

Libre circulación de energía eléctrica en el Mercosur y los derechos de exportación

León Luis*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente tiene por objeto analizar la aplicabilidad del régimen de libre circulación de mercaderías contemplado en el Tratado de Asunción (TA) y otras normas regionales, a los intercambios de energía eléctrica que se desarrollan entre los Estados Partes del MERCOSUR¹ (en adelante “Estados Partes”).

A tales efectos, en primer lugar, se determinará si la energía eléctrica puede ser considerada como una mercadería y por tanto serle aplicable el régimen de libre circulación citado, así como las obligaciones específicas en cabeza de los Estados Partes del MERCOSUR con relación a la integración energética regional derivados del TA y demás normativa mercosureña, y otros acuerdos internacionales.

Finalmente se analizará la compatibilidad entre una de las medidas adoptadas por el gobierno argentino en los últimos años que más controversias ha suscitado, la aplicación de derechos de exportación, y el régimen de libre circulación citado y los compromisos asumidos internacionalmente por Argentina.

II. Antecedentes y contexto regional actual [\[arriba\]](#)

Los intercambios de energía eléctrica entre los Estados Partes, suponen, necesariamente, la interconexión eléctrica entre dichos países. El proceso de integración regional iniciado en 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay a través de la celebración del TA, comprende, entre otros aspectos, el desarrollo de la interconexión físicas entre dichos Estados. Así, en los considerandos del TA se lee que “... ese objetivo [el de la integración] debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas y la complementación de los diversos sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”. El desarrollo de la interconexión eléctrica entre los Estados Partes y, la eventual configuración de un mercado eléctrico regional, propenderá justamente a cumplir los objetivos antes señalados. Es decir, el mejoramiento de la interconexión física entre los Estados Partes y, sobre todo, un uso eficiente de los recursos energéticos regionales.

Cabe destacar que la interconexión energética regional no comenzó con la celebración del TA. Al contrario, dista de ser un tema novedoso en la región². La mayoría de las interconexiones existentes fueron construidas como resultado del aprovechamiento de recursos hídricos compartidos, en particular de los ríos Uruguay y Paraná, a través de la construcción de las centrales hidroeléctricas de Salto Grande (1890MW), Itaipú (14000MW) y Yacyretá (3200MW)³.

A continuación se detallan las interconexiones existentes entre los Estados Partes del MERCOSUR:

Países	Interconexión	Tensiones (kV)	Potencia (MW)
Br. - Py.	Salidas Central Itaipú	220/750	6300
Br. - Py.	Foz de Iguazú - Acaray	132	70
Ar. - Py.	Clorinda - Guarambaré	132/220	80
Ar. - Br.	Rincón - Garabí I	500	1000
Ar. - Br.	Rincón - Garabí II	500	1000
Ar. - Br.	Paso de los Libres - Uruguaiana	132/230	50
Ar. - Ur.	Salto Grande Ar. - Salto Grande Ur.	500	1000
Ar. - Ur.	Colonia Elía - San Javier	500	1000
Ar. - Ur.	Concepción del Uruguay - Paysandú	132/150	50
Br. - Ur.	Livramento - Rivera	230/150	50

Fuente: Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear⁴

A pesar de los innumerables estudios realizados a través de los años⁵ y más allá de las obras detalladas, la interconexión eléctrica en el cono sur no parece haber sido suficientemente desarrollada en comparación con las potencialidades de los recursos existentes en la región y menos aún con relación al objetivo último de conformar un mercado regional. Las razones para ello son muchas y exceden el objeto del presente trabajo. Sin embargo la situación parece estar cambiando.

Sin perjuicio de que los mercados eléctricos nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y sus respectivas matrices energéticas difieren, las crisis energéticas sufridas por Brasil, Uruguay y Argentina en los últimos 15 años, evidenciaron la utilidad de contar con dichas interconexiones a fin de poder respaldar la generación local con la importación de energía eléctrica de los países vecinos⁶.

En la actualidad el mayor impulso a la interconexión regional está dado por la inclusión de dichos proyectos en el marco del “Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR” (FOCEM)⁷. En este sentido se destacan los siguientes proyectos: i) la Interconexión en 500 kV entre Uruguay y Brasil⁸; ii) la construcción de una línea en 132 kV entre la ET Iberá y la ET Paso de los Libres Sur (a construir) en la provincia de Corrientes⁹ (Argentina) y iii) la construcción de una línea en 500 kV que vinculará la central hidroeléctrica Itaipú con Villa Hayes (Paraguay), la subestación Villa Hayes y la ampliación de la Subestación Margen Derecha de Itaipú¹⁰.

El desarrollo de otros proyectos como los citados en el párrafo anterior es condición necesaria para conformar una serie de interconexiones que permita, a futuro, constituir un mercado eléctrico común. Las características propias de la energía eléctrica requieren un adecuado sistema de transporte que permita

vincular los nodos con generación excedente con los nodos en los que se ubican las mayores demandas.

Además, la necesidad de incrementar la interconexión eléctrica en la región está actualmente contemplada en las políticas energéticas de los propios Estados Parte. Así, la política energética desarrollada por Uruguay para su implementación en el período 2005-2030¹¹ prevé, la promoción del intercambio regional de energía a través de mejoras en la interconexión con Brasil, dinamizar los intercambios con Argentina y Brasil y estudiar nuevas opciones a fin de permitir el intercambio con Paraguay¹² y Bolivia.

La interconexión eléctrica regional y la mejora en la infraestructura de transmisión eléctrica interna también forma parte de los planes de desarrollo elaborados por el gobierno paraguayo. Así, en el “Plan Estratégico Económico y Social” se destaca la abundante capacidad de generación hidroeléctrica y el déficit en materia de infraestructura de transporte y distribución eléctrica¹³. En consecuencia entre los objetivos fijados para el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones se incluye la optimización y ampliación de dicha infraestructura¹⁴.

A los efectos antes indicados, el citado ministerio desarrolló el “Plan Estratégico 2008-2013” en el que se prevé la inversión de mil millones de dólares estadounidenses (U\$S 1.000.000.000) en infraestructura energética (contemplando los sectores de generación, transporte y distribución)¹⁵.

Por su parte, la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), elaboró el “Plan Maestro de Generación, Transmisión y Distribución - Período 2009-2018” en el que se incluye la ejecución de diversas obras en materia de transporte en extra alta tensión por un monto de ochocientos sesenta millones seiscientos cincuenta mil dólares estadounidenses (U\$S 860.650.000)¹⁶.

El Plan Decenal de Expansión de Energía 2008-2017, elaborado por el Ministerio de Minas y Energía brasileño y la Empresa de Pesquisa Energética, también analiza la interconexión energética regional, destacando la ejecución de la interconexión con Uruguay a través de la línea que unirá San Carlos con Candiota¹⁷.

La concreción de los proyectos citados y mejoras en las actuales interconexiones y redes nacionales, acompañado de la libre circulación de energía eléctrica entre los Estados Partes del MERCOSUR, permitirá asegurar el abastecimiento eléctrico en la región.

En tal sentido cabe señalar dos experiencias que ponen en resalto la importancia de contar con una adecuada interconexión eléctrica. La primera fue la importación de energía eléctrica a Uruguay desde Brasil a través de la interconexión y el sistema de transporte argentino y la segunda los intercambios eléctricos entre Argentina y Brasil que permitieron abastecer la demanda argentina ante el déficit del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)¹⁸.

A dichas experiencias se sumaría la exportación de energía eléctrica desde Paraguay al Uruguay a través de las redes argentinas.

Los intercambios eléctricos regionales, en particular aquellos correspondientes a la generación hidráulica, permitieron y permitirán reducir el consumo de combustibles (líquidos y gaseosos) utilizados para la generación térmica (fuel oil, gas oil, gas natural y GNL). Dicho consumo dista de ser una cuestión menor en el supuesto de no contar con excedentes en la producción local. La generación de energía eléctrica requiere la importación -a precios internacionales- de grandes volúmenes de combustibles¹⁹, lo cual adquiere gran relevancia en un contexto mundial en el que el mercado de hidrocarburos presenta gran volatilidad. La suba

de los precios internacionales de hidrocarburos genera, además, presión sobre las balanzas de pago de los Estados que se ven forzados a importar dichos combustibles.

Es en este contexto, la libre circulación de la energía eléctrica, dista de ser una cuestión menor. Tal como se ha detallado, la interconexión eléctrica forma parte de las políticas de estado de los Estados Partes del MERCOSUR en lo que hace al desarrollo de infraestructura e inclusión social. La implementación de tales políticas requiere necesariamente que se garantice la libre circulación de la energía generada y se adopten las medidas necesarias para que, siguiendo con los lineamientos del TA, en especial, la gradualidad, los Estados Partes, avancen en la conformación de un mercado eléctrico común que permita la utilización eficiente y sustentable de los recursos naturales en beneficio de los habitantes de los Estados Partes. No debe perderse de vista que el fin último del MERCOSUR es el desarrollo de sus pueblos.

III. La libre circulación de energía eléctrica en el Mercosur [\[arriba\]](#)

Tal como se desarrollará en el presente capítulo, el régimen de libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR no está pre- vista solamente en el TA, sino también en diversas Decisiones y Resoluciones dictadas desde el origen del proceso de integración. Por ello, antes de pasar al análisis del mentado régimen resulta necesario hacer algunas aclaraciones respecto a la obligatoriedad y aplicación de la normativa mercosureña derivada.

III. A. La obligatoriedad de la normas mercosureñas derivadas²⁰

La aplicación de la normativa mercosureña derivada no es una cuestión menor en virtud de la obligatoriedad de dichas normas conforme a lo dispuesto en los arts. 9 y 42 POP -21.

Adicionalmente el artículo 38 del citado protocolo establece que 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” [énfasis agregado]. Repárese que el artículo citado no se refiere a la obligación de internalizar la norma al ordenamiento jurídico nacional - aspecto regulado en el art. 42 POP - sino a la de dar efectivo cumplimiento de dichas normas. La diferencia entre ambos conceptos - internalización y cumplimiento - deriva, entre otras razones, del hecho de que la internalización debe realizarse “cuando sea necesario” y no en todos los casos.

En este sentido sobresale lo expuesto en el primer laudo arbitral referente a la controversia sobre “Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”. El tribunal sostuvo que “[l]a arquitectura del TA y de sus Anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo. Como señala Sergio Abreu (El Mercosur y la integración, fcu, Montevideo, 1991 p. 47) el TA va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y “un derecho operativo” constituido por compromisos concretos. Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones

concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran salto adelante” [énfasis agregado]. De lo expuesto se deriva la aplicación inmediata de determinadas normas del MERCOSUR, generadoras de derechos para los particulares alcanzados quienes se encontrarían facultados para reclamar su resguardo ante los jueces nacionales y, eventualmente, también recurrir al sistema de solución de controversias previsto en el PB y el PO.

En forma complementaria, el TAHM constituido para resolver la controversia sobre “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”, planteada por la Argentina contra Brasil, entendió que “...la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que ellas sean ineficaces, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios” (consid. 55). Del mismo modo se expidió el TAHM que entendió en la controversia presentada por Uruguay a la Argentina sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo” (consid. 3.1).

Por su parte, el laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia planteada por Brasil contra Argentina sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”. El TAHM sostuvo que “... la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de la vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer [cuyo] incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. [...] En esta línea, de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán 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” (consid. 117).

En similar sentido se expidió el TAHM constituido para analizar la controversia relativa a los “Obstáculos al ingreso de producto fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”. En dicha oportunidad, si bien se distinguió entre la obligatoriedad de las normas y su entrada en vigencia, se recalcó que “...la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa; y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por su “naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada” (consid. 7.7).

En suma, la existencia de normas inmediatamente aplicables y autoejecutables que no requieren la adopción de nuevas medidas por parte de los Estados Partes, torna a la internalización de las normas derivadas del MERCOSUR en excepcional. Recuérdese que el art. 42 POP sólo se refiere a la aquellos casos en los que la internalización resulte necesaria. Sin perjuicio de lo expuesto, aún cuando la norma requiera su internalización, ello en modo alguno afecta su eficacia. Al contrario, los Estados Partes se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias que garanticen su “cumplimiento” (art. 38 POP). Aún aceptando la diferencia entre obligatoriedad y vigencia de la norma, ello no exime a los Estados Partes de sus obligaciones conforme al art. 38 POP, derivándose en cabeza del Estado una obligación de hacer consistente en la adopción de las medidas necesarias a tal efecto, por un lado, y una obligación de no hacer, consistente en

abstenerse de adoptar medidas que frustren el objetivo o fin de la norma, por el otro.

III.b. La libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR

El artículo 1° del TA es claro en cuanto a su objeto y alcance. Allí se dispone que “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común...” el cual implica “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente [...] El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales regionales e internacionales [...] La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes [y] El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” [énfasis agregado].

El objetivo de constituir un mercado común previsto en el citado artículo en lo que respecta a la libre circulación de mercaderías y la eliminación de los derechos aduaneros y cualquier otra medida de efecto equivalente se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 5. Allí se describen los instrumentos para la constitución del mercado común, entre los que se encuentra, la aplicación de un Programa de Liberación Comercial (PLC) que comprende “... rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario” (inc. a). Es de destacar la profundidad del compromiso asumido que incluye no solo las restricciones arancelarias o medidas de efecto equivalente, sino también “otras restricciones al comercio entre los Estados Partes”, comprendiendo en este sentido a cualquier medida de cualquier tipo que restrinja el comercio regional.

El PLC se desarrolla en el Anexo I del TA. En su artículo primero los Estados Partes se comprometieron a eliminar los gravámenes y demás restricciones aplicadas al comercio regional²². El artículo siguiente define “gravámenes” como “los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior. No quedan comprendido en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados” [énfasis agregado]. De la definición transcrita se concluye que la mención a los “derechos aduaneros” incluye tanto los correspondientes a la importación como a la exportación²³. Dicha conclusión parte de una interpretación teleológica del TA, aspecto sobre el cual se volverá más adelante, y la omisión de diferenciar entre unos y otros, refiriéndose a ellos en plural.

El artículo segundo define a las “restricciones” como “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50²⁴ del Tratado de Montevideo 1980”²⁵.

El PLC estableció los porcentajes de desgravación automáticos que se aplicarían al universo arancelario de los Estados Partes con excepción de aquellos productos comprendidos en las listas previstas en su artículo 6, las que, asimismo, se encontraban sujetas a reducciones anuales (art. 7 PLC). Conforme al artículo 9, los ítems arancelarios que se retiraran de las listas de excepciones gozarían automáticamente de las preferencias que resultaren del programa de desgravación previsto en el artículo 3.

En cuanto a las restricciones no arancelarias, el artículo 10 PLC establecía que sólo podrían ser aplicadas aquellas que hubieran sido expresamente declaradas en las Notas Complementarias al ACE 18.

Quedaban excluidas de las disposiciones previstas en el PLC, los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 1, 2, 13, y 14, y los comerciales y agropecuarios, celebrados en el marco del TM80.

Por otra parte y, de forma complementaria al PLC, el TA estableció un Régimen General de Origen (el cual ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de la vida del MERCOSUR) cuyas disposiciones establecen las condiciones para que una mercadería pueda ser catalogada como originaria de los Estados Partes y por tanto excluido de la aplicación del Arancel Externo Común y sujetas al régimen de libre circulación en análisis.

Por su parte, el Anexo IV del TA reguló las condiciones en las que los Estados Partes podían aplicar cláusulas de salvaguardia a la importación de productos comprendidos en el PLC. La aplicación de éstas medidas debía ser excepcional. Las medidas de salvaguardia sólo eran procedentes en aquellos casos en los que las importaciones causaran daño o amenaza de daño grave al mercado nacional como consecuencia de su sensible aumento, en un corto período de tiempo.

Conforme al artículo 5, segundo párrafo, del Anexo IV, las medidas de salvaguardia no podían ser aplicadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1994. Al respecto, cabe recordar lo resuelto por el TAHM constituido para entender en la controversia entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina identificada como “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.

En dicha controversia se discutió la validez de la resolución ME y OSP 861/99 por la cual la Argentina impuso una medida de salvaguardia de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los Textiles y Vestido – celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) – consistente en la fijación de cupos anuales a las importaciones de tejidos de algodón y sus mezclas procedentes del Brasil.

En su laudo, luego de analizar la existencia y vigencia de normas sobre salvaguardias en el MERCOSUR, el TAHM concluyó que “Los Artículo 1 y 5 del Anexo IV del Tratado de Asunción formulan una prohibición general sobre la aplicación de salvaguardias al comercio intrazona que solamente podrá ser exceptuado por medio de una norma específica dentro del sistema MERCOSUR que legitime la imposición de salvaguardias a los productos textiles. En consecuencia no existe ‘vacío legal’ sobre esta materia [...] Como regla general, sí es posible la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intrazona en MERCOSUR en tanto haya una norma explícita que así lo autorice. El Tribunal no encuentra normas del MERCOSUR que explícitamente permitan la aplicación de salvaguardias a la importación intrazona de productos textiles”. En consecuencia resolvió por unanimidad que la resolución atacada y los actos administrativos dictados a fin de

su implementación, no eran compatibles con el Anexo IV del TA, ni con la normativa regional entonces en vigor, por lo que debían ser revocados²⁶.

