio de los acuerdos suscriptos.-

Por ende este camino no nos conduciría a buen puerto.-

Ahora bien, en el mismo Protocolo de Olivos se ha creado el instituto denominado "Opiniones Consultivas", mediante las cuales se pueden efectuar consultas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR).-

Este instituto fue aprobado por la Decisión CMC N° 37/03 , estableciéndose que las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión "no serán vinculantes ni obligatorias" (art. 11) y las que fueran solicitadas por los "Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional", habrán de referirse "exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR (...) siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante" (art. 4.1).-

En nuestro país, mediante la Acordada CSJN 13/2008, del 18 de junio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR".-

Este instituto poco conocido y por ende poco utilizado por los particulares sería a mi entender un herramienta muy útil a los fines de obtener un pronunciamiento del TPR, que se bien no es vinculante ni obligatorio permitiría contar con la interpretación que haría un órgano del MERCOSUR, acerca de si el actuar moroso u omisivo del Estado para incorporar una normativa mercosureña, importaría ser un violación a los compromisos asumidos por el mismo en el marco del Tratado de Asunción y demás normas comunitarias.-

No me cabe duda que frente a un reclamo que efectúe un particular por repetición de tributos abonados en exceso, por la no incorporación o por la incorporación más allá del límite establecido, se encontraría legitimado para plantearlo ante los tribunales para que sean estos los que formulen la opinión consultiva.-

Surge claramente que en los supuestos planteados emerge con nitidez la concurrencia de los recaudos establecidos en la normativa para ello, resultando útil y necesario, más allá de su no obligatoriedad, para que a los fines de la decisión de la causa, sea interpretado tanto el Tratado de Asunción, como las demás normas originarias y derivadas del citado acuerdo internacional.- Me permito señalar que la utilización de las opiniones consultivas ha tenido favorable acogida a nivel de nuestros tribunales (Vg. CSJN S. 346. XLIII. Sancor C.U.L. (TF 18476-A) c/ D.G.A), aunque lamentablemente las mismas no han llegado nunca al Tribunal de Revisión Permanente, dado que por razones que creemos imaginar la actora desistió del pedido antes de que la requisitoria llegara al TPR.-

Parece interesante señalar que más allá de la procedencia de este tipo de opiniones en la órbita del Poder Judicial de la Nación, en lo que respecta al Tribunal Fiscal de la Nación nos encontramos que el mismo también se ha declarado competente para formularlas.-

Así ha dicho que: "... este Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales y al igual que el fuero contencioso administrativo federal, las mismas resultan sustantiva o materialmente judiciales, en tanto es un órgano de justicia (en el caso aduanera) imparcial, independiente de la administración activa...." ... Este Tribunal Fiscal de la Nación goza de plenas facultades para solicitar Opiniones Consultivas...." (Exp. N° 33.632-A "Dow Agosciences Argentina S.A. c/ DGA s/ Recurso de Apelación", 29.09.2015).- En mérito a ello, a juicio del suscripto, en cualquier de esos ámbitos jurisdiccionales, la consulta podría formularse del siguiente modo:

"Se dispone solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión sobre los siguientes puntos:

- 1.- ¿El Tratado de Asunción, los Protocolos y demás normas derivadas emitidas por los órganos con capacidad decisoria, imponen a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de incorporar la normativa que emana de los mismos, en las fechas que se indican como límite para ello"
- 2.- ¿en caso afirmativo de lo anterior, su inobservancia importa ser una restricción en los términos del art. 1° del Tratado de Asunción, por parte del Estado moroso en la incorporación"
- 3.- ¿en caso afirmativo de la pregunta 1°, su inobservancia, configuraría un incumplimiento del Estado Moroso a su obligación de armonizar su legislación en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, en los términos del Artículo 1° del Tratado"
- 4.- ¿en caso afirmativa a la pregunta 1°, su inobservancia resultaría ser para el Estado moroso un impedimento o dificultad, adoptada por el mismo en forma unilateral, para el comercio recíproco en los términos del art. 2° del Anexo II del Tratado de Asunción"

Con el resultado de tales opiniones entiendo que quedaría a la vista los incumplimientos del Estado Argentino para con las obligaciones asumidas en el marco del MERCOSUR.-