Los hechos posteriores a la celebración del TA impidieron que los objetivos señalados se cumplieran al 31 de diciembre de 1994. Ello motivo el establecimiento de un “Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera” (en adelante “Régimen de Adecuación Final”) a través de las Decisiones CMC N° 5/94 y 24/94 y de la Resolución GMC N° 48/94.

Conforme a dicho régimen, los Estados Partes estaban facultados para conformar una lista reducida de productos que requerían un mecanismo de tratamiento arancelario diferenciado en el comercio intrazona. Sólo podían ser incluidos aquellos productos que se encontraban en las listas de excepciones nacionales al ACE 18 o que hubieran sido objeto de una medida de salvaguardia conforme al régimen del Anexo IV TA analizado.

Los productos comprendidos en el Régimen de Adecuación Final quedaban sometidos a un proceso de desgravación lineal y automático con un plazo de duración de 4 años para Argentina y Brasil y de 5 años para Paraguay y Uruguay, contados a partir del 1 de enero de 1995²⁷.

La Decisión CMC N° 24/94 flexibilizó la aplicación de las medidas contempladas en la Decisión CMC N° 5/94 y la Resolución GMC N° 48/94, facultó a los Estados Partes a realizar modificaciones sobre las listas de productos consignadas en el marco del Régimen de Adecuación Final, de forma tal que, éstos, podían retirar productos y luego reintroducirlos a dichas listas.

Más allá de la flexibilización prevista en la Decisión CMC N° 24/94, ésta en su artículo 2 dispuso que “[a]demás del arancel nominal total, con los respectivos márgenes de preferencia aplicados sobre ella, ningún otro gravamen arancelario o para arancelario incidirá sobre el comercio de los productos integrantes del Régimen de Adecuación entre los Estados Partes” [énfasis agregado]. De esta forma se dejaba en claro que los únicos gravámenes que podrían aplicarse al comercio intrazona sobre los productos incluidos en el Régimen de Adecuación Final eran sólo los aranceles allí previstos, profundizándose el libre comercio entre los Estados Partes.

Finalizada la vigencia del Régimen de Adecuación Final el comercio entre los Estados Partes debía estar exento de gravámenes arancelarios o para-arancelarios.

En materia de Restricciones No Arancelarias la Decisión CMC N° 3/94 registró en sus anexos la nómina de las restricciones no arancelarias a las importaciones y exportaciones vigentes entre los Estados Partes, que deberían ser eliminadas o armonizadas al 31 de diciembre de 1994. Conforme a su artículo 3, “Los Estados Partes tomarán las medidas pertinentes en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos a los efectos de asegurar el cumplimiento del proceso de armonización y eliminación de las restricciones”. En tal sentido, el artículo 4 dispuso que “[h]asta tanto no se alcance la total armonización de las restricciones no arancelarias los Estados Partes se compromete a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo”. Lo expuesto en los artículos citados es conteste con la obligación prevista en el art. 2 de la Decisión CMC N° 24/94 citado.

Posteriormente, la Decisión CMC N° 17/97 instruyó a los Estados Partes a enviar a la Presidencia Pro Tempore, antes del 31 de diciembre de 1998 un cronograma para la eliminación de las restricciones no arancelarias definidas por el GMC en su Resolución N° 32/95 identificadas como “para eliminar”. El plazo máximo para su

eliminación debía ser el 30/05/98, sin embargo, en caso de proponerse un plazo mayor el mismo debía ser debidamente justificado.

Por otra parte, se instruyó al Comité Técnico N° 8 “Medidas y Restricciones No Arancelarias” a identificar aquellas de tratamiento prioritario y a continuar con las tareas necesarias para concretar la eliminación de dichas restricciones.

Es de destacar lo dispuesto en el artículo 6 de la Decisión CMC N° 17/97 según el cual “Los Estados Partes no aplicarán Restricciones No Arancelarias que impliquen restringir el libre comercio intrazona, en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado de Asunción Anexo I en su artículo 10° y la Decisión CMC N° 3/94...”.

Respecto a la eliminación de las medidas no arancelarias en el comercio regional cabe remitirse a lo expuesto por el TAHM constituido para analizar la controversia referida a los “Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”, entablada por Argentina contra Brasil en la que se hizo referencia a las Decisiones CMC N° 3/94 y 17/97.

En dicha oportunidad el tribunal analizó en forma detallada la obligación que le cabía a los Estados Partes respecto a la eliminación de las restricciones no arancelarias y su correlación con las obligaciones establecidas en el PLC en materia arancelaria. Al respecto sostuvo que “El programa de liberación [...] se forma indisolublemente con la vertiente arancelaria y la no arancelaria. El TA y su Anexo I lo reconocen así al darle el mismo tratamiento a ambas, con una fecha común de finalización”²⁸.

Respecto al procedimiento para la eliminación de las restricciones no arancelarias aclaró que, si bien no el TA no estableció un procedimiento específico para ello, dejando al arbitrio de los Estados Parte la elección del mecanismo, no sucedía lo mismo con la decisión de eliminar dichas restricciones²⁹. Además añadió que “la postergación del MC [Mercado Común] no determina la extinción de esta obligación pero determina que ella ya no sea más exigible en la fecha señalada del 31-12-94 [...] Aún después del 31-12-94 subsiste la vigencia de esas disposiciones que son habitualmente aplicadas y sobre las cuales las Partes han basado su acción y el desarrollo de los respectivos regímenes. Tampoco hay nada en la naturaleza de las cosas que haga incompatible de hecho o de derecho la liberación comercial aduanera con la unión aduanera [...] Por lo demás, ninguna norma expresa ha derogado la obligación de proceder al desmantelamiento no arancelario”³⁰.

El tribunal recalcó que “habría una contradicción con el fin del programa de liberación y con su papel central en la arquitectura del MERCOSUR si, abandonando el paralelismo entre la eliminación de RA y RNA, se llegara al desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedara al arbitrio unilateral de las Partes que podrían así mantener indefinidamente las restricciones no arancelarias e incluso aumentarlas. En tal hipótesis perdería todo sentido el programa de liberación y el fundamento mismo del MERCOSUR estaría en crisis”³¹.

En razón de lo expuesto el tribunal concluyó que el desmantelamiento de las restricciones no arancelarias debe coincidir con las arancelarias. Ello sin perjuicio de las medidas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el art. 50 TM80 siempre que éstas estén efectivamente destinadas a proteger los bienes previstos en dicho artículo. Además deberá continuarse con el proceso de armonización de este tipo de medidas³².

Una vez concluido el Régimen de Adecuación Final, se produjo el “Relanzamiento del MERCOSUR”. Dicho proceso tuvo lugar en el 2000 con el dictado de, entre otras, las Decisiones CMC N° 22/00 a 28/00, 31/00, 32/00 y 57/00.

Con relación a la libre circulación de mercaderías se destacan las Decisiones CMC N° 22/00, 28/00 y 31/00. La primera de ellas, continuando con lo dispuesto en sus pares 3/94 y 17/97 y, considerando “la importancia de la libre circulación de bienes en el MER- COSUR, como elemento básico para la conformación del mercado común postulado en el Tratado de Asunción”, dispuso que los “Estados Partes no adoptarán ninguna medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza, sin perjuicio de lo previsto en el art. 2 literal b) del Anexo I al Tratado de Asunción³³” (art. 1)³⁴ [énfasis agregado]. Asimismo estableció que cada Estado Parte debía conformar (antes del 30/07/00) un listado de las situaciones o medidas de carácter impositivo, financiero, fiscal, aduanero, administrativo o de otra naturaleza, aplicadas por los demás Estados Partes, que limiten el acceso a los mercados (art. 2).

Por otra parte, instruyó al GMC a que defina “los cursos de acción tendientes a eliminar las dificultades generadas en el comercio intrazona o para eliminar las medidas restrictivas al comercio no justificadas por el art. 50 del TM de 1980”³⁵.

Por su parte, la Decisión CMC N° 28/00 encomendó al GMC a elaborar una propuesta a fin de regular los procedimientos de investigación y aplicación de medidas antidumping y derechos compensatorios al comercio intrazona, así como a que instruya a la CCM para que conjuntamente con el ST N° 5 elaboren una propuesta para reducir, en forma gradual, la aplicación de medidas antidumping y derechos compensatorios en el comercio intrazona. Asimismo, el GMC debía instruir a la CCM a diseñar una propuesta de Reglamento Común sobre Defensa Contra Dumping y Subsidios relativos a productos provenientes de terceros Estados.

Como resultado de las instrucciones citadas y los trabajos realizados por las autoridades citadas se dictaron las Decisiones CMC N° 64/00 “Defensa Comercial y de la Competencia” y 66/00 “Defensa Comercial Común”.

El anexo de la Decisión CMC N° 64/00 fue reemplazado por aquél aprobado por su par N° 22/0236. Ésta última aprobó las “Disciplinas para los Procedimientos y las Reglas para las Investigaciones Antidumping y Sobre Subvenciones en el Comercio Intrazona”, en las cuales se fijan las condiciones y pasos necesarios a cumplir por parte de un Estado Parte al recibir una solicitud de apertura de investigación. Además regula las condiciones para la aplicación de un derecho antidumping o una medida compensatoria. Las normas contenidas en el anexo de la decisión bajo estudio deberán aplicarse en forma complementaria con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC y con el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) de la OMC, adoptados en el ámbito del MERCOSUR a través de las Decisiones CMC N° 13/0237 y 14/0238, respectivamente.

La Decisión CMC N° 31/00, instruyó al GMC a elaborar una propuesta para establecer pautas comunes sobre la aplicación de incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, conforme a los parámetros previstos en su artículo 4. Asimismo dispuso que los Estados Partes no podrían adoptar, a partir del 30 de junio de 2000 y hasta que concluyan las negociaciones allí previstas, nuevas medidas que impliquen el otorgamiento de beneficios al amparo de regímenes especiales de importación más allá del 1 de enero de 2006.

Posteriormente, se dictó la Decisión CMC N° 69/00 por la cual los Estados Partes se comprometieron a eliminar, al 1 de enero de 2006, los regímenes aduaneros

especiales de importación que impliquen la suspensión -total o parcial - de los derechos aduaneros (AEC) que gravan la importación temporaria o definitiva de mercaderías y no tengan como objetivo el perfeccionamiento y posterior reexportación de las mercaderías a terceros países, así como los beneficios derivados de dichos regímenes. Los plazos para ello fueron sucesivamente prorrogados³⁹. Sin embargo se han evidenciado avances en la elaboración de regímenes comunes de importación, por ejemplo, con relación a bienes destinados a la investigación científica y tecnológica⁴⁰.

Con posterioridad al Relanzamiento del MERCOSUR, se profundizó en la regulación del comercio regional en materia de despacho de aduana, valorización en aduana⁴¹, subvenciones y medidas compensatorias, etc.

En 2010 se dictaron dos medidas que tienden aún más a la profundización del comercio regional, las Decisiones CMC N° 27/10 y 56/10, por las que se aprobaron el “Código Aduanero del MERCOSUR” y el “Programa de Consolidación de la Unión Aduanera”, respectivamente.

El Programa de Consolidación de la Unión Aduanera abarca diversos ítems desde la coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados Partes, la política de incentivos, defensa comercial, el establecimiento de una política automotriz común y de regímenes especiales de importación comunes, regímenes de nacionales de admisión temporaria y “drawback”, eliminación del doble cobro del AEC y distribución de la renta aduanera, vigencia de las listas de excepciones al AEC, etc. A tales efectos, en algunos casos, establece cronogramas específicos de acciones para avanzar en la armonización y/o integración de los aspectos involucrados.

La reseña efectuada demuestra la profusión normativa en materia de libre circulación de mercaderías, así como las dificultades en avanzar en forma concreta en algunos ámbitos, en particular, en lo referente a la armonización de las legislaciones nacionales. Sin perjuicio de ello, en la normativa dictada se pueden encontrar, obligaciones que requieren la ejecución de acciones complementarias por los Estados Partes y otras que son lo suficientemente concretas y claras para su aplicación inmediata sin requerir medidas adicionales por parte de los Estados Partes⁴².

Más allá de las dificultades en el desarrollo de la normativa mercosureña, la libre circulación de mercaderías es la piedra angular del MERCOSUR. Ello ha sido reconocido por la jurisprudencia regional desde sus orígenes. Así en el primer laudo arbitral resuelto de conformidad con el PB, se la calificó como “...elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista”⁴³ y como pilar para el desarrollo del proceso de integración⁴⁴.

Respecto al Programa de Liberación Comercial, el tribunal manifestó que el mismo tiene un papel central y estratégico en la configuración del MERCOSUR⁴⁵ con metas y objetivos concretos, por sí mismo ejecutable e imponiendo obligaciones concretas a los Estados Partes, sin necesidad de que éstos dicten nuevos actos⁴⁶. En tal sentido, el tribunal, luego de señalar que dicho programa se conforma de dos vertientes (arancelaria y no arancelaria), destacó que los Estados Partes están “obligados” a eliminar las restricciones no arancelarias, existiendo por tanto “una obligación concreta para las partes al respecto y no una mera indicación programática o declarativa”⁴⁷, sin que dicha obligación se haya visto afectada por la postergación del mercado común⁴⁸.

El TAHM en el laudo citado sostuvo que “La eliminación de los aranceles y de las restricciones no arancelarias son aspectos indisolublemente unidos entre sí como

partes de un mismo instrumento para llegar a la libertad de los flujos comerciales: ambos son considerados en los mismos artículos del TA (art. 1 párrafo segundo y 5a) y, en esos artículos y en el artículo 10 del Anexo I al TA reciben igual disciplina normativa en cuanto a la obligatoriedad del desmantelamiento y de una fecha común para materializarlo, ambas cosas al margen de la voluntad de los Estados Partes, es decir, con el carácter de una obligación precisa y concreta”⁴⁹.

En virtud del análisis referido el TAHM concluyó que “(iv) El TA y su sistema normativo contienen disposiciones que fijan objetivos y principios; que crean órganos para desarrollar la integración; y que establecen obligaciones concretas para los Estados. Entre éstas últimas se halla el programa de liberación comercial que debe ser completado tanto en lo arancelario como en lo no arancelario. (v) El programa de liberación comercial tiene un papel central en el TA y su sistema normativo al atacar el principal escollo tradicional para los esfuerzos de integración y al ser así sustento de las demás acciones en el MERCOSUR. (vi) El programa de liberación comercial está formado tanto por el abatimiento de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancelario como por la eliminación de todas las RNA y equivalentes. Las Partes están obligadas a completar ambos aspectos de la liberación comercial que están indisolublemente unidos y deberán hacerlo a la misma fecha. (vii) La postergación de la fecha de conformación del MC no deroga la obligación acordada en común por las Partes de eliminar totalmente las RA y NA, aunque obviamente deja de ser exigible el 31-12-94. Luego de la revaluación del MERCOSUR realizada por las Partes, la eliminación total de todas las RA y NA o medidas de efectos equivalentes u otras restricciones al comercio entre los Estados Partes deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación y con él el fin de las RA”.

El análisis y las conclusiones del TAHM son contundentes al reafirmar la importancia capital de la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias⁵⁰ en el desarrollo del MERCOSUR y su carácter autoejecutable y obligatorio para los Estados Partes. Mal podría, por tanto, sostenerse que dichas obligaciones consisten en meras indicaciones de índole programática, por cuanto, tal posición vaciaría de contenido las obligaciones citadas e iría en contra de los fines y objetivos del TA y de todo el proceso de integración regional.

El TAHM llamado a resolver la controversia sobre “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicio Público”⁵¹, siguió la metodología de interpretación teleológica de acuerdo a los fines y objetivos del proceso de integración (preámbulo y art. 1 TA) a la hora de resolver una controversia⁵². Teniendo en cuenta que “el sistema MERCOSUR tiene por objetivo eliminar las barreras al comercio entre sus miembros [,] toda interpretación por parte del Tribunal estará en concordancia con esos propósitos que representan el objeto y fin de los acuerdo de base, por lo tanto toda interpretación debe promover más que inhibir aquellos propósitos”⁵³.

En virtud de dicha pauta interpretativa el tribunal concluyó que “al tiempo que Argentina adoptó la Resolución 861/99 existía una prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardias en las relaciones comerciales entre los Estados Miembros de MERCOSUR de conformidad con el Artículo 5 del Anexo IV. El Artículo 1 del TA y el Anexo I al Tratado aspiraban a la implementación de una liberación del comercio después de la implementación exitosa del Programa de Liberación Comercial. Las Partes tenían entonces el propósito de crear un territorio donde el libre movimiento de mercaderías sin obstáculos sería la regla básica en las relaciones comerciales. Está claramente establecido que uno de los posibles obstáculos al libre movimiento de mercancías entre Estados es el uso de medidas de salvaguardias. En este contexto el Tribunal entiende que del contenido de las

provisiones relativas al Programa de Liberación Comercial como de la regla contenida en el Artículo V del Anexo IV surge que al momento en que la liberación comercial fuera lograda, las partes explícitamente renunciaban a la utilización de obstáculos al libre comercio, como ser la aplicación de medidas de salvaguardia”⁵⁴. Ello sin perjuicio de que luego admitirá la posibilidad de aplicar dichas medidas al comercio intrazona en tanto exista una norma expresa del sistema que así lo autorice⁵⁵, por ello, hasta que “...los miembros de MERCOSUR no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa a contrario, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del MERCOSUR”⁵⁶ [énfasis agregado].

El TAHM constituido para entender en el cuarto laudo se ex- pidió en forma conteste con su par anterior. En esta oportunidad se analizaba la legitimidad de medida antidumping impuesta por Argentina contra las exportaciones de pollos enteros originarios del Brasil. El tribunal reconoce que en los hechos - a la fecha del laudo - existían trabas al comercio recíproco “...que mantienen ciertas condiciones de fragmentación en el mercado regional que sin privar de vigencia al principio establecido de libre circulación perturban en la práctica su plena aplicación. Tales prácticas han de ser encaradas con el criterio de que las excepciones a la libre circulación deben resultar de textos expuestos y aún las excepciones admitidas -como las medidas no comerciales del art. 50 del TM80- tienen que estar destinadas efectivamente a su finalidad propia y declarada, a fin de no ser una forma encubierta de restricción comercial y como tal no admisible”⁵⁷ [énfasis agregado].

En dicha oportunidad el tribunal concluyó en forma general que “El régimen de libre circulación de bienes consagrada por el TA, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera; la definición amplia de restricciones al comercio prohibidas que recoge el artículo 2 del Anexo I al TA; lo dispuesto en el artículo 4 del TA sobre el régimen aplicable en la zona (competencia comercial y no antidumping); y la ausencia de norma habilitante expresa que permita acudir a medidas antidumping en la región indican que la aplicación de medidas antidumping intrazona no es compatible con el principio de la libre circulación de bienes. Conclusión que es concorde con la jurisprudencia de los anteriores Tribunales Arbitrales Ad Hoc y es también conforme a la normativa del GATT-OMC en materia de áreas de libre comercio y uniones aduaneras, así como a la naturaleza de esos procesos de integración y a la práctica de los mismos”⁵⁸ [énfasis agregado]. Sin embargo, luego de analizar el procedimiento y las medidas adoptadas por la Argentina consideró que no constituyó un incumplimiento a la regla de libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR⁵⁹.

El TPR también se ha expedido acerca de la vigencia del principio de libre circulación de mercaderías y las condiciones que deben cumplir sus excepciones. Así lo hizo, por ejemplo, al resolver el recurso de revisión interpuesto por Uruguay contra el laudo del TAHM constituido para resolver la controversia relativa a la “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay”⁶⁰. Luego de ratificar la vigencia del principio de libre circulación, reconoce que las únicas excepciones admitidas son aquellas previstas en el literal b) del art. 2 del Anexo I TA, es decir, aquellas que se ajusten al art. 50 TM80, las cuales, al decir del tribunal, deben ser interpretadas con criterio restrictivo.

El tribunal analizó, a continuación, los criterios sobre los cuales se deben analizar la compatibilidad de tales restricciones con la normativa regional y el citado

principio. Partió de la base de que en la normativa mercosureña no están definidos dichos criterios, razón por la cual, se avocó a la tarea de determinarlos⁶¹.

El TPR estableció cuatro criterios de rigor para el análisis de las excepciones que se fundamenten en el art. 50 TM80. En primer lugar se debe analizar si la medida es restrictiva del comercio⁶². Una vez que se defina positivamente que la medida en análisis es restrictiva del comercio, cabe analizar si la misma es discriminatoria, ya sea directa como indirectamente⁶³. Definido el carácter discriminatorio de la medida debe analizarse su justificación. En este punto el TPR vuelve a recurrir a antecedentes de la UE, haciendo alusión a las conclusiones del Abogado General del TJUE, para destacar que dentro de este baremo se incluye el análisis de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida. En caso que la medida no sea justificada, el análisis concluiría allí. Sin embargo, de ser justificada la medida, debe analizarse si la medida es proporcionada a los fines perseguidos. Es decir, que sea lo menos restrictiva posible frente a los fines que persigue la medida.

Siguiendo con el análisis cabe señalar que el principio de libre circulación de mercaderías no sólo entraña para los Estados Partes, la obligación de no adoptar medidas que lo restrinjan, sino también la de tomar las medidas necesarias para garantizar su efectividad. Sólo de este modo se respetarán los principios - reconocidos a lo largo de la jurisprudencia de los TAHM y del TPR - de pacta sunt servanda y buena fe establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁶⁴. En tal sentido cabe recordar que en el primer laudo arbitral, se señaló que dentro del concepto de buena fe se incluye "... no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos [...] sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos"⁶⁵.

Siguiendo dicha línea argumental se expidió el TAHM constituido para entender en la controversia planteada por la Argentina contra Brasil por la falta de incorporación de la normativa derivada del MERCOSUR en su derecho interno, obstando, por tanto a la entrada en vigencia de dichas normas conforme a lo dispuesto en el art. 40 POP. En dicha oportunidad el tribunal sostuvo que "Una actuación acorde con los objetivos de las Resoluciones GMC y del propio acuerdo de integración subregional del MERCOSUR impone un comportamiento positivo en el sentido de facilitar la vigencia simultánea y puesta en acción de los instrumentos regulatorios aprobados por los Estados Partes"⁶⁶. Es por ello que en base a los principios reseñados concluyó que "...la omisión de incorporar las disposiciones de las Resoluciones GMC al ordenamiento brasileño constituye conceptualmente una restricción no arancelaria a la circulación de mercaderías [...] Como toda restricción al principio de libertad de circulación de mercaderías, la misma debe ser excepcional, específica y de interpretación restrictiva. Además debe recaer en el Estado que impone la restricción el onus probandi de que se ha producido la situación de hecho que sustenta la restricción"⁶⁷.

En base a lo expuesto - y otras consideraciones cuyo examen detallado excede el objeto del presente - decidió que la no incorporación de la normativa derivada por parte del Brasil configuró un incumplimiento a las obligaciones que se derivan de los arts. 38 y 40 POP, razón por la cual, condenó a dicho Estado a adoptar todas las medidas y dictar las normas necesarias que aseguren la efectiva aplicación de las mismas. Ello sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, en casos concretos y específicos, las restricciones autorizadas por el art. 50 TM80.

Otro de los precedentes que demuestran la amplitud y consecuencias que se derivan del principio de libre circulación de mercaderías es aquél en el que se analizaron los cortes que los habitantes de Gualeguaychú realizaron sobre los puentes internacionales Gral. José de San Martín y Gral. Artigas⁶⁸.

El tribunal partió de lo dispuesto en el art. 1 TA y en el art. 2 literal b) del Anexo I a dicho tratado para sostener que la libre circulación constituye un objetivo esencial del acuerdo al punto tal que no se puede concebir un mercado común sin dicha libertad. Adicionalmente entendió que “si bien el corte de rutas no constituiría una restricción no arancelaria en sentido estricto, pues esta última presupone un acto administrativo, no es necesario apelar a esa asimilación para considerarla una restricción objetiva a la libre circulación, pues la mención que la norma hace de los derechos aduaneros, de las restricciones no arancelarias y de cualquier otra medida equivalente, se hace a un mero título ejemplificativo”⁶⁹. Asimismo añadió que “...las barreras al tránsito implican barreras al comercio y, por ende a la libre circulación económica”⁷⁰. Habiendo concluido que los cortes analizados afectaron la libre circulación prevista en el art. 1 TA, el tribunal analizó la conducta desarrollada por la Argentina. Aclaró, en primer lugar, que, si bien los cortes fueron realizados por particulares y no por el Estado en sí mismo y, en principio la responsabilidad de éste último no se deriva de los actos cometidos por aquellos sino de los actos y omisiones de sus propios agentes, sí cabría sostener su responsabilidad si omitió la “conducta debida” consistente en la falta de diligencia para prevenir o corregir los actos de los particulares que puedan perjudicar a otro Estado⁷¹.

Dicha “conducta debida” deriva, al decir del tribunal, “...del compromiso que los Estados Partes asumen de mantener la libre circulación entre los Estados del MERCOSUR por ser consustancial con el objetivo perseguido, lo que implica la obligación de aplicar los ‘medios’ para arribar a dicho objetivo aunque no se determinen cuales son las ‘medidas necesarias’ para obtenerlo...”⁷². Es por ello que el tribunal continúa analizando las medidas adoptadas por la Argentina en el caso. Ante la defensa argentina en el sentido que no se le puede exigir que para impedir las manifestaciones reprima a sus propios ciudadanos, el tribunal responde, que no se trata de que se le exija al Estado resultados sin reparar en las consecuencias, por lo que correspondía analizar si al Estado Argentino le resultaba “imposible” adoptar otras medidas.

En su análisis de cuál sería la conducta debida en un caso como el comentado, el tribunal consideró que “...la elección de la conducta debida no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente”⁷³. Por ello consideró que el tribunal, debe juzgar “...hasta qué punto fue acertada la conducta efectivamente llevada a cabo en relación a todos los valores en juego, entre los cuales no sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas, sino también las restricciones que a la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR”⁷⁴.

En virtud de lo expuesto el TAHM concluyó que la actitud permisiva del Estado Argentino ante los cortes de ruta que se tradujo en la “...ausencia de las debidas diligencias que [...] debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso, corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay [...] no es compatible con el compromiso asumido por los

Estados Partes en el tratado fundacional del MER- COSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países”75.

De los últimos dos laudos comentados surge con claridad que el compromiso asumido por los Estados Partes del MERCOSUR con relación a la libre circulación de mercaderías implica la asunción de medidas concretas que garanticen su efectividad. De allí que se haya declarado incompatible con dicho compromiso tanto, la omisión de adoptar las medidas legales necesarias para internalizar la normativa regional - que así lo requiera⁷⁶-, como la omisión de las autoridades argentinas de adoptar las acciones necesarias para evitar los cortes de rutas que afectaron el flujo comercial con el Uruguay. Además, tal como se deriva de los restantes precedentes analizados, los Estados Partes del MERCOSUR también se comprometieron a no realizar acciones o adoptar medidas que afecten dicha libre circulación.

En suma, la libre circulación de mercaderías es el pilar sobre el que se basa el desarrollo del MERCOSUR. Su vigencia ha sido reforzada por la normativa derivada y su aplicabilidad y jerarquía reconocidas por los tribunales regionales (TAHM y TPR).

La vigencia de dicho principio no sólo impone a los Estados Partes el deber de no adoptar medidas - arancelarias o no arancelarias - que limiten o restrinjan su aplicabilidad afectando el flujo comercial intrazona, sino también la adopción de medidas concretas que permitan su efectivización. En tal sentido se incluye el deber de los Estados Partes de incorporar la normativa derivada - que así lo requiera - a sus ordenamientos jurídicos nacionales a fin de permitir la entrada en vigencia de las mismas - ello es conteste con el carácter obligatorio de dicha normativa para los Estados Partes -. Del mismo modo los Estados Partes deberán garantizar la libre circulación física entre sus territorios, presupuesto necesario para que se efectivice la libre circulación económica contemplada en el TA y demás normativa mercosureña.

III.C. La energía eléctrica como mercadería

La naturaleza jurídica de la energía ha sido objeto de largos debates en la doctrina y jurisprudencia civilista, penalista y administrativista. Básicamente la discusión se ciñe a establecer si la energía es o no una cosa⁷⁷⁻⁷⁸.

Si bien la calificación de la energía eléctrica como cosa o como servicio parecería no tener mayor relevancia a los efectos del presente trabajo por cuanto el TA comprende la libre circulación de “bienes, servicios y factores productivos entre los países...” (art. 1), dicha calificación cobra relevancia en el actual estado de evolución del MERCOSUR.

El grado de avance en la liberalización del comercio intrazona de bienes y de servicios dista de ser equivalente. Si bien el comercio de bienes aún presenta diversas restricciones - aplicación de derechos de exportación, licencias no automáticas, restricciones no arancelarias, etc. -, el progreso en la liberalización del comercio de servicios ha tenido un desarrollo aún menor.

Por ello la calificación de la energía eléctrica como bien o mercadería en los términos de los arts. 1, 5 y del Anexo I del TA, conlleva la aplicación del régimen de libre circulación de mercaderías analizado en el apartado anterior.

A fin de determinar la calificación que le cabe a la energía eléctrica a efectos de su intercambio regional cabe recurrir al Derecho Aduanero. En el apartado que sigue se analizará el concepto de mercadería en los Derechos Aduaneros de los Estados Parte y en la normativa mercosureña. La conclusión a la que se arribe se

contrastará a la solución adoptada en la Unión Europea, proceso que, sin dudas, sirve de guía para el desarrollo del MERCOSUR.

III.C.1. La energía eléctrica como mercadería en el Derecho Aduanero de los Estados Parte del MERCOSUR y en la normativa mercosureña

Si bien la normativa aduanera de los Estados Parte del MERCOSUR se refiere a las mercaderías como objeto del tráfico internacional sometidas al control de los respectivos servicios aduaneros⁷⁹,

el único de los Estados Parte que contiene una definición de “mercadería” en su normativa aduanera es la Argentina. El art. 10 apartado 1 del Código Aduanero Argentino (CAA) define como mercadería a “...todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado”. La doctrina destaca la amplitud de dicha definición concordante con los criterios utilizados en las primeras regulaciones orgánicas de la materia⁸⁰.

La referencia a “objeto” de la definición argentina, debe ser interpretada en forma sistemática con el resto del ordenamiento jurídico argentino. En este sentido, el Código Civil Argentino en sus arts. 2311 y 2312 incluye dos clases de objetos, materiales e inmateriales, calificándolos como cosas y bienes, respectivamente. De allí que, la mención a objeto que contiene el art. 10 del CAA, incluya necesariamente a ambos tipos de objetos (materiales e inmateriales), comprendiendo por tanto a la energía eléctrica y evitando caer en la discusión sobre la materialidad o no de la energía. Esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2311 citado según el cual “Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”. A partir de la reforma del art. 2311 y la incorporación del párrafo citado, no parecería haber duda alguna sobre la inclusión de la energía eléctrica entre los objetos susceptibles de importación y exportación, por cuanto, más allá de la discusión respecto a su materialidad, le son aplicables las normas relativas a las cosas.

Por su parte, el art. 2 de la ley 15.336 que regula el ejercicio de las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, establece que “[a] los fines de esta ley, la energía eléctrica, cualquiera sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezca, se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan los códigos y leyes comunes en cuanto no se opongan a la presente”. Si bien la calificación de la energía eléctrica como cosa se realiza “a los fines de esta ley”, la posibilidad de comerciarla conforme a los “códigos y leyes comunes” abarca sin dudas al comercio exterior, siendo por tanto aplicable el CAA.

El marco regulatorio eléctrico dictado en base a la ley 24.065 contempla expresamente la importación y exportación de energía eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)⁸¹, lo que evidencia el carácter de mercadería de la energía eléctrica.

Sin embargo, más allá de las definiciones dadas en el ordenamiento jurídico argentino y atento a que el resto de los Estados Parte no contiene una definición expresa en tal sentido, cabe recurrir a otros glosarios aduaneros.

El glosario básico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), define “mercancía”⁸² como “todo producto, manufactura, semovientes y otros bienes corporales muebles, sin excepción alguna”. Teniendo presente las definiciones usuales de los términos citados, se puede afirmar que producto equivale a “cosa producida”⁸³, lo que nos lleva a la definición de producción, es decir, “fabricar, elaborar cosas útiles”⁸⁴. Por su parte, fábrica es definida como “Establecimiento

dotado de la maquinaria, herramienta e instalaciones necesarias para la fabricación de ciertos objetos, obtención de determinados productos o transformación industrial de una fuente de energía. Fábrica de automóviles, de harinas, de electricidad”⁸⁵. En conclusión la energía eléctrica es el producto de la actividad industrial de generación y por tanto quedaría comprendida en la definición de mercancía citada.⁸⁶⁻⁸⁷

En cuanto a la normativa mercosureña, cabe remitirse al recientemente aprobado Código Aduanero del MERCOSUR (CAM)^{88- 89-} Dec. CMC N° 27/10 –, en el cual se define a las mercaderías como “todo bien susceptible de un destino aduanero” (art. 3). Ésta definición resulta concordante con las definiciones analizadas anteriormente por cuanto la referencia a bienes incluye a la energía eléctrica en cuanto éstos comprenden a las “cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho”⁹⁰.

También se cumple la condición de que el bien, en este caso la electricidad, sea susceptible de un destino aduanero⁹¹. Los destinos aduaneros se encuentran regulados en el Título IV del CAM. En el capítulo I de dicho título se establece la clasificación de los mentados destinos. Al efecto, el art. 35.1 CAM establece que la mercadería ingresada al territorio aduanero deberá recibir uno de los destinos aduaneros que allí se listan, entre los que se encuentra, la “inclusión en un régimen aduanero de importación”.

El art. 36 CAM establece los regímenes aduaneros⁹² que conforman el destino aduanero citado en el párrafo anterior, a saber: i) importación definitiva; ii) admisión temporaria para reexportación en el mismo estado; iii) admisión temporaria para perfeccionamiento activo; iv) transformación bajo control aduanero; vi) depósito aduanero y vii) tránsito aduanero.

La energía eléctrica puede ser incluida dentro del régimen de importación definitiva (arts. 51 a 55) y de tránsito. El primero permite que la mercadería tenga libre circulación en el territorio aduanero previo cumplimiento de las formalidades y pago de tributos que correspondan. No caben dudas que la importación para consumo de energía eléctrica quedaría comprendida en este destino aduanero.