Ahora bien, sin perjuicio de ello, no puedo dejar de recordar que en fallo actual nuestra CSJN (CSJ 61/2008 (44-W)Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) e/ Dirección General de Aduanas. 11/12/2014), - <http://www.cij.gov.ar/nota-14579-La-Corte-resolvi--una-causa-por-derechos-de-exportaci-n-entre-pa-ses-del-Mercosur.html>- en un fallo cuestionable, ha concluido que los derechos de exportación aplicados por nuestro país no importan ser una restricción prohibida de acuerdo al Tratado de Asunción.-

Tal fallo, hace que no abrigue muchas esperanzas aún cuando las respuestas del TPR fueran ampliamente satisfactorias, dado que las mismas como antes se expusiera no son obligatorias ni vinculantes para los Tribunales.-

Más allá de lo desacertado de la conclusión a mi juicio, entiendo que cabe insistir en efectuar presentaciones ante los tribunales de nuestro país para que el derecho comunitario que emerge del MERCOSUR, no se quede solamente plasmado en el papel como un rosario de buenas intenciones.-

Ahora bien, teniendo en cuenta que nuestros Tribunales (Tribunal Fiscal y Tribunales Contenciosos Administrativo Federal) han sido terminantes respecto a que la no internalización obsta a la vigencia, cabría analizar qué tipo de acción podría llevarse a cabo para que dentro de ese proceso se pudieran plantear las opiniones consultivas y obtener un pronunciamiento que obligue

al Estado a incorporar la norma o que resuelva que la no incorporación resulta ser una conducta omisiva que causa perjuicio al peticionante y hasta tanto eso suceda, se adopte alguna medida y/o acción que impida que los derechos del particular se vean afectados o permanezcan en tal estado de vulnerabilidad.-

Nuestra Constitución Nacional luego de la reforma llevada a cabo en el 1994, ha previsto en el Art. 43 lo siguiente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.-

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.-

“Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.-

“Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”

El instituto del “amparo” hoy con rango constitucional, ya se encontraba previsto a través de la ley 16.986.-

Del texto transcrito surge con claridad meridiana que dicha acción resulta procedente entre otros supuestos "...contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley..." (el subrayado me pertenece).-

Este recurso de amparo habilita de modo explícito la omisión lesiva de la actividad de los órganos del estado.-

Si el Estado Argentino por desinterés, desidia o por las circunstancias que fueran, lleva a cabo una conducta omisiva que no le está autorizada observar (allí radicaría la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta) y que lesiona, restringe, altera o amenaza, los derechos de los particulares consagrados en un "Tratado" (entendido en sentido amplio), la misma podría ser cuestionada mediante la acción de amparo en sede judicial.-

Va de suyo que si un acuerdo internacional (Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto) ordena al estado armonizar su legislación para fortalecer el proceso de integración y así también se dispone que las normas de sus órganos con capacidad decisoria son obligatorias y que deben ser internalizadas, su flagrante omisión o incorporación tardía, obliga al Poder Judicial por conducto de los magistrados que lo conforman, a hacer prevalecer el tratado y otorgarle operatividad.-

Lo contrario implicaría premiar la omisión del Estado en cumplir su obligación en perjuicio del administrado, práctica que el mismo régimen del MERCOSUR pretende impedir.-

Sentado que bajo el paraguas del "amparo", podríamos accionar para obtener un pronunciamiento favorable, resulta apropiado destacar que a criterio del suscripto resultaría primordial petitionar "una medida cautelar" que tenga vigencia durante el proceso.-

Este tipo de remedio judicial previsto en los arts. 195 y ss. de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, nos permitiría que el Juez obligue al Estado Argentino a percibir el AEC acordado a nivel regional a partir de la fecha marcada como límite para incorporar o poner en vigencia la medida comunitaria. Entiendo que esta sería una acción cuya procedencia no le cabrían objeciones, y aparecería como una acción adecuada frente al incumplimiento del Estado.-

El juez a través de esta acción, vendría a brindar una protección al principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*).- Téngase en cuenta que la reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (Voto Dra. Argibay, en "Díaz, Timoteo" Fallos 329:473).-

Más allá de todo lo expuesto, y señalando que las propuestas de acciones se fundan en el derecho vigente tanto a nivel nacional como comunitario del MERCOSUR, considero oportuno reseñar tres proyectos que de ver la luz, cambiarían en mucho el panorama actual.-

En efecto, oportunamente bajo el N° 15/2009/9N/50 XVII- MEP/75/2009, los parlamentarios del MERCOSUR Eric María Salum Pires y Adolfo Rodríguez Saá presentaron ante el Parlamento del MERCOSUR, un proyecto en virtud del cual se modificaría el art. 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos, aprobado por la Decisión CMC N° 37/03 el cual de ser aprobado quedaría

redactado así: “Artículo 11. Efecto de las Opiniones Consultivas. Las opiniones consultivas emitidas por el TPR será obligatorias”.-

Asimismo bajo el N°35/2015/PN/XXXIV S0-MEP/108/2015 los parlamentarios del MERCOSUR González Nuñez y Adolfo Rodríguez Saá presentaron ante el Parlamento del MERCOSUR, un proyecto en virtud del cual se reglamenta el procedimiento de solicitudes de opiniones consultivas al TPR y otras modificaciones, disponible en <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/10180/>

1parlasur/xxxiv-sesion-ordinaria-del-parlamento-del-mercosur.html

Si bien el segundo de los proyectos resulta ser más abarcativo, entiendo fundamental la modificación del art. 11, que en esta oportunidad además de la obligatoriedad se le adiciona que las mismas son “vinculantes”

De aprobarse, sería éste un paso gigante en el proceso de consolidación de la integración, al permitir que estas opiniones tengan obligatoriedad y resulten vinculantes para los magistrados nacionales.-

Tal circunstancia importaría ser un giro hacia la supranacionalidad del Tribunal, donde sus interpretaciones tendrían la fuerza de una sentencia respecto al tema consultado, no pudiendo los jueces nacionales apartarse de ellas.-

El tercero de los proyectos está relacionado con aquel que fuera aprobado por el Parlasur el 13 de diciembre de 2010 y girado al Consejo del Mercado Común, en el cual se dispone la creación de la Corte de Justicia Mercosureña (CJM).-

Este Tribunal reemplazaría al Tribunal Permanente de Revisión, los jueces tienen absoluta independencia; legitima a las personas físicas y a las empresas para que puedan accionar directamente ante la CJM, con lo cual cuando se verificaran situaciones como las aquí analizadas, el propio afectado podría demandar ante el tribunal.-

Esta acción se denomina en el proyecto “acción de incumplimiento”, estando prevista en el art. 24 del mismo y dice: 1.- “La acción de incumplimiento podrá ser incoada ante la Corte de Justicia en el caso en el que un Estado Parte haya incurrido en la violación de las obligaciones emanadas del derecho del MERCOSUR. 2. La acción de incumplimiento podrá ser iniciada por los Estados Partes, el Parlamento del MERCOSUR, la Secretaría del MERCOSUR y las personas físicas o jurídicas, en los términos previstos en la presente sección”.-

Asimismo la CJM está investida de facultades para controlar la legalidad de las normas del MERCOSUR y sus fallos son obligatorios, permitiendo a cualquier juez consultar directamente a la CJM sobre la interpretación de las normas regionales.-

Es el propio proyecto de la CJM dice en su exposición de motivos: “...”la existencia de una Corte de Justicia resulta imprescindible a los fines de consolidar el mecanismo jurídico interno del bloque, lo cual resulta necesario para dotar de seguridad y certeza jurídicas al proceso de integración, y con ello garantizar la aplicación de los derechos que se atribuyen a los Estados parte, a los órganos regionales y a las personas físicas y jurídicas. Esta conclusión no es ajena al MERCOSUR, sino más bien resume su esencia”. “En definitiva, la creación de la Corte de Justicia salvaguardará el Estado de Derecho en el MERCOSUR, elevando su nivel de desarrollo

institucional y jurídico, y colmando con ello la ausencia de una instancia jurisdiccional comunitaria”.-

Cabe recordar aquí las palabras de Lavandera Ipata, (1998, pág. 76), el cual al referirse a las falencias del MERCOSUR, señaló: “El objetivo es más amplio que un simple marco de cooperación económica, ya que “el objetivo esencial del Tratado se orienta a la más amplia integración económico-regional, en múltiples materias: comercial, aduanero, fiscal, transporte, energía, etc.; pero no se ha previsto la existencia de una justicia comunitaria especialmente consagrada a juzgar las contiendas que surgirán inevitablemente cuando el Mercosur continúe avanzando en el sentido trazado. Ni se ha estructurado tampoco, participación alguna de los Poderes Judiciales de los Estados Miembros del Tratado. Menos aún, una auténtica jurisdicción comunitaria.”.- Como corolario de ello, es dable no perder de vista que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ya sostuvo públicamente que una Corte como la que se propicia aprobar, es compatible con su Constitución nacional, en tanto que el resto de las cortes supremas de los demás estados parte han apoyado la iniciativa.-