El segundo de los destinos aduaneros citados – tránsito – se aplica a las mercaderías que circulan por el territorio aduanero desde una aduana de partida a otra de destino, sin el pago de tributos aduaneros ni la aplicación de restricciones de carácter económico. Asimismo, permite la libre circulación entre las aduanas pasando por otro territorio (art. 91 CAM)⁹³. En este último supuesto quedarían comprendidos los casos citados anteriormente de exportación de energía eléctrica desde Brasil y Paraguay con destino a Uruguay a través de las instalaciones de transmisión argentinas.

Más allá de las definiciones citadas, la doctrina aduanera es conteste en que las mercaderías, a los efectos del tráfico internacional y del adecuado ejercicio de las funciones aduaneras, requieren ser individualizadas, clasificadas y valuadas.

A los efectos de la determinación de la energía eléctrica como mercadería, basta centrarse en la problemática de la individualización de las mercaderías. A fin de solucionar dicha problemática se ha recurrido a la elaboración de nomenclaturas aduaneras.

Tanto la nomenclatura del Sistema Armonizado como la Nomenclatura Común del MERCOSUR incorporan a la energía eléctrica dentro de su clasificación. En el primer caso se incluye en el Capítulo 27 bajo la posición 2716.0094. En el segundo caso (NCM) se encuentra incluida en la posición arancelaria 2716.00.00.

Finalmente cabe resaltar que la prueba más contundente de la consideración de la energía eléctrica como mercadería a los efectos del comercio exterior entre los Estados Partes son las innumerables operaciones de exportación e importación de energía eléctrica que se han concretado a lo largo de los años entre los Estados Partes solo a modo de referencia, la importación de energía eléctrica a Uruguay desde la Argentina y desde Brasil, en el período 2000 a 2008, alcanzó los 8409 GWH y 2546 GWH, respectivamente⁹⁵. Por su parte la exportación de energía eléctrica desde Uruguay a Argentina y al Brasil, en el período citado, fue equivalente a 6618 GWH y 141 GWH, respectivamente⁹⁶.

En suma, la energía eléctrica configura una mercadería a los efectos de su inclusión en el régimen de libre circulación de bienes previsto en el TA y demás normativa mercosureña.

III.C.2. La energía eléctrica como mercadería en la Unión Europea: con especial referencia a la jurisprudencia del TJUE

Los orígenes de la actual Unión Europea se remontan a mediados del siglo pasado con la suscripción del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (ambos de 1957).

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea - actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) - sentó las bases para la constitución de la comunidad a través de la implementación de un mercado común y de una unión económica y monetaria (art. 2 en su redacción original hoy sustituido en sustancia por el art. 3 TFUE). A fin de alcanzar los objetivos contemplados en el art. 2, se estableció que la conformación de la comunidad implica, entre otros, “la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente, [y] un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” (art. 3.1 en su redacción original hoy sustituido en sustancia por los arts. 3 a 6 TFUE).

De lo expuesto surge que uno de los principios básicos de la Comunidad fue y es la libre circulación de mercaderías⁹⁷ entre los Estados Miembros. Este principio se ve asegurado no sólo a través de las disposiciones del Título I - Libre Circulación de Mercaderías - de la Tercera Parte del TCCEE (actual Título II TFUE), sino a lo largo de todo su articulado. En tal sentido se enmarcan las disposiciones sobre libre circulación de capitales y establecimiento (Título III TCEE, actual Título IV TFUE); competencia, fiscalidad y aproximación entre las legislaciones nacionales (Título VI TCEE, actual Título VII TFUE), etc.

Las principales disposiciones en materia de libre circulación de mercaderías se encontraban en el citado Título I. El art. 2398 rezaba: “1. La Comunidad se basará en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. 2. Las disposiciones del artículo 25 y las del capítulo 2 [Prohibición de restricciones cuantitativas entre los Estados Miembros] del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros

y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros” [énfasis agregado].

El art. 2599 reafirmaba la prohibición del establecimiento de derechos de aduana, tanto de importación como de exportación, incluyendo los de carácter fiscal, y cualquier otra exacción de efecto equivalente entre los Estados Miembros.

En línea con las disposiciones citadas, el art. 31 - por el cual se disponía que los Estados Miembros debían adecuar los mono- polios nacionales de carácter comercial a fin de asegurar la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados Miembros respecto a las condiciones de abastecimiento y acceso al mercado -, en su apartado 2 establecía que los “2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier nueva medida contraria a los principios enunciados en el apartado 1 o que restrinja el alcance de los artículos relativos a la prohibición de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros” [énfasis agregado].

Las consecuencias que se derivan de las normas citadas remarcan la importancia de definir el alcance de dichas disposiciones, ya que, la inclusión de un bien determinado dentro de dicho marco, implica que el Estado Miembro debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TCCEE, además de la limitación en sus facultades de emitir actos que impliquen un menoscabo a tales obligaciones. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad internacional que le cabría por su incumplimiento.

Es por ello que el TJUE, a lo largo de su jurisprudencia se ha preocupado por determinar con precisión el alcance de las obligaciones que le caben a los Estados Miembros con relación a la libre circulación de mercaderías y cuáles son los bienes o productos que se incluyen en dicho régimen.

La energía eléctrica no ha sido ajena a dicho análisis.

La inclusión de la energía eléctrica dentro de las mercaderías incluidas en el régimen de libre circulación citado fue tratada en forma tangencial en uno de los precedentes que marcaron el rumbo para la posterior jurisprudencia del TJUE y la consolidación de la Comunidad Económica Europea¹⁰⁰ y al cual se remite el TJUE en los restantes casos en los que se analizó la inclusión de la energía eléctrica como mercadería a los efectos del TCCEE.

En dicho precedente, un nacional italiano, el Sr. Flaminio Costa, objetó el pago de una factura eléctrica emitida por el Ente Nazionale Energia Ellettrica, en base a que la ley italiana del 6 de diciembre de 1962 por la que se nacionalizó la industria eléctrica en dicho Estado y los decretos de la Presidencia para su aplicación, eran contrarios a diversas disposiciones del TCCEE, en particular a los artículos 102, 93, 53 y 37.

En lo que respecta al objeto del presente trabajo corresponde centrarse en el análisis que el Abogado General y el TJUE realizaron sobre el art. 37101 del TCCEE (actual art. 31 trascripto más arriba). El Abogado General dividió el análisis en dos partes, la primera relativa a la definición del ámbito de aplicación del art. 37 y en especial si dicho artículo se aplica a lo que denomina el “servicio público de generación y distribución de energía eléctrica” como el desarrollado por ENEL¹⁰². La segunda parte, se refiere al carácter autoejecutable de las disposiciones contenidas en dicha norma.

Sobre la primera cuestión afirmó que el art. 37 forma parte del capítulo relativo a la eliminación de las restricciones cuantitativas entre los Estados Miembros y que, si bien, el TCCEE no ordena la supresión automática de los monopolios exige su

adaptación progresiva, sin que por ello deje de ser "...objetivo fundamental la 'libre circulación de mercancías'..."¹⁰³. Entendió que es en miras a este objetivo que se debe analizar la noción de monopolios comerciales a que se refiere el citado artículo. Concluyó que no es la forma jurídica, ni la naturaleza jurídica del organismo dentro del Derecho público local lo que importa a fin de determinar la aplicación de dicha norma, sino la función efectiva del organismo sobre los intercambios entre los Estados Miembros.

Si bien concluyó que ello descarta que se puede excluir, a priori, a un servicio público per se, por cuanto se trataría de un servicio público industrial o comercial, admite – conforme a lo sostenido por el Gobierno italiano – que éste no es el supuesto del servicio de generación y distribución de energía cuyo fin no es comercializar la producción a otros Estados. En efecto aclaró que "... solo podría entrar en el supuesto en el ámbito del artículo 37 si, aun cuando no constituyera la finalidad principal del organismo en cuestión, sus ventas de energía al extranjero alcanzaran o pudieran alcanzar un volumen tal que debería considerarse que el organismo de que se trata influye o puede influir 'sensiblemente' en el comercio entre los Estados miembros"¹⁰⁴. En el mismo sentido, continuó afirmando que "[e]n el caso presente, me parece cierto que no puede considerarse que el organismo de que se trate tenga una 'influencia sensible' en el comercio entre los Estados miembros, ya que el 'comercio internacional' del ENEL se limita a algunos intercambios fronterizos entre Italia y Francia"¹⁰⁵. Es decir que, en opinión del Abogado General, el art. 37 TCCEE no resultaba aplicable no porque la energía eléctrica o la industria eléctrica no sea una de las mercaderías alcanzadas por dicha norma o las restantes normas sobre libre circulación de mercaderías, sino porque los intercambios internacionales que en ese entonces administraba el ENEL no eran suficientes para afectar "sensiblemente" el comercio entre los Estados Miembros.

Es por ello que, sin perjuicio de descartar la aplicación del art. 37 TCCEE al supuesto analizado, a continuación aclaró que "... en virtud del art. 90, los intercambios, incluso si son pequeños, efectuados por 'empresas encargadas de servicios de interés económico general' quedan sometidos a las normas del Tratado, al menos en principio, y en especial a las normas sobre competencia sin que a ello se oponga la falta de aplicación del artículo 37"¹⁰⁶.

Sobre la segunda cuestión, es decir el efecto directo de la norma en estudio, concluyó que sólo el apartado 2 de dicha norma goza de tal característica produciendo efectos inmediatos y generando derechos individuales a favor de los nacionales que los jueces nacionales deben salvaguardar respecto a las medidas que supongan el establecimiento de nuevos derechos de aduana o exacciones de efecto equivalente, o el incremento de los mismos, o el establecimiento de nuevas restricciones cuantitativas u otras medidas de efecto equivalente.

EL TJUE comenzó su análisis destacando el efecto directo que el art. 37 TCCEE entraña y resaltando que su interpretación no puede realizarse sin considerar el capítulo en el que la norma se encuentra, es decir, aquél cuyas normas tienden a suprimir las restricciones cuantitativas al comercio entre los Estados Miembros.

De su análisis el TJUE concluyó que mediante la remisión pre- vista en el apartado 2 del art. 37, se prohíben los monopolios u organismos previstos en el apartado 1 en la medida en que éstos generen nuevas discriminaciones en las condiciones de abasteci- miento y de mercado. Por ello, corresponde al juez que examina la cuestión principal, analizar si de la medida discutida - nacionalización de la industria eléctrica italiana – surgirán nuevas discriminaciones entre los nacionales

de los Estados Miembro respecto a las condiciones de abastecimiento y acceso al mercado.

Asimismo señaló que el art. 37 no prohíbe el establecimiento de cualquier monopolio nacional, sino sólo de los que tienen carácter comercial y en la medida que éstos tiendan a introducir discriminaciones entre los nacionales de los Estados Miembros. Es por ello que, para estar comprendidos en la prohibición prevista en el art. 37 TCCEE, los monopolios nacionales y organismos a los que se refiere el apartado 1 han de dedicarse a “realizar operaciones con un producto comercial que pueda ser objeto de competencia y de intercambios entre los Estados miembros y, por otra parte, han de desempeñar un función efectiva en dichos intercambios”¹⁰⁷. Sin embargo, estableció que no corresponde al TJUE decidir dicha cuestión, sino al juez nacional que entiende en la controversia. Éste deberá determinar en cada caso “si la actividad económica de que se trata tiene por objeto un producto tal que pueda por su naturaleza y por los imperativos técnicos internacionales a los que está sometido, desempeñar esta función efectiva en las importaciones y exportaciones entre nacionales de los Estados miembros”¹⁰⁸.

En similar sentido a las conclusiones del Abogado General, el TJUE no descartó que la energía eléctrica pueda ser considerada una mercadería a los efectos de la aplicación de las normas que protegen su libre circulación, sino que dejó tal análisis en manos del juez nacional por las especiales características del art. 37 TCCEE.

El siguiente precedente en el que el TJUE analizó en forma concreta la inclusión de la energía eléctrica como mercadería en el sentido del TCCEE fue en el caso “Gemeente Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij”¹⁰⁹.

En dicho precedente el Ayuntamiento de Almelo y otros municipios atacaban la validez de la exclusividad para la importación de energía (en 500 kV) que ostentaba Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven NV (en adelante “SEP”) en los Países Bajos, en virtud de la legislación local aplicable y una serie de cláusulas de exclusividad que vinculaban a los productores, distribuidores regionales y distribuidores locales, entre los cuales se encontraba el Ayuntamiento de Almelo.

La controversia llegó a través de dos cuestiones prejudiciales presentadas por el Gerechtshof te Arnhem¹¹⁰. Sin embargo a los efectos del presente nos centraremos en la segunda de ellas, por la cual. el citado tribunal, solicitó al TJUE que responda cómo deben interpretarse los arts. 37, 85, 86 y 90 TCCEE en relación con una prohibición de importación de electricidad para suministro público incluida en las condiciones generales de una empresa de distribución regional en los años 1985-1988, en su caso unida a una prohibición de importar contenida en un acuerdo entre las empresa productoras de electricidad y el Estado Miembro.

El TJUE comenzó el análisis de la cuestión por delimitar el ámbito de aplicación del art. 37 TCCEE. Al efecto señaló que “... tanto de su emplazamiento en el capítulo relativo a la supresión de las restricciones cuantitativas como de la utilización de los términos ‘importación’ y ‘exportación’ en el segundo párrafo de su apartado 1 y del término ‘producto’ en sus apartados 3 y 4, se deduce que dicho artículo se refiere a los intercambios de mercancías...”¹¹¹[énfasis agregado].

Luego determinó en forma clara que “...en Derecho comunitario, y también por otra parte en los Derechos nacionales, se acepta comúnmente que la electricidad constituye una mercadería a efectos del artículo 30 del Tratado. Así en la

Nomenclatura Aduanera de la Comunidad, la electricidad se considera una mercancía (código NC 27.16)”112.

Además se remitió a lo resuelto en “Costa c. ENEL” en el cual, al decir del tribunal, el TJUE “...reconoció [...] que la electricidad puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 37 del Tratado”113.

Más allá de los restantes aspectos que analiza el TJUE en dicho precedente, de los extractos transcritos surge con claridad la calificación de la energía eléctrica como mercadería a los efectos del TCCEE y la consecuente aplicación del régimen de libre circulación de mercaderías.

Esta tendencia se consolidó con la jurisprudencia posterior del tribunal. En 1997 tuvo ocasión de volver a considerar la cuestión.

Esta vez en el marco de una acción de incumplimiento promovida por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana por el otorgamiento de derechos exclusivos a ENEL para la importación y exportación de energía eléctrica. En apretada síntesis, la Comisión entendía que la existencia de derechos exclusivos a favor de ENEL violaban los arts. 30, 34 y 37 TCCEE por cuanto la existencia de dicho monopolio impide, por una parte, el acceso de los generadores de otros Estados Miembros al mercado italiano y, por la otra, a los consumidores italianos la libre elección de su proveedor de energía. Por lo tanto, la vigencia de dicha medida podía restringir los intercambios entre los Estados Miembros y funcionar como una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, contrarias al art. 30 TCCEE.

El Gobierno Italiano, por su parte, entendía que la medida atacada encontraba justificación en el art. 36 y 90 apartado 2 del TCCEE. Más allá de la justificación de las medidas en tales artículos, el Gobierno Italiano sostuvo que la energía eléctrica no constituía una “mercadería” en el sentido del TCCEE, por lo que no podría aplicársele las disposiciones sobre libre circulación de mercaderías. En tal sentido entendió que “...la electricidad presenta [...] mayores semejanzas con la categoría de los ‘servicios’ que con la de las ‘mercancías’ y que, por consiguiente, no está incluida en el ámbito de aplicación material de los artículos 30 a 37 del Tratado [...] la electricidad es una sustancia inmaterial que nunca es útil en sí misma, sino únicamente debido a sus posibles aplicaciones. En particular, tanto su importación como exportación son meras operaciones de gestión de la red eléctrica que, por su naturaleza, entran en la categoría de ‘servicios’”114.

El Gobierno Italiano alegaba, además, que, aunque la electricidad fuera una mercadería a los efectos del TCCEE, según las sentencias del tribunal “Schindler”115 y “ERT”116, la importación y exportación de una mercadería con el objetivo de prestar un servicio, está comprendida dentro del propio servicio y, por tanto, queda fuera del régimen de libre circulación de mercaderías.

El TJUE, recordó sus decisiones en los casos “Almelo” y “Costa”. Respecto al primero remarcó que tanto desde el punto de vista del Derecho comunitario como de los Derechos nacionales, la energía es considerada una mercadería. Conclusión que se corrobora por su inclusión en la Nomenclatura Aduanera de la Comunidad. Respecto al segundo, recordó que en dicho caso se contempló la inclusión de la energía eléctrica en el ámbito del art. 37 TCCEE.

Luego precisó los alcances de las sentencias “Schindler” y “ERT”. Aclaró que lo decidido en la primera “...no puede ser trasladad[o] a una situación, como la del presente caso, en la que los servicios necesarios para la importación o la exportación y para su transporte y su distribución sólo constituyen los instrumentos del suministro al usuario de una mercancía en el sentido del Tratado”117 [énfasis

agregado]. El tribunal rechaza la identificación de la provisión de la energía a los servicios asociados de transporte y distribución y, aunque no lo diga expresamente, recalca que el suministro de la misma opera como el suministro de cualquier mercadería que para llegar al usuario final requiere ser transportada hasta el lugar de consumo. Lo expuesto descarta de plano la asimilación de la provisión de la energía al servicio de transporte o distribución.