Con todo lo hasta aquí expuesto, considero haber llevado a cabo una investigación concienzuda acerca de la temática involucrada, siendo mi deseo que la misma sirva para que otros con similar interés, puedan retomar la cuestión brindando nuevas alternativas para un mejor y pleno desarrollo del derecho regional emanado del MERCOSUR

6. Bibliografía

Alterini, Atilio A. “El Sistema Jurídico en el Mercosur”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994
Basaldúa, Ricardo Xavier “Mercosur y Derecho de la Integración”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.-

Calceglia, Inés M. “La Resolución de Controversias en Esquemas de Integración: El caso Mercosur”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1995.-

Calceglia, Inés M. “Integración: El Desafío de las Instituciones”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998

Ekmekdjian, Miguel Ángel “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1994.- Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.-

Freeland López Lecube, Alejandro “Manual de Derecho Comunitario” Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur”, Universidad Austral, , Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996.-

González Cano, Hugo, “Armonización tributaria—B) Tributos e institutos que alcanza”, en Díaz, Vicente O. y otros, Tratado de Tributación, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. II , vol. 2, p. 278.-

Natale, Alberto. “Comentarios sobre la Constitución; la reforma de 1994”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995 Negro, Sandra, “Derecho de la Integración” Ed. Buenos Aires: B de F, Buenos Aires, 2012

Vanosi, Jorge R y Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Régimen Constitucional de los Tratados”, Abeledo Perroti Segunda Edición, Buenos Aires, 2000

Vasalichis de Gialdino, Irene (Coordinadora). Neiman, Guillermo y Quaranta, Germán
"Estrategias de Investigación Cualitativa", Editorial Gedisa, S.A., Buenos Aires, Barcelona, 2006

Artículos y Trabajos de Investigación:

Arredondo, Ricardo, Algunas precisiones sobre los "acuerdos de alcance parcial" vis-a-vis la incorporación de normativa Mercosur y los efectos de la protocolización en ALADI, RDIM [Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, Ed. La Ley, Buenos Aires] Nº 2, abril 2003, Pág. 77 a 90

Barreira, Enrique C. "Incorporación de las normas dictadas por los órganos del Mercosur que tienen por efecto modificar el ordenamiento jurídico aduanero de base aprobado por el Congreso. Necesidad de que su incorporación se realice por vía legislativa", Ponencia presentada y aprobada en el Tercer Congreso de Derecho Aduanero, Buenos Aires, 9 al 11 de mayo de 2007, publicada en Revista de Estudios Aduaneros Nº 18, año 2007, pág. 99

Bergamaschine Mata Diz, Jamile "El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea"., *Ius et Praxis* v.11 n.2 Talca 2005

file:///E:/TESIS/scielo1.php.htm

Cassagne, Juan C. (dir), (homenaje a Miguel S. Marienhoff), *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis nro. 1701/1026. Buenos Aires, 1998.-

Estoup, Luis A. "El Derecho del Mercosur en la última Cumbre", , extraído del servicio electrónico diario "Resumen CENRA XXI", Nº 741, año 7, viernes 4 de julio de 2003, eds. Carlos A. Canta Yoy - Andrés Canta Izaguirre.-

Feder, Bera, "Régimen de Vigencia de las Normas del Mercosur en sus Estados Partes", Publicado en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Octubre 2005, AÑO VI, NUMERO 6, pág 73 y sgs.-

Feder, Berta; "La cuestión de la vigencia de las normas del MERCOSUR en sus Estados Partes (incorporación) "Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Año XII- Número XXVI – Diciembre 2007-, pág. 52/63"

Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B. "Armonización Legislativa en el Mercosur" "La Interacción entre el Derecho Internacional Privado y El Derecho Comparado". Ponencia presentada y defendida antela Comisión 10 (Derecho Privado Comparado; Armonización Legislativa Mercosur) de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Septiembre de 2005.-

Fernández Reyes, Jorge E. "El Orden Jurídico del Mercosur".. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2012, pags. 27-51

Fuente, Verónica Claudia "Naturaleza Jurídica de la Normativa Derivada Emanada de los Órganos del Mercosur, su incorporación al Ordenamiento Jurídico Argentino y Jerarquía normativa en materia aduanera respecto de las leyes emanadas del Congreso de la Nación de acuerdo al art. 75 inc. 1". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Año V, Número Especial, 2011,

González, Gustavo Jorge, "La institucionalidad en el MERCOSUR. Intergubernamentalismo versus Supranacionalismo", Informe Integrar N° 46. Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Diciembre 2007.-

Gros Espiell, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", (ED 144-915)

Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre el tema "elaboración de un cuadro comparativo de los textos constitucionales y la consecuencia jurídica que trae consigo el desarrollo de los procesos de integración.", OEA/Ser. Q.CJI/RES. I-3/92.- Labandera Ipata, Pablo, "Aspectos Jurídicos Institucionales que operan como freno para la integración", Revista de Derecho del MERCOSUR. Año 2 N° 4, Ediciones La Ley, 1998, Buenos Aires, Agosto de 1998. Pág. 76.-

Lavopa, Jorge Horacio "La Endebles de la Estructura Jurídica del Mercosur", LL 1998 -D-, pág. 611/616.-

Pallares, Beatriz "La regulación internacional del Transporte carretero en el Mercosur. La seguridad jurídica de prestadores y usuarios", Revista Derecho de Daños (Daños en el transporte), N° 7, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pags. 259-294

Pena, Celina y Rozemberg, Ricardo. "Una Aproximación al desarrollo institucional del Mercosur: Sus debilidades y fortalezas".

.INTAL. Documento de Divulgación N° 31, Octubre 2005

Peña, Félix, "Mercosur y algunas cuestiones jurídicas relevantes para la Argentina", diciembre 2001, documento presentado a la Reunión de Trabajo sobre "Incorporación al ordenamiento jurídico argentino, de las Decisiones CMC 64/00, 13/02 y 14/02, y del "Acuerdo Automotriz Bilateral entre la Argentina y el Brasil", martes 6 de agosto de 2002, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales -CARI-, Buenos Aires

Peña, Félix, "Los resultados de la Cumbre del Mercosur. Lo importante ahora es la calidad de la instrumentación", diario La Nación, sección 5ª Comercio Exterior, 16 de julio de 2002, pag. 9.-

Perotti, Alejandro; "El Mercosur y el Derecho Constitucional de los Estados Partes". Revista Jurídica El Derecho. Suplemento de Derecho Constitucional. Periódico del 13.12.2007, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina, págs 2-12 - EDCO 2007, 559-588

Perotti, Alejandro, Diario La Nación. Suplemento Comercio Exterior. "Propuesta para el Mercosur: eliminación de restricciones", del 27.10.2015.-

Perrino, María Virginia; "Informe Integrar". Universidad Nacional de La Plata. 2013, N°77, Febrero de 2013, pags 1-24.-

Ponce de León Armenta, Luis, "La metodología de la investigación científica del derecho", (Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 205-206 Sección de Doctrina, 1996)

Rodríguez Saa, Adolfo, "Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del Mercosur: Informe para su aprobación en el Parlamento del Mercosur (expediente MEP 134/09); Revista "El Derecho", del 14.03.2011, pág 1/16.-

Ventura, Deisy, "Asimetrías Cruzadas o Cubismo normativo, La incorporación de normas en el Mercosur" INTER – AMERICAN DEVELOPMENT BANK., 2012.
<http://EconPapers.repec.org/RePEc:idb:brikps:45118>

VERVAELE, J. "El MERCOSUR y la integración en Sudamericana". 2005, Publicado en:
RDM2005-4, pág.40

Zelada Castedo, Alberto "Derecho de la Integración Económica Regional", Ed. Depalma,
Buenos Aires, 1989, BID. INTAL/DP 304/85. Publ. N° 315,

* Tesis presentada y aprobada en la Universidad Nacional de Tres de Febrero, con motivo de la culminación de la Maestría en la cual obtuviera la graduación.

** Abogado, UBA, Magister en Relaciones Comerciales Internacionales.

Citar: elDial.com - DC2182 Publicado el 17/08/2016

Copyright 2016 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires ? Argentina

El contenido fue gentilmente cedido por el autor para publicación en el Forum Virtual de Relaciones Comerciales Internacionales