Definida la inclusión de la energía en el sistema de libre circulación previsto en el TCCEE y, por ende, en el ámbito de aplicación material de los artículos 30, 34 y 37 del citado tratado, analizó si la existencia de derechos exclusivos de exportación e importación a favor de ENEL era contraria al art. 37 TCCEE.

El tribunal concluyó que la existencia de dicha exclusividad implicaba un trato discriminatorio con los restantes operadores y vendedores de los Estados Miembros. Además señaló que ENEL reserva la producción eléctrica nacional al consumo interno, lo que tiene por efecto restringir las corrientes de exportación y establecer una diferencia de trato entre el comercio interior y de exportación, proporcionando una ventaja al mercado interior italiano. En virtud de ello - y otras consideraciones que exceden el objeto del presente apartado - concluyó que la vigencia de los derechos exclusivos de importación y exportación a favor de ENEL era contraria a lo dispuesto en el art. 37 TCCEE. A criterio del TJUE dicha conclusión torna improcedente analizar si dichos derechos son contrarios al art. 30 y 34 TCCEE y si pueden estar justificados conforme al art. 36.118

Teniendo en cuenta lo expuesto al comenzar este apartado respecto a la multiplicidad de normas del TCCEE que configuran el régimen de libre circulación de mercaderías, incluyendo el art. 37, no cabe duda que, a criterio del Tribunal, la energía eléctrica queda comprendida en dicho régimen.

La doctrina jurisprudencial señalada fue ratificada, una vez más, en el caso “Essent”¹¹⁹ resuelto en julio de 2008. La sentencia del Tribunal tuvo su origen en un pedido de decisión prejudicial remitida por el Rechtbank Groningen (Países Bajos) en un procedimiento en el que se discutía la legitimidad de un suplemento tarifario cobrado a un consumidor destinado a recuperar el costo de determinadas inversiones - algunas motivadas por las autoridades públicas - en el marco de proceso de liberalización del mercado energético de los Países Bajos. Cabe señalar que la controversia se dio cuando ya se encontraba en vigencia la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la cual se establecieron normas comunes con relación a la generación, transmisión y distribución de electricidad.

Más allá del análisis efectuado por el TJUE sobre la calificación y legitimidad del suplemento tarifario citado, dicho tribunal volvió a recurrir a lo expuesto en las sentencias “Almelo” y “Comisión c. Italia” para sostener que la energía es una mercancía a los efectos del TCE¹²⁰.

En suma desde su comienzo, primero a través de las sentencias del TJUE, luego a través de la actividad legislativa del Parlamento Europeo y el Consejo - 2003/54/CE¹²¹-, la energía eléctrica es interpretada como una mercancía a los fines del régimen de libre circulación de mercaderías contemplado en el tratado.

III.D. Compromisos multilaterales y bilaterales relativos a la libre circulación de energía eléctrica

III.D.1. Acuerdos multilaterales

a) Memorando de Entendimiento Relativo a los Intercambios Eléctricos e Integración Eléctrica en el MERCOSUR

La Dec. CMC N° 10/98 aprobó el “Memorandum de Entendimiento Relativo a los Intercambios Eléctricos e Integración Eléctrica en el MERCOSUR”¹²² (“Memorandum de Integración Energética MERCOSUR”) en cuyo considerandos se destaca el interés de los Estados Partes en incrementar los intercambios eléctricos con miras a la complementación de sus recursos energéticos, garantizar el abastecimiento regional de energía eléctrica, vender los ex- cedentes de generación y propender a la complementación de la capacidad instalada en cada Estado.

Los Estados Partes se comprometieron a otorgar las autorizaciones, licencias y concesiones que permitan la construcción y operación de las interconexiones necesarias, así como la definición de un marco normativo que asegure el libre comercio de energía eléctrica – basada en el principio de reciprocidad y transparencia del mercado – de acuerdo a la legislación vigente en cada Estado y los demás tratados vigentes entre los Estados Parte.

En virtud de las consideraciones citadas, los Estados Partes, acordaron determinados principios de simetría mínima entre los que se incluyen:

- Asegurar condiciones de competencia en el mercado de generación, excluyendo la aplicación de subsidios y con precios que reflejen costos económicos eficientes, evitando prácticas discriminatorias con relación a los agentes de los Estados Parte.
- Permitir que los distribuidores, comercializadores y grandes usuarios contraten libremente sus fuentes de provisión que podrán estar ubicados en cualquiera de los Estados Partes.
- Permitir y respetar la celebración de contratos de compra- venta de energía, libremente pactados entre los agentes generadores y los demandantes, comprometiéndose a no establecer restricciones al cumplimiento físico de los mismos, distintas de aquellas establecidas para los contratos del mercado interno.
- Asegurar que el marco regulatorio de sus mercados eléctricos permitan que los vendedores garanticen el suministro, independientemente de los requisitos del mercado de origen del suministro.
- No discriminar entre los agentes del mercado, cualquiera sea su ubicación geográfica.
- Permitir que, dentro de la operación de cada Estado Parte, el abastecimiento de la demanda surja del despacho económico de cargas, incluyendo las ofertas de excedentes que podrían ser entregados a través de una interconexión internacional y, en consecuencia, la instalación de la infraestructura de comunicación y enlaces de datos necesarios para la operación en tiempo real de los mercados y de las interconexiones.
- Garantizar el acceso abierto a las instalaciones de transporte y distribución, incluyendo las interconexiones internacionales¹²³. - Asegurar el acceso abierto a la información de los sistemas eléctricos, de los mercados y sus transacciones en materia de energía eléctrica.
- Realizar los estudios necesarios con miras a la operación conjunta de los sistemas eléctricos, los mercados y sus transacciones. De tales principios puede colegirse que el punto sobre el que se fundamentan los intercambios eléctricos y el desarrollo de la integración eléctrica regional, es el libre intercambio de energía eléctrica entre los distintos actores de los mercados eléctricos de los Estados

Partes, ya sean estos públicos o privados. Ello es coincidente con el principio de libre circulación de mercaderías analizado, lo cual demuestra que al igual que cualquier otra mercadería, el comercio de energía eléctrica debe estar exento de trabas o restricciones tanto de índole arancelario como no arancelario¹²⁴.

Si bien varios de los principios reseñados requieren el desarrollo de la regulación nacional, de ellos, también se derivan obligaciones concretas hacia los Estados Partes que, siguiendo con la doctrina de los TAHM reseñada anteriormente, implica un deber de cumplimiento efectivo por parte del Estado afectado.

En tal sentido cabe señalar la obligación asumidas por los Estados signatarios de “permitir a distribuidores, comercializadores y grandes demandantes de energía eléctrica, contratar libremente sus fuentes de provisión, que podrán localizarse en cualquiera de los Estados Partes del MERCOSUR” que se ve complementado con la obligación de no discriminación prevista más adelante.

Los puntos anteriores se relacionan con dos casos que llegaron al análisis CSJN¹²⁵ en los cuales los actores solicitaban que se declare la inconstitucionalidad de la resolución N° 61/92 y concordantes de la Secretaría de Energía de la Nación Argentina por las cuales se reconocía a las empresas de los países interconectados como agentes del MEM, considerando su demanda de exportación a los efectos de calcular las transacciones del MEM y los sobrecostos que las operaciones de exportación traían aparejadas. En particular, los actores en dichas causas, entendían que la exportación de energía obligaría a despachar a generadores menos eficientes lo que se traduciría en un aumento del precio del mercado spot del MEM y que en el caso de Misiones, se modificaría las condiciones de dicho nodo en el MEM aumentándose el precio de la energía para dicho nodo.

En el caso del amparo planteado por Electricidad de Misiones S.A., entre los argumentos que esgrimió el Estado Nacional para responder la demanda, se incluyeron la vigencia y los compromisos derivados del “Memorandum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica” - sobre el que se volverá más adelante - y del Memorandum de Integración Energética MERCOSUR. Respecto a éste último sostuvo que la garantía de libre intercambio comercial de energía eléctrica acordado entre empresas de los Estados Partes “...se traduce para los Estados Partes (entre ellos Argentina y Brasil) en los siguientes compromisos: i) de otorgar autorizaciones licencias y concesiones que posibiliten construir, operar y explotar las interconexiones internacionales, ii) de permitir la libre celebración de contratos de aprovisionamiento de energía eléctrica, iii) de respetar los contratos celebrados conforme al punto anterior, iv) de no someter a dichos contratos a restricciones relativas a su cumplimiento físico distintas a las que rigen para los contratos internos de la misma naturaleza, v) de no discriminar entre productores y consumidores cualquiera sea su ubicación geográfica, vi) de respetar el acceso libre a la capacidad remanente de las interconexiones de transporte y distribución, e interconexiones internacionales, sin restricciones que tengan relación con la nacionalidad o el destino (interno o externo) de la energía”¹²⁶ [énfasis agregado]. Es decir que si bien el Memorandum Integración Energética MERCOSUR enumera “principios” el propio Estado Argentino en una causa judicial reconoce que de aquellos se extienden “compromisos” concretos que debe garantizar.

Ante el desistimiento de la demanda por parte de EMSA, la CSJN no analizó el fondo de la cuestión traída a su conocimiento en dicha causa. Sin embargo, sí lo hizo en la acción promovida por la Provincia de Entre Ríos (análoga a la iniciada por EMSA¹²⁷). Al rechazar in limine la demanda (por la idoneidad de la vía elegida)

recordó lo expuesto por el Estado Nacional en cuanto a que la suscripción de los acuerdos citados "...determinados a definir normas generales que garanticen el libre comercio de energía eléctrica basada en el principio de reciprocidad en la competencia y transparencia del mercado de acuerdo con la legislación vigente en cada país, el Tratado de Montevideo de 1980 y el Tratado de Asunción de 1991, los que se verían seriamente afectados si se accediese a la pretensión interpuesta"¹²⁸.

Asimismo remarcó que uno de los puntos que debía ponderarse en la causa es la responsabilidad internacional que cabría al Estado Argentino por el incumplimiento de los compromisos asumidos en los instrumentos citados¹²⁹. Ello remarca la posición del Estado Nacional en dichas actuaciones en cuanto a la existencia de compromisos concretos que deben ser respetados por dicho Estado ya que mal podría hablarse de responsabilidad internacional si no hay previamente un compromiso exigible a su cargo.

En similar sentido, otras dependencias del Estado Argentino, han fundamentado la emisión de diversos actos administrativos en los compromisos derivados del Memorandum de Integración Energética MERCOSUR. Así la Secretaría de Energía, lo ha citado como fundamento para otorgar diversas autorizaciones de exportación (Res. SE 5/00, 76/03, 77/03 y 78/03).

Por su parte, en los considerandos de la resolución general de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) No 971, por la cual se establecen las normas a seguir desde el punto de vista aduanero para la exportación de energía eléctrica a través de líneas de transmisión, se lee "que las presentes normas se ajustan a los términos del "Memorandum de Entendimiento" relativo a los intercambios eléctricos e integración energética en el MERCOSUR, acordado por el Consejo del Mercado Común, mediante Decisión N° 10, de fecha 23 de julio de 1998".

En suma, el Memorandum de Integración Energética MER- COSUR se encuentra vigente¹³⁰ y no sólo establece principios que los Estados Miembros deben desarrollar en sus ordenamientos jurídicos nacionales, sino que, tal como fue reconocido por las autoridades argentinas en diversas oportunidades, crea compromisos concretos que los Estados signatarios deben garantizar, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional, frente al resto de los signatarios.

b) Acuerdo Marco sobre Complementación Energética Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados

El 9 de diciembre de 2005, en la ciudad de Montevideo, se suscribió el "Acuerdo Marco sobre Complementación Energética Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados"¹³¹⁻¹³² ("Acuerdo de Complementación Energética") con miras a avanzar en la integración energética regional con relación a la producción, transporte, distribución y comercialización de energéticos en los Estados signatarios.

Si bien el Acuerdo de Complementación Energética no contiene disposiciones directamente aplicables al libre intercambio de energía eléctrica, a través de los mecanismos que en él se contemplan, se prevé el desarrollo de las bases necesarias para asegurar el intercambio de los recursos energéticos de los Estados signatarios.

En tal sentido, se propende a la coordinación institucional, regulatoria y técnica de las actividades nacionales en materia de proyectos y obras de infraestructura que permitan el intercambio de recursos energéticos, así como la coordinación de las

políticas nacionales para la concreción de proyectos y obras de infraestructura que propicien la complementación de sus intercambios.

Los Estados signatarios podrán suscribir acuerdos regionales, subregionales o bilaterales en diversas áreas – entre las que se incluye la interconexión e intercambio de energía eléctrica –, tendientes a profundizar la integración energética. En caso que se desarrollen acuerdos específicos de interconexión o integración entre algunos de los Estados signatarios, éstos deberán informar a los demás Estados signatarios que podrían verse beneficiados a fin de que éstos puedan negociar su incorporación.

El Acuerdo de Complementación Energética contribuye a sentar las bases necesarias para profundizar el intercambio y la integración en materia energética, promoviendo la coordinación entre los Estados signatarios y el desarrollo de proyectos de infraestructura que permitan la interconexión de los sistemas nacionales.

III.D.2. Acuerdos bilaterales

Los Estados Partes han suscripto diversos acuerdos en materia energética, algunos de los cuales se remontan a principios del siglo XX. Sin embargo en el presente apartado sólo se hará referencia a aquellos que se refieren específicamente a los aspectos que contribuyen a la integración de sus mercados eléctricos y a los intercambios eléctricos entre dichos Estados.

a) Argentina - Brasil

Las relaciones bilaterales en materia energética entre Argentina y Brasil se remontan a la década de 1970¹³³. Desde entonces, ambos Estados han promovido el desarrollo de sus vínculos en esta materia.

En abril de 1996 se firmó el “Protocolo de Entendimiento ente la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre Integración en Materia Energética” (“Protocolo de Integración Energética”) en virtud del cual, las partes se comprometieron a establecer, en sus respectivas legislaciones internas, condiciones que permitan transacciones de energía eléctrica y gas natural libremente contratadas entre particulares de ambas Naciones, comprometiéndose a otorgar las autorizaciones necesarias y evitándose prácticas discriminatorias.

Si bien acordaron que el marco normativo aplicable a la importación, exportación y transporte de energía eléctrica y gas natural sería el constituido por la respectiva legislación de cada país, el régimen jurídico que las Partes se comprometieron a establecer debe permitir que exportadores e importadores negocien y acuerden el precio de compraventa de dichos bienes, cuyas tarifas y precios deberán reflejar costos económicos eficientes, los servicios asociados a los mismos, los volúmenes involucrados, las garantías necesarias y las demás condiciones comunes a este tipo de contrato (parágrafo 6).

Además los Estados signatarios se comprometieron a “...fomentar las medidas necesarias entre las cuales se halla la adecuación de los sistemas tarifarios y restricciones no tarifarias para la consecución de los objetivos definidos en este instrumento”. La referida adecuación implica establecer las condiciones que permitan promover el libre intercambio de energía y la concreción de nuevos proyectos de interconexión que posibiliten la integración de ambos mercados¹³⁴. Atento a que a la fecha de la celebración del protocolo en comentario, las partes ya habían conformado el MERCOSUR, los objetivos y medios planteados en el protocolo no podían ir en contradicción con el TA, de allí que las partes hayan remarcado la necesidad de adecuar los regímenes tarifarios y no tarifarios. Por ello dicha adecuación necesariamente debe incluir la eliminación de las medidas

arancelarias y no arancelarias que afectaban el comercio de energía eléctrica entre Argentina y Brasil

En 1997 y, “Determinados a definir o mantener normas generales que garanticen el libre comercio de energía eléctrica, basadas en el principio de reciprocidad en la competencia y transparencia del mercado, de acuerdo con la legislación vigente en cada país, el Tratado de Montevideo de 1980 y el Tratado de Asunción de 1991, con el objetivo de promover el desarrollo del proceso de integración eléctrica regional y los compromisos internacionales asumidos por cada una de las partes”, Argentina y Brasil suscribieron el “Memorandum de Entendimiento entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica”.

En dicha oportunidad acordaron principios de simetría mínima - coincidentes con los que con posterioridad se incorporaron al Memorandum de Integración Energética MERCOSUR – entre los que se destacan:

- Asegurar condiciones competitivas del mercado de generación, sin la imposición de subsidios que puedan alterar las condiciones normales de competencia y con precios que reflejen costos económicos eficientes, evitando prácticas discriminatorias con relación a los agentes de la demanda y de la oferta de energía eléctrica de ambos países.
- Permitir a distribuidores, comercializadores y grandes demandantes de energía eléctrica contratar libremente sus fuentes de provisión, que podrán localizarse en cualquiera de los dos países.
- Permitir y respetar la realización de contratos de compra- venta libremente pactados y no establecer restricciones al cumplimiento físico de los mismos, distintas a las establecidas para contratos internos.
- Posibilitar, dentro de cada país, que el abastecimiento de la demanda resulte del despacho económico de cargas, incluyendo ofertas de excedentes de energía en las interconexiones internacionales.
- Respetar el acceso abierto a la capacidad remanente de las instalaciones del transporte y distribución, incluyendo también el acceso a las interconexiones internacionales, sin discriminaciones que tengan relación con la nacionalidad y el destino (interno o externo) de la energía o con el carácter público o privado de las empresas, respetadas las tarifas reguladas para su uso.
- El desarrollo de los estudios necesarios para una operación conjunta de los mercados de ambos países.

Tal como se afirmara respecto al Memorandum de Integración Energética MERCOSUR, los principios citados, se basan en el libre accionar de los actores de los mercados eléctricos brasileño y argentino en materia de intercambios eléctricos en forma coincidente con lo estipulado en el protocolo antes analizado.

No debe perderse de vista que en los considerandos del memorandum se lee expresamente que su celebración tiene en miras el “libre comercio de energía eléctrica”. Es por ello que las obligaciones que asumieron los Estados en cuenta a la necesidad de ajustar sus legislaciones internas, conlleva la no aplicación de medidas que afecten el intercambio de energía y el tratamiento igualitario entre los actores de dichos mercados ya sean estos nacionales o extranjeros y cualquiera sea el destino de la energía generada.

Posteriormente, a partir de la creación de la Comisión Mixta Bilateral Permanente en Materia Energética - establecida por las notas reversales el 5 de julio de 2002 –

se suscribieron diversos acuerdos¹³⁵ que permitieron el intercambio de energía eléctrica entre la Argentina y Brasil bajo diversas modalidades desde 2005 a la fecha. Cabe señalar que los intercambios ejecutados en base a dichos acuerdos fueron realizados por las autoridades competentes de ambos Estados¹³⁶.

En suma, los instrumentos suscriptos entre Argentina y Brasil a lo largo de las últimas décadas tienen como objetivo promover la interconexión y el libre intercambio eléctrico entre ambos Estados. Cabe destacar que los principios acordados por ambos Estados en el Memorandum de Entendimiento sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica fueron la base para la elaboración del Memorandum Integración Energética MERCOSUR, lo cual refuerza los compromisos que dichos Estados han asumido en la materia a través de la suscripción del TA y de la restante normativa regional relativa a la libre circulación de mercaderías.

b) Argentina - Paraguay

Tal como se expuso anteriormente, la construcción de proyectos hidroeléctricos binacionales fue el principal motor de la integración energética en la región. Por ello, la gran mayoría de los acuerdos en materia energética suscriptos por Argentina y Paraguay se refieren a la construcción, desarrollo y terminación de Yacyretá y la construcción del proyecto Corpus Christi.

Sin embargo también se han celebrado acuerdos que amplían los alcances de dicha integración. En 1989 se suscribió el “Protocolo de Integración Energética entre el Gobierno de la República Argentina el Gobierno de la República del Paraguay” en el cual, las partes - con miras a avanzar en la integración energéticas -, se comprometieron a analizar nuevos puntos de conexión y mejorar los existentes a dicha fecha entre los que se encontraban la conexión entre Encarnación y Posadas (en 33kV) y entre Guarambaré y Clorinda (en 220 kV).

Un año después los gobiernos de ambos Estados Partes firmaron el “Protocolo de Energía” en el que, básicamente, se prevé un intercambio de petróleo crudo, derivados y gas licuado de parte de Argentina a Paraguay y de fuel oil y energía eléctrica de Paraguay a Argentina.

c) Argentina - Uruguay

La Argentina y Uruguay han suscripto numerosos acuerdos a fin de desarrollar el proyecto de Salto Grande¹³⁷, sin embargo, la interconexión eléctrica entre ambos países va más allá e incluye otras interconexiones de gran potencia que justificaron y justifican la suscripción de acuerdos más amplios que incluyen la operación interconectada de ambos sistemas eléctricos nacionales.

El 12 de febrero de 1974 los plenipotenciarios de ambos Estados suscribieron, en la ciudad de Buenos Aires, el “Acuerdo de Interconexión Eléctrica” (“Acuerdo de Interconexión 1974”) destinado a interconectar los sistemas eléctricos nacionales de transporte de energía Gran Buenos Aires - Litoral y Montevideo - Río Negro. Dicha interconexión tenía como objetivos permitir: i) el intercambio de energía de apoyo y sustitución entre los sistemas; ii) asistencia entre los sistemas en caso de emergencia; iii) absorción por el sistema argentino de los excedentes del sistema Río Negro - Montevideo; iv) suministro de energía eléctrica desde Argentina a Uruguay.

Conforme al artículo 6 se crearía una Comisión de Interconexión que tendría como función dar cumplimiento al “Acuerdo de Interconexión 1974”¹³⁸. Asimismo, se previó que la SE y Usinas y Teléfonos del Uruguay (actual UTE) celebren un convenio detallado de ejecución del citado acuerdo.

En tal marco, con fecha 27 de mayo de 1983 se suscribió el “Convenio de Ejecución del Acuerdo de Interconexión Energética del 12 de Febrero de 1974 entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay”¹³⁹ (“Convenio de Ejecución”). En sus considerandos se recordó que la voluntad de ambos Estados de desarrollar y avanzar en la interconexión de sus sistemas eléctricos se ha manifestado en forma constante desde 1946 con el convencimiento de que la normatización de las actividades de interconexión permitirá su desarrollo en un marco de seguridad y armonía.

Los fines del Convenio de Ejecución incluyen: i) intensificar la cooperación en materia energética; ii) propender a la integración física de ambos países; iii) permitir la operación permanente y estable de los sistemas interconectados; y iv) propender a un uso racional de los recursos.

En dicho marco se establecieron diversos objetivos entre los que se destacan la realización de intercambios de energía y potencia, el suministro de energía de sustitución, la absorción recíproca de excedentes, la asistencia entre los sistemas en caso de emergencias y la mejora en la calidad y seguridad de los sistemas.

Con miras a alcanzar tales objetivos el Convenio de Ejecución regula en forma detallada las operaciones que se realizarán en su marco, así como los mecanismos para la valorización de dichas transacciones, la descripción de los sistemas eléctricos de cada estado y de las interconexiones que los vinculan¹⁴⁰ y sus puntos de medición, etc.

Asimismo regula el funcionamiento de la Comisión de Interconexión prevista en el Acuerdo de Interconexión 1974.

En materia de interconexión, el artículo 3 establece en forma expresa que “Si en el futuro ambas Partes deciden construir otras obras de interconexión eléctrica entre sí, ellas se regirán por las disposiciones del presente Convenio”, aspecto no menor teniendo en cuenta el régimen previsto en el mismo y los compromisos asumidos por cada Estado. Además “[r]econociendo que futuros desarrollos en los sistemas eléctricos de los países de la región, llevarán a interconexiones múltiples de los mismos que implicarán propósitos y objetivos concordantes con los establecidos...” se comprometieron a mantenerse informados sobre las interconexiones de sus sistemas eléctricos interconectados nacionales con los de otros países limítrofes y a procurar que las instalaciones de sus sistemas permitan intercambios con otros países.

Sin embargo, la disposición más relevante en materia de libre circulación de energía eléctrica se encuentra en el artículo 40 del convenio, en el cual expresamente se establece que “[l]as transacciones comerciales e intercambios de potencia y energía eléctrica entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay estarán exentos de cualquier tributo nacional, provincial, departamental o municipal, inclusive del impuesto al valor agregado. La exención comprende: derechos aduaneros o consulares, tasas, regalías y todo otro gravamen de cualquier naturaleza, vigente o a crearse en el futuro” [énfasis agregado].

El texto del Convenio de Ejecución es claro en cuanto dispone la exención de todo gravamen - incluso el IVA - que grave actual o en el futuro a los intercambios de energía eléctrica entre ambos Estados. La inclusión de los derechos aduaneros comprende tanto a los derechos que se aplican sobre la importación como sobre la exportación. Ante la omisión de toda distinción y teniendo en cuenta que ambos forman parte del concepto genérico de “derechos aduaneros”, no sería razonable suponer que se haya querido excluir a unos u a otros. La aplicación conjunta de dicho artículo con el artículo 3, antes citado, lleva a concluir que todo intercambio

de energía eléctrica, ya sea que se realice a través de una de las interconexiones listadas en el Convenio de Ejecución o a través de otra que se construya con posterioridad, deberá gozar de dicha exención.

Posteriormente, en noviembre 1999, en base a lo acordado en el Memorandum de Integración Energética MERCOSUR, a través de un acuerdo por canje de notas, se incorporaron los principios de simetría mínima contemplados en el acuerdo citado al intercambio de energía eléctrica que se realicen a través de las instalaciones de Salto Grande. Más allá de que, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Memorandum de Integración Energética MERCOSUR, no hubiera sido necesaria la celebración del acuerdo por canje de notas citados, se destaca no solo el reconocimiento de la vigencia de dicho memorandum por parte de los Estados Partes, sino también la relevancia de los principios de simetría mínimas citados para la adecuada integración de los mercados eléctricos nacionales y su interconexión.

En suma, la interconexión energética entre Argentina y Uruguay se ha desarrollado a través de los años. Ella no sólo se ciñe a la mera interconexión de los mercados con la posibilidad de realizar inter- cambios puntuales, sino que, a través del Convenio de Ejecución, se detallaron una serie de pautas y compromisos que profundizan dicha conexión al propender a una operación conjunta del sistema interconectado. Además, sobresale, el compromiso de los Estados en promover el libre intercambio de energía al disponer la exención de todo gravamen que pueda incidir sobre dichas operaciones.

d) Brasil - Uruguay

El primer convenio celebrado entre Brasil y Uruguay con referencia a la interconexión de sus mercados eléctricos data de 1975141.

En virtud de los resultados favorables evidenciados en las interconexiones entre diversas ciudades limítrofes¹⁴² y con miras a ampliar la interconexión entre ambos sistemas los gobiernos de dichos Estados acordaron examinar la viabilidad de interconexión entre la Central Hidroeléctrica Dr. Gabriel Tierra en el Río Negro (ROU) y la Central Termoeléctrica Presidente Medici, en Candiota (Brasil). Entre los considerandos del acuerdo se destaca no sólo la obtención de una sustancial economía en los recursos, sino también la mejora en la seguridad y confiabilidad del abastecimiento eléctrico, así como el beneficio de los distintos regímenes hidrológicos entre los ríos de los dos países, lo que permitirá la recuperación de la energía hidráulica secundaria.

Posteriormente, el 29 de septiembre de 1994, se suscribió el “Protocolo al Tratado de Amistad, Cooperación y Comercio entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil para la Interconexión Eléctrica”. En dicha oportunidad se acordó promover el estudio conjunto de la interconexión de ambos sistemas, analizar los aspectos operativos vinculados con el intercambio de energía, así como las formas de comercialización y los marcos jurídicos de referencia necesarios para reglar dichos inter- cambios. En este sentido, se comprometieron a dictar, en el ámbito de cada país, la reglamentación relativa a la importación y exportación de energía eléctrica en base a los principios de equidad y reciprocidad. Además se creó un Grupo de Trabajo Binacional el que tenía a cargo la consecución del objeto del acuerdo.

Casi tres años más tarde, el 6 de mayo de 1997, se celebró el “Memorandum de Entendimiento entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil sobre Interconexión Eléctrica en Extra-Alta Tensión entre los Sistemas Eléctricos de los Dos Países”. Los Estados firmantes, ratificando que las obras de interconexión eléctrica entre Uruguay y Brasil y las gasíferas entre Argentina y

Uruguay constituyen importantes ejemplos de integración energética en el MERCOSUR, ratificaron su decisión de continuar con los estudios necesarios para concretar la interconexión entre sus sistemas eléctricos en extra-alta tensión.

El 14 de diciembre de 1997 se firmó el “Memorandum de Entendimiento entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica”. En sus considerandos se ratifica expresamente la voluntad de los Estados de propender al libre intercambio de energía eléctrica al sostener que el otorgamiento de las licencias y concesiones para la construcción de interconexiones se basará en “...el libre intercambio comercial de energía eléctrica acordado entre empresas de los países y sujetas a las normas regulatorias, técnicas y ambientales vigentes de cada país”. Asimismo se aclara que los Estados se encuentran “[d]eterminados a definir normas o mantener normas generales que aseguren el libre comercio de energía eléctrica, basada en el principio de reciprocidad en la competencia y transparencia del mercado, de acuerdo a la legislación vigente en cada país, el Tratado de Montevideo de 1980 y el Tratado de Asunción de 1991, con el objetivo de promover el proceso de integración regional y los compromisos internacionales asumidos por cada una de las Partes”.

En base a lo expuesto se acordaron principios de simetría mínimos equivalentes a los contemplados en el Memorandum de Entendimiento entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica y en el Memorandum de Integración Energética del MERCOSUR. Cabe destacar la simultaneidad y congruencia entre el acuerdo bajo análisis y el primero de los memorandos citados.

En 2006 se suscribió el “Acuerdo Marco de Interconexión Energética entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil”¹⁴³ (“Acuerdo Marco Interconexión Uruguay-Brasil”) basado en el Acuerdo de Complementación Económica N° 2, el TA, el “Protocolo al Tratado de Amistad, Cooperación y Comercio para la Interconexión Eléctrica” y el Acuerdo Marco de Complementación Energética.

El Acuerdo Marco de Interconexión Uruguay-Brasil tiene como objetivo “...fortalecer la integración energética entre las Partes...” a cuyos efectos busca intensificar la cooperación recíproca en el campo energético y promover la interconexión y los intercambios mutuos de potencia y energía a través de diversas formas de comercialización. Conforme al artículo 4, la expansión de la integración energética entre ambos Estados se realizará de acuerdo a los criterios del Acuerdo Marco de Complementación Energética.

En julio de 2006, se suscribió el “Memorandum de Entendimiento entre el Ministerio de Industria, Energía y Minería de la República Oriental del Uruguay y el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil sobre Interconexión Energética” (“Memorandum Entendimiento MIEM MME 2006”) en el que, teniendo en cuenta el Acuerdo Marco de Complementación Energética y el Acuerdo Marco Interconexión Uruguay-Brasil, se asumió el compromiso de concluir los estudios necesarios para concretar la conexión entre San Carlos (Uruguay) y Candiota (Brasil), así como las condiciones en las que se desarrollaría la obra y la comercialización de la energía una vez que aquella entre en operación comercial. Obra que como se expuso anteriormente se está llevando a cabo al momento de la redacción del presente con financiamiento del FOCEM.

Finalmente, en agosto de 2010, se celebró el “Memorandum de Entendimiento entre el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil y el Ministerio de Industria, Energía y Minería de la República Oriental del Uruguay

sobre el Intercambio de Energía Eléctrica” (“Memorandum Entendimiento Intercambio Energía 2010”), por el cual el gobierno brasileño acordó suministrar energía eléctrica al Uruguay durante el 2010 en dos modalidades (con devolución y sin devolución).

En suma, de los acuerdos reseñados surge la constante vocación del Brasil y el Uruguay de promover y desarrollar la interconexión de sus sistemas eléctricos en base al libre comercio, la reciprocidad y transparencia en las transacciones. En este sentido se destaca la evolución de las interconexiones, comenzando por la interconexión de ciudades limítrofes, pasando por interconexiones de potencia limitada y llegando a la construcción de una línea en extra-alta tensión que permitirá incrementar en gran medida los intercambios entre ambos países.

Las obligaciones asumidas en los acuerdos citados resultan contestes con aquellas asumidas en el TA, el Memorandum de Integración Energética MERCOSUR y el Acuerdo Marco de Complementación Energética. Los principios de simetría mínima acordados en el Memorandum de Integración Energética MERCOSUR fueron determinados con anterioridad al dictado de la Decisión CMC N° 10/98 por Argentina, Brasil y Uruguay en el “Memorandum de Entendimiento entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica” y el “Memorandum de Entendimiento entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil sobre el Desarrollo de Intercambios Eléctricos y Futura Integración Eléctrica”, ambos de 1997. Los principios de simetría mínima contemplados en dichos acuerdo, se basan en el libre comercio de energía eléctrica” entre los Estados Partes, comprometiendo, por ende, a dichos Estados a adaptar su normativa nacional a fin de permitir dicho intercambio en forma coincidente con las obligaciones asumidas en el MERCOSUR.

e) Paraguay - Uruguay

El 25 de marzo de 1976 los gobiernos de Paraguay y Uruguay suscribieron el “Convenio de Intercambio Comercial Complementación Industrial entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay” (“Convenio de Intercambio Comercial”) con miras a intensificar la cooperación entre ambas naciones, proyectando acciones concretas destinadas a ampliar las relaciones económicas entre las partes. En los considerandos del acuerdo se destaca la que la cooperación y acciones previstas en dicho acuerdo permitirán profundizar la integración entre ambos países, prevista en el Tratado de Montevideo de 1960.

El acuerdo comentado prevé diversos mecanismos para promover el intercambio comercial entre ambos Estados, entre los que se encuentran el otorgamiento de concesiones arancelarias, con- cesiones especiales para facilitar la suscripción de acuerdos de complementación industrial, un programa de liberación en los intercambios, otorgamiento de beneficios ante la radicación de industrias etc.

El 10 de noviembre de 1995 y considerando la vigencia del Convenio de Intercambio Comercial y del TM80, se celebró el “Protocolo Adicional sobre Cooperación Energética entre la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay”. En dicho acuerdo, las Partes, basadas en el principio de beneficio mutuo, se comprometieron a, entre otros, otorgar asistencia entre los sistemas eléctricos y a absorber los excedentes energéticos del sistema hidroeléctrico paraguayo.

III.E. Conclusiones preliminares

De lo expuesto hasta el momento se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El TA y el Derecho derivado del MERCOSUR incluye, por una parte, disposiciones programáticas que requieren la adopción de medidas por parte de los Estados Parte para su aplicación y, por la otra, disposiciones que no requieren de dicha implementación, siendo por tanto operativas y de cumplimiento obligatorio para los Estados Parte.
- Aún cuando la normativa derivada requiera la internalización en los ordenamientos jurídicos nacionales, ésta es obligatoria para ellos. De dicha obligatoriedad se desprenden diversas consecuencias. Los Estados deben: i) incorporar la normativa a sus ordenamientos; ii) adoptar las medidas internas necesarias para el efectivo “cumplimiento” de lo allí dispuesto y iii) consecuentemente, no adoptar medidas que frustren o dificulten su aplicación.
- El régimen de libre circulación de mercancías en el MERCOSUR, incluye la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio intrazona, un régimen de origen, así como la adopción de un régimen de valoración en aduana y de medidas protectorias al comercio común.
- La eliminación de las restricciones arancelarias comprende a los “gravámenes” definidos en el art. 2 a) del PLC, es decir, los derechos aduaneros – derechos de importación y exportación – y cualquier otro recargo que incida sobre el comercio exterior.
- La eliminación de las restricciones no arancelarias comprende todas aquellas medidas de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte por decisión unilateral, el comercio recíproco. Se excluyen aquellas medidas que estuvieren comprendidas en el art. 50 TM80 y siempre que las mismas estén destinadas a proteger los bienes listados en dicho artículo. Conforme a la jurisprudencia del TPR la admisión de restricciones no arancelarias en el marco del art. 50 TM80 requiere que la medida no sea discriminatoria, se encuentre justificada y las restricciones que establezca sean proporcionales al fin perseguido.
- Los Estados Partes se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de mercaderías y, por ende abstenerse de aplicar medidas restrictivas al comercio recíproco. Dicha obligación cobró mayor relevancia a partir de la finalización del PLC.
- Conforme a la jurisprudencia del TPR, los Estados Partes no sólo deben garantizar la libre circulación económica de las mercaderías, sino también la libre circulación física de las mismas, condición ineludible para que puede implementarse la primera.
- La energía eléctrica debe ser considerada como una mercadería a los efectos del TA, aplicándosele, por tanto, el régimen de libre circulación previsto en dicho acuerdo y en la restante normativa mercosureña derivada.
- La libre circulación de energía eléctrica en el MERCOSUR no sólo está garantizada por el régimen de libre circulación previsto en el TA sino también por diversos acuerdos multilaterales y bilaterales suscriptos entre los Estados Partes, celebrados, tanto en el marco del MERCOSUR, como fuera de él.

IV. Los derechos de exportación sobre la energía eléctrica y la libre circulación en el Mercosur [\[arriba\]](#) 144

IV.A. Los derechos de exportación sobre la energía eléctrica: régimen vigente

Los derechos de importación y exportación se encuentran expresamente contemplados en la CN145. El art. 4 los incluye dentro de las contribuciones que

conforman el Tesoro Nacional. Su regulación se encuentra reservada al Congreso (art. 75 inc. 1) conforme al principio de legalidad en materia tributaria derivado de los arts. 17 y 19 CN¹⁴⁶.

En la actualidad, se encuentran regulados en el CAA y su reglamentación¹⁴⁷, siendo aplicables a las destinaciones definitivas de exportación para consumo¹⁴⁸, incluyendo las exportaciones de energía eléctrica¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

El derecho de exportación aplicable es el establecido por la normativa vigente en la fecha de registro de la solicitud de exportación para consumo (art. 726 CAA), aunque existen algunas excepciones a ese principio general (art. 727 CAA).

El derecho de exportación puede ser ad valorem o específico. En el primer caso, su importe se obtiene mediante la aplicación de un porcentaje sobre el valor imponible de la mercadería¹⁵¹ o sobre precios FOB oficiales. En el segundo caso se trata de la aplicación de una suma fija de dinero por cada unidad de medida.

El régimen general descrito estuvo vigente desde la aprobación del CAA, sin embargo, su falta de implementación práctica durante la década del noventa, no generó controversias. Los conflictos se suscitaron con el advenimiento de la crisis económica-financiera de 2001. En dicha ocasión el Congreso dictó la ley 25.561 por la cual se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (Ley de Emergencia).

La Ley de Emergencia previó el establecimiento de un derecho de exportación a fin de compensar a las entidades financieras por los desequilibrios creados por la pesificación asimétrica en el sistema financiero¹⁵². Conforme a la redacción original del art. 6, el derecho de exportación se mantendría en vigor por un plazo de 5 años, siendo exclusivamente aplicable a la exportación de hidrocarburos¹⁵³. Asimismo se facultó al Poder Ejecutivo Nacional a establecer la alícuota del derecho de exportación que en cada caso o tipo de hidrocarburos correspondería aplicar¹⁵⁴.

Posteriormente, a través de diversas resoluciones, se establecieron los derechos de exportación sobre todo el universo arancelario. La primera de ellas fue la resolución N° 11/02, del Ministerio de Economía e Infraestructura. A través de dicha resolución se estableció un derecho de exportación adicional del 10% sobre las posiciones arancelarias detalladas en las planillas anexas y del 5% sobre las posiciones arancelarias no incluidas en dichas planillas (arts. 1 y 2)¹⁵⁵. Los anexos y alícuotas previstas en la Res. MEI 11/02 fueron modificados por las resoluciones ME N° 35/02¹⁵⁶, 106/02, 307/02 y MEP N° 653/02, 655/05, 113/06, 149/06, 768/06, 1030/06 y 10/07.

Posteriormente, el decreto 509/07 estableció los valores de los derechos de exportación en forma individual para distintas posiciones arancelarias detalladas en su anexo XIV (entre las que no se incluía a la energía eléctrica) y mantuvo el criterio seguido hasta dicho momento por el cual se establecía un derecho de exportación equivalente al 5% para todas aquellas mercaderías no comprendidas en las posiciones arancelarias respecto de las cuales se hubiera fijado un valor específico (art. 18)¹⁵⁷.

El decreto 509/07 facultó al Ministerio de Economía y Producción a realizar aclaraciones, modificaciones y excepciones en los términos de su competencia. Ello motivó el dictado de diversas resoluciones que modificaron los anexos del citado decreto¹⁵⁸. Sin embargo no se modificó la alícuota aplicable a la exportación de energía eléctrica, por lo que a la fecha tales operaciones se encuentran gravadas por un derecho de exportación del 5%¹⁵⁹.

IV.b. La compatibilidad de los derechos de exportación sobre la energía eléctrica en operaciones de exportación intrazona con el régimen de libre circulación de mercaderías

La compatibilidad de los derechos de exportación detallados en el apartado anterior con el régimen jurídico del MERCOSUR ha sido debatida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina argentina.

El debate se centra en el carácter operativo o programático del TA y en si, a pesar de que el TA no se refiere en forma expresa a los derechos de exportación, de su texto puede derivarse una prohibición para los Estados Partes en cuanto a su imposición para el comercio intrazona¹⁶⁰.

IV.b.1. La operatividad del TA

Aquellos que entienden que la Argentina puede válidamente imponer derechos de exportación en el comercio intrazona, parten de la base de que el TA es un acuerdo marco y programático, por lo que sus disposiciones requieren el dictado de nuevas normas para su implementación. Así lo ha entendido la Sala N° 3 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en la causa "Bio Sidus"¹⁶¹ al adoptar los fundamentos de la disidencia del Dr. ALEMANY en otra causa impulsada por el mismo actor pero resuelta en sentido inverso por la Sala N° 5 de dicha Cámara¹⁶².

En dicho precedente el vocal citado entendió que el art. 1 TA es una norma programática y que, en cuanto establece la libre circulación de bienes y servicios, "... esta sujeta a la reglamentación de los Acuerdo de alcance parcial [...] en los que se estatuye como se interpretarán y aplicarán las normas aduaneras contenidas en los tratados internacionales y las pertenecientes a cada ordenamiento interno"¹⁶³. En virtud de ello concluyó que "...los Acuerdos de Alcance Parcial limitan el alcance del Tratado de Asunción y, en consecuencia [...] la exportación e importación entre Argentina y Brasil se rige por el Tratado de Asunción siempre que esté reglamentado por un acuerdo de alcance parcial que le dé plena aplicación. Por ello no es admisible que la invocación del art. 1° del Tratado de Asunción sirva, ipso iure, como fundamento para argumentar la inconstitucionalidad de la resolución 11/02"¹⁶⁴. En similar sentido se expidió la Sala 4 del fuero en la causa "Endesa Cemsa"¹⁶⁵.

Quienes, al contrario, propugnan la incompatibilidad de los derechos de exportación con la libre circulación de mercaderías contemplada en el TA - posición que se estima es la correcta -, sostienen, la operatividad de dicho tratado¹⁶⁶ - en particular del PLC -, destacando que la consecución de los fines del TA y la consolidación del mercado común que allí se prevé implica necesariamente la eliminación de tales derechos. A ello se suma la jerarquía superior que detenta el TA y la normativa comunitaria sobre las normas internas conforme a lo establecido en el art. 75 incisos 22 y 24 CN¹⁶⁷.

La Sala 5, en contraposición a las salas 3 y 4, se ha manifestado a favor de la operatividad de las disposiciones contenidas en los anexos del TA en la causa "Sancor CUL"¹⁶⁸. En dicha oportunidad concluyó que "...si bien la parte sustancial del Tratado resulta así [marco y programático], debe distinguirse que en sus Anexos - parte integrante del mismos- se acuerdan políticas específicas y operativas que ponen en jaque tal consideración. Respecto a la nota de programático, debe resaltarse que la norma suprallegal establece un programa a cumplir a través de sus disposiciones"¹⁶⁹.

La Cámara Federal de Mendoza se expidió en forma concordante al sostener que "...la Resolución N° 11/02 ME, al fijar re- tenciones o derechos de exportación; se

contrapone y viola en forma directa lo establecido en el Preámbulo y los arts. 1° y 5° del Tratado de Asunción, que establecen la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros, a través de la eliminación de los derechos o tributos aduaneros, restricciones no arancelarias y cualquier otra medida de efecto equivalente”170. Mal podría sostenerse dicha violación si no se parte del supuesto de que las normas que se dicen violadas no son operativas.

También se expidió en tal sentido el Juzgado Federal de Primera Instancia de Paso de los Libres171, quien, en este punto recurrió a lo señalado por el I° Laudo del TAHM, al cual ya se hizo referencia y al que cabe remitirse por razones de brevedad172.

BARREIRA, por su parte, comparte dicha postura a cuyos efectos recordó que el TA se enmarca en lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) conforme al cual, los acuerdos que constituyen uniones aduaneras o zonas de libre comercio deben contener un plan y un programa para su efectivización. Sobre dicha base el TA estableció un programa - el PLC - a fin de concretar la liberación progresiva del comercio regional. Señaló que “[s]i bien parte de ese programa no se logró en los plazos preestablecidos, otra parte si se concretó y ha generado derechos y obligaciones”173. A continuación afirmó que “[d]ecir que el Tratado de Asunción es ‘programático’ tiene algo de verdad pero no es toda la verdad. En primer lugar porque si bien algunas de sus disposiciones son ‘programáticas’, otras son claramente ‘operativas’, generando derechos y obligaciones entre los Estados Partes a partir del momento mismo de su celebración. [...] La más importante de ellas es que se obligaron a que cualquier modificación futura de los aranceles debe ser para incrementar su reducción pero no para superar el nivel de los ya existentes en el momento de su firma”174.

En el mismo trabajo, el citado autor, analiza la jurisprudencia de los TAHM respecto al carácter operativo del TA, a cuyos efectos recuerda lo expuesto por dichos tribunales en los laudos N° I, III, IV, VI y X175.

De lo expuesto se desprende que, tal como lo han reconocido los tribunales del MERCOSUR, el ordenamiento jurídico regional - incluyendo el TA - contiene normas operativas y programáticas, siendo incorrecta la generalización a la que se refiere las salas 3 y 4 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo en los fallos citados.

Tampoco resulta correcta la conclusión a la que arriban dichos tribunales respecto a la necesidad de que el TA se encuentre “reglamentado” por un AAP para que el mismo sea aplicable. En primer lugar cabe destacar que no todos los aspectos relativos a la implementación del TA y, en particular a la libre circulación de mercaderías, se encuentran contemplados en protocolos adicionales al ACE 18. La mayoría de los protocolos adicionales se refiere a aspectos específicamente considerados en el ACE 18, por ejemplo, lo referido al régimen de origen del MERCOSUR. Ello es a todas luces razonable, por cuanto implica una modificación a lo dispuesto originalmente en el ACE 18.

Asimismo, cabe recordar que en el Decimotavo Protocolo Adicional al ACE 18, los Estados Partes, reconocieron que no todos los aspectos que hacen al establecimiento del mercado común deben ser contemplados en protocolos adicionales. Así en el artículo primero del citado protocolo - por el cual se instituye al GMC como encargado de la administración del ACE 18 - convienen “[c]omplementar el ACE No 18, cuando lo consideren conveniente, con aquellos instrumentos que faciliten la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento del Mercado Común, conforme al objetivo determinado en el

artículo 1 de este Acuerdo de Complementación Económica” [énfasis agregado]. La aclaración remarcada implica que no todos los instrumentos o actos que coadyuven a la conformación del mercado común deberán protocolizarse en el marco del ACE 18, sino sólo aquellos que los Estados Partes así lo decidan.

Lo expuesto fue posteriormente ratificado en los considerandos de la Resolución GMC N° 43/03 por la cual se aprobó el modelo de protocolo adicional al ACE 18, así como los procedimientos para proceder a dicha protocolización. El primer considerando reza “... [c]uando los Estados Partes decidan protocolizar en ALADI normas del MERCOSUR al amparo del Acuerdo de Complementación Económica N° 18, firmado en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, debe asegurarse por una parte, una perfecta correspondencia entre las normas MERCOSUR y los correspondientes Protocolos al ACE 18 y por otra parte, la entrada en vigencia de los respectivos instrumentos en la misma fecha” [énfasis agregado].

De lo expuesto surge que la protocolización de las normas que se aprueban en el marco del MERCOSUR sólo depende de la decisión en tal sentido de los Estados Partes. Basta repasar las normas protocolizadas en el marco del ACE 18 para comprobar que en aquellos casos el propio texto de la norma mercosureña (Decisión, Resolución o Directiva) establece la necesidad de su protocolización.

Adicionalmente hay aspectos que hacen a la libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR en el tráfico intrazona que no están protocolizados en el marco del ACE 18 y no por eso dejan de tener vigencia en los términos del TA, el POP y el Derecho derivado.

Así, las normas que en el 2000 conformaron el llamado “Relanzamiento del MERCOSUR”, entre ellas la Dec. CMC N° 22/00, - ya analizadas -, no fueron protocolizadas en el ámbito del ACE 18, sin que nadie pueda dudar de su relevancia en lo que hace a la libre circulación de mercaderías y a la consecución del objetivo final de constituir un mercado común.

En materia de armonización de los requisitos fitosanitarios y zoonosanitarios, para la importación de diversas mercaderías, ya sean éstas procedentes de otro Estado Parte como de terceros Estados, se han dictado multiplicidad de resoluciones del GMC que no fueron protocolizadas en el marco del ACE 18.

Otro ejemplo de lo expuesto es el régimen de equipaje en el MERCOSUR, aprobado por la Decisión CMC N° 53/08. En oportunidad de su dictado el CMC no dispuso su protocolización y por ello no fue protocolizado.

Tal tesitura también puede corroborarse con la aprobación del CAM. La Decisión CMC N° 27/10 por la cual se aprobó dicho código, no dispuso su protocolización en el marco del ACE 18, sin que ello, obste a su obligatoriedad y eventual vigencia. No puede discutirse la trascendencia del dictado de un código aduanero regional para la constitución del mercado común y para regular el tráfico de mercaderías entre los Estados Partes¹⁷⁶ y entre estos y los terceros Estados, sin embargo, el CMC no decidió su protocolización y por ello, los Estados Partes no deberán proceder con dicho trámite.

En suma, la protocolización de diversos instrumentos en el marco del ACE 18 depende de la voluntad de los Estados Partes que se efectiviza a través de los órganos del MERCOSUR. Éstos al aprobar las decisiones, resoluciones o directivas, definen si es necesaria o no su protocolización. Dicha protocolización no perjudica en absoluto el carácter obligatorio que tales normas tienen para los Estados Partes¹⁷⁷. Éstos - conforme a lo expuesto a lo largo del presente - se encuentran

obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento y, por ende, deben abstenerse de adoptar medidas que afecten o dificulten su aplicación.

En virtud de lo expuesto, pretender que la implementación del TA y la consecución de sus fines requiera la protocolización de todos los instrumentos necesarios para ello en el marco del ACE 18, evidencia el error al confundir el ámbito de cada uno de los tratados (TA y ACE 18) y desdeña la obligatoriedad que, conforme al POP, detentan las normas aprobadas por los órganos comunitarios. En este sentido, cabe recordar que el TA y las instituciones creadas en consecuencia, no se limita a las relaciones comerciales entre los Estados Partes, sino también a la faz social y política de la región que no puede enmarcarse en el ACE 18 cuyo ámbito de aplicación es de puro tinte comercial.

IV.b.2. El TA y la supresión de los derechos de exportación en el comercio intrazona

Tal como se expuso anteriormente, quienes afirman la compatibilidad de la aplicación de derechos de exportación al comercio intrazona entienden que la falta de mención expresa al respecto en el TA, deja en manos de cada Estado Parte, la decisión de su establecimiento, sin que ello signifique una violación a los compromisos asumidos en dicho acuerdo.

En tal sentido se manifestó el Procurador General de la Nación en su dictamen en la causa “Sancor CUL”¹⁷⁸. En dicha oportunidad entendió que “... no hay en el tratado constitutivo del mencionado mercado común ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros”¹⁷⁹. Asimismo continuó afirmando que “[n]o se me escapa que este tipo de medidas tributarias, tomadas sea con finalidad recaudatoria o bien extrafiscal, por hipótesis, podrían llegar a modificar o desalentar en cierto grado las corrientes naturales de comercio entre los países de que se trate, al hacer menos atractiva la opción de exportar el producto. Pero tampoco dejo de destacar que ello constituiría siempre una decisión tomada por el Estado exportador, que no compromete -en principio- el comercio con los otros Estados socios, en tanto que las mercancías originarias o provenientes de éstos no están alcanzadas por estos derechos, precisamente, ya que no se trata de gravámenes a la importación”¹⁸⁰.

Más adelante expresó que “...del plexo de tratados internacionales constitutivos del Mercosur no puede concluirse que la ‘eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida de efecto equivalente’ alcance a los derechos que cada Estado miembro puede aplicara a la exportación de sus mercancías”¹⁸¹. En palabras del Procurador, dicha conclusión se deriva de una interpretación de buena fe del TA de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena, procurando que todas las disposiciones del tratado se armonicen y no se destruyan entre sí y teniendo en cuenta tanto los fines de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, “...de modo de adoptar como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor, y de esta forma dar pleno efecto a la intención del legislador”¹⁸².

Además citó en su apoyo lo dispuesto en el art. 7 TA en cuanto dispone la no discriminación en materia tributaria entre los productos originarios de los restantes Estados Partes y el producto local - entendiendo que allí se hace referencia a los derechos de importación -; y lo dispuesto en el PLC en cuanto a la desgravación lineal y automática de los derechos de importación.

En similar sentido a lo expresado por el PGN se manifestó MONZÓ¹⁸³ quien de su análisis sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, el grado de avance del proceso de integración y la práctica de los Estados Partes en la materia, concluyó que el TA no inhibe a los Estados Partes a aplicar derechos de exportación en el comercio intrazona. En tal sentido, entendió que, los acuerdos que procuran instrumentar zonas de libre comercio, en materia de eliminación de aranceles se refieren a los derechos de importación por lo que, es establecimiento de derechos de exportación, no viola la libertad de comercio internacional.

La posición contraria a la expuesta, es decir, aquella que sostiene la incompatibilidad de los derechos de exportación en el comercio intrazona, funda sus conclusiones en la operatividad del TA, los objetivos del TA y la necesidad de recurrir a una interpretación armónica de sus disposiciones.

Antes de señalar los argumentos dados por la jurisprudencia y la doctrina que se inscriben en esta postura, cabe recordar que el art. 756 CAA establece que las facultades previstas en el art. 755 deben ejercerse “respetando los convenios internacionales vigentes”. Dicha aclaración, si bien es de extrema utilidad en la discusión planteada, resulta evidente. Tal limitación surge de la primacía que detentan los tratados sobre las leyes nacionales, primacía que hoy es reconocida expresamente en la CN y en el derecho internacional consuetudinario sintetizado en la Convención de Viena. Ni el Congreso, ni el PEN en ejercicio de facultades delegadas por aquél¹⁸⁴ pueden ir en contra de las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales suscriptos por la República. Ello conllevaría la responsabilidad internacional del Estado, responsabilidad que la CSJN ha celosamente guardado en su jurisprudencia.

Por su parte, la interpretación de las disposiciones de los tratados, en este caso del TA, debe realizarse de buena fe (art. 31 Convención de Viena). Así lo ha sostenido constantemente la CSJN.

Con particular referencia al TA, cabe remitirse a lo expuesto al analizar el régimen de libre circulación de mercaderías, en particular a lo decidido en el primer laudo arbitral en el cual se señaló que dentro del concepto de buena fe se incluye “... no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos [...] sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos”¹⁸⁵.

Bajo tales premisas, sostener, como lo hizo el Procurador General de la Nación en el caso “Sancor CUL” que la falta de mención expresa en el TA de los derechos de exportación permite su aplicación por los Estados Partes y que la mención de los derechos de importación en la restantes disposiciones del tratado refuerzan dicha conclusión, no se ajusta a una interpretación de buena fe del TA¹⁸⁶.

Recuérdese que el principio de libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR contempla la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio intrazona, incluyéndose, entre las primeras, a los “gravámenes” definidos en el art. 2 a) del PLC, es decir, a “los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efecto equivalente”. Como se expuso anteriormente, la doctrina especializada y los glosarios de la ALADI y de la Organización Mundial de Aduanas, incluyen dentro de los derechos aduaneros, tanto a los derechos de importación como de exportación. En consecuencia, el

sistema de libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR contempla la eliminación de dichos tributos.

Además, el hecho de que el TA contenga disposiciones que hagan específica referencia a los derechos de importación, en modo alguno, implican que se excluya de su alcance a los derechos de exportación¹⁸⁷. Las referencias a los derechos de importación en el TA no restringen el alcance de la definición prevista en el art. 2.a) del PLC. En tal sentido cabe recordar que una de las pautas básicas de hermenéutica jurídica indica que cuando la ley no distingue no cabe al intérprete realizar distinciones, menos aún, cuando éstas alteran el fin perseguido por la norma.

La doctrina es conteste en que tales tributos dificultan, obstaculizan y/o desalientan el comercio regional¹⁸⁸. De hecho, el propio Procurador General lo reconoce, por lo que sostener, como lo hace, que estarían justificados porque es el propio Estado exportador el que los impone resulta contradictorio.

La libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR no está planteada en sentido unidireccional, en beneficio del acceso a los exportadores de un país a los mercados de los otros Estados miembros del bloque. Al contrario, teniendo en miras los fines últimos del MERCOSUR, y la preeminencia que los gobiernos de los Estados Partes, otorgaron al desarrollo de sus pueblos, no puede limitarse a la eliminación de los derechos de importación, sino a todas las medidas que dificulten el comercio entre sus agentes económicos. La imposición de derechos de exportación, no sólo perjudica a los productores nacionales que ven dificultada la exportación de su producción, sino también a los consumidores de los Estados vecinos que ven retaceadas las opciones para su consumo.

Así lo ha reconocido la Sala 5 de la CNCAF en “Sancor CUL” al sostener que “...todo proceso de integración económica, debe desechar toda forma de discriminación, para lograr un espacio libre de circulación, en otros términos, deben eliminarse toda clase de restricciones que impidan lograr tal objetivo esencial”¹⁸⁹. Si bien reconoce que podría ocurrir que las restricciones no puedan eliminarse en forma inmediata, destaca que lo que no podría admitirse en ningún caso es “...la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al tiempo de firmarse el Acuerdo, aunque ello se base en una situación de emergencia...”¹⁹⁰.

Dicho tribunal concluyó que “[e]stablecer derechos de exportación en los términos de la resolución 11/02, viola en forma directa lo establecido en el Preámbulo, artículo 1° y 5° del Tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que la norma suprallegal dispone. En este sentido [...] el ordenamiento jurídico interno no puede dificultar u omitir la implementación del Tratado de Asunción”¹⁹¹⁻¹⁹². En este sentido, la CSJN en “Cocchia” afirmó que la suscripción del TA en el que los Estados Partes se comprometieron a asegurar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países y la coordinación de políticas macroeconómicas, configuró una “...clara definición de lo integran. Los derechos de exportación son una restricción indirecta al tráfico internacional, que indudablemente restringen la libre circulación de mercadería”¹⁹⁸.

Además de la jurisprudencia y doctrina argentina, el propio TAHM tuvo oportunidad de expedirse en la materia. Se trata del laudo relativo a la “Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”¹⁹⁹ planteada por Uruguay contra los decretos 3646 y 3647, ambos del 30 de octubre de 2000, de la República Federativa del Brasil por los cuales se

implementaron derechos de exportación sobre los productos antedichos que alcanzaban el 150%200.

Uruguay, previo al inicio del arbitraje, solicitó que Brasil aplique medidas correctivas. Habiendo finalizado el plazo para ello, Brasil dictó el decreto 4831, de fecha 5 de septiembre de 2003, por el cual se derogó el decreto 3647.

Atento a que se mantenía vigente el decreto 3646, Uruguay notificó su decisión de dar inicio al procedimiento arbitral. Uruguay presentó su reclamo en tiempo y forma, sin embargo, Brasil, omitió presentar su respuesta lo que dio lugar a la declaración de puro derecho de la controversia. En dicho contexto el 20 de julio de 2005 la coordinación nacional brasileña ante el GMC notificó a su par uruguayo la publicación en el Diario Oficial de la Unión del decreto 5492, del 18 de julio de 2005, por el cual se derogó el decreto 3646. Asimismo informó que se había procedido a derogar la Resolución CAMEX 26/03 que gravaba las exportaciones brasileñas de tabaco e insumos para la fabricación de derivados del tabaco. A criterio de la coordinación brasileña, la derogación de ambas normas dejaba sin objeto a la controversia.

Posteriormente, Uruguay comunicó al TAHM que, habiendo quedado sin objeto la controversia, daba por concluida la controversia. Sin perjuicio de ello el TAHM analizó dichas comunicaciones a fin de resolver si había una controversia planteada y cuál era su objeto.

Del análisis de las comunicaciones recibidas, el TAHM, concluyó que "...la terminación de la controversia se fundamenta en el hecho de que la reclamación de Uruguay fue satisfecha por Brasil a través de la derogación de aquellas normas internas que violentaban reglas y principios del MERCOSUR. En este sentido, la derogación del Decreto No. 3.646 de 2000 y de la Resolución CAMEX No 26 de 2003 constituye el fiel cumplimiento por parte de Brasil de sus obligaciones emanadas de la normativa MERCOSUR"201 [énfasis agregado].

De lo expuesto surge que la aplicación de derechos de exportación por parte de Brasil a las operaciones destinadas a Uruguay constituyó una violación a las reglas y principios del bloque. Fue con la derogación de todas las normas atacadas - solución que, a la luz de lo dispuesto, hubiere sido la ordenada por el tribunal - que el Tribunal entendió saldada la controversia al haber dado, Brasil, cumplimiento a sus obligaciones derivadas de la normativa MERCOSUR.

Cabe resaltar que antes del inicio de las etapas arbitrales, el GMC convocó a un Grupo de Expertos a efectos de emitir un dictamen sobre la procedencia de la reclamación planteada. El Grupo de Expertos se expidió en forma unánime a favor de la procedencia del reclamo uruguayo202.

El TPR también tuvo oportunidad de expedirse sobre la compatibilidad de impuestos nacionales que dificultan el comercio intrazona. En las opiniones consultivas N° 01/2008 y N° 01/2009203, se requirió que el TPR se pronunciara sobre la compatibilidad de la "tasa consular" uruguaya - reimplantada por el art. 585 de la Ley 17.926 - respecto de los arts. 1 TA, arts 1 y 2 PLC, las Decisiones CMC N° 7/94, 22/94 y 22/00; Resolución GMC 36/95 y los arts. 38 y 42 POP.

Atento a las cuestiones planteadas - semejantes en ambos casos -, el TPR comenzó su análisis sobre la primacía del Derecho del MERCOSUR sobre el Derecho interno de los Estados Partes. En tal sentido concluyó que "...[d]e modo general, el Tribunal afirma la primacía de la normativa del Mercosur desde su ratificación, incorporación o internalización, según sea el caso, respecto de toda disposición

interna de los Estados Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia legislativa del Mercosur”204.

El TPR continuó su análisis con el objeto de determinar la compatibilidad de la “tasa consular” con la normativa regional. Sin embargo, encontró un valladar que la dejaba fuera del alcance de la opinión consultiva. Esto es, la calificación - tasa o impuesto - de la “tasa consular”. El TPR entendió que ello debe ser analizado y resuelto, en base al ordenamiento jurídico nacional, por el juez nacional. El TPR aclaró, sin embargo, que de haberse cursado el pedido de opinión consultiva cuando dicha cuestión ya hubiese sido definida por el juez nacional, ello habría permitido efectuar el examen de compatibilidad requerido.

Sin perjuicio de ello entendió que “...para no dejar vacío de contenido el requerimiento [debe referirse al] criterio normativo sobre las tasas o impuestos como medidas que se pueden considerar restrictivas al comercio de bienes entre los Estados Parte, atendiendo a la implementación progresiva de la liberalización del comercio intrazona y teniendo presente la actual etapa de construcción del MERCOSUR”205.

En primer lugar sostuvo que “la compatibilidad o no de la normativa interna con una norma del MERCOSUR surge como consecuencia de la obligatoriedad asumida por los Estados Parte de eliminar los obstáculos a la libre circulación de bienes originarios de la región integrada y los compromisos de adoptar las medidas correspondientes”206. A continuación recordó que las Decisiones CMC N° 22/00 y 57/00 prohíben a los Estados Partes adoptar medidas restrictivas del comercio, salvo que las mismas estén excepcionadas o no hayan sido armonizadas a tal fecha.

En base a ello analiza el PLC, en particular su art. 2, y concluye que, en base a la redacción de dicho artículo, resulta necesario que se clarifique si frente a la “tasa consular” se está ante un impuesto o una tasa. Si resultase que se tratase de un impuesto o gravamen, lo relevante, al decir del tribunal, será determinar si es o no posible a la luz de las normas mercosureñas, reimplantar una norma o crear un impuesto que implique una restricción comercial y si dicha medida se encuentra o no autorizada en función del avance en el comercio recíproco.

En virtud de lo expuesto, concluyó que, sólo, una vez que se defina en el proceso nacional si el cargo discutido es un impuesto o una tasa, se estaría en condiciones de definir su compatibilidad con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

En la opinión consultiva N° 01/2009, el TPR, realiza un análisis semejante al reseñado, pero da un paso más al sostener que, sin perjuicio de la imprecisión relativa a la naturaleza de la “tasa consular”, “...en el caso sub examine, la medida cuestionada será incompatible con la normativa vigente del MERCOSUR en el Estado Parte, si se determina en el respectivo proceso judicial, que ella reimplanta un gravamen tal como se lo define en el artículo 2 del Anexo I al TA o si, tratándose de una tasa, su importe no guarda una directa y razonable relación con el costo de los servicios prestados”207.

De lo expuesto en último término se derivan importantes consecuencias para el análisis de la compatibilidad de los derechos de exportación aplicados por la Argentina a sus exportaciones. Si tal como se expuso anteriormente, los derechos de importación son impuestos y caen dentro de la definición de gravámenes contemplada en el art. 2.a) PLC, su reimplantación por la Argentina en forma generalizada y, en particular, respecto a la energía eléctrica, constituiría una violación a los compromisos asumidos por los Estados Partes tanto a través de su Derecho originario (TA, POP, etc.) como derivado (Dec. CMC N° 22/00 y 57/00). En vista a la primacía del Derecho regional sobre el Derecho interno, la Resolución MEI

N° 11/02 y las restantes medidas adoptadas por el gobierno argentino en tal sentido deben ser derogadas, so pena de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional y la eventual aplicación de medidas compensatorias.

En suma, del análisis efectuado en el presente apartado, surge con nitidez que los Estados Partes, al suscribir el TA se comprometieron a eliminar las restricciones a su comercio recíproco incluyendo los derechos de exportación. Además, a través de la Decisión CMC N° 22/00, se obligaron a no adoptar medidas internas que afecten el libre comercio entre sus territorios. Consecuentemente, la reimplantación, por parte de la Argentina de derechos de exportación en el comercio intrazona compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

IV.C. Los derechos de exportación y el CAM

Antes de pasar a detallar las conclusiones finales, corresponde analizar someramente, la forma en la que el CAM regula los derechos de exportación. Este punto, es decir, la aplicación de los derechos de exportación por los Estado Partes fue uno de los puntos que mayor discusión generó entre los gobiernos de los Estados Parte durante el proceso de redacción²⁰⁸.

La discusión fue finalmente zanjada en una reunión entre los mandatarios de los Estados Partes, durante la XXIX Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado, llegándose así a una solución de compromiso.

La “solución” a la que se arribó fue la inclusión del apartado 4 en el art. 157 CAM²⁰⁹ el cual dispone que “[e]l presente código no trata sobre derechos de exportación y, por lo tanto, la legislación de los Estados Partes será aplicable en su territorio aduanero preexistente a la sanción de este Código, respetando los derechos de los Estados Partes”.

Más allá de la incongruencia que evidencia la primera parte del apartado citado con relación al resto del articulado del CAM²¹⁰, el texto en su conjunto se presta a confusiones en su interpretación. Confusiones que derivan de ser una solución de compromiso entre dos posturas antagónicas²¹¹.

Para las autoridades argentinas que insistían en la inclusión de una norma que contemple la aplicación de derechos de exportación en el tráfico comercial intrazona, la remisión a la legislación de los Estados Partes, en conjunción con lo dispuesto en el art. 178 CAM, permitiría la vigencia de tales derechos.

La interpretación contraria, es decir aquella que propugna la no aplicación de derechos de exportación en el comercio regional, la última parte del apartado bajo análisis, al referirse al respeto de los derechos de los Estados Partes salvaguarda el libre comercio regional e impide la aplicación de los tan discutidos derechos.

Esta última es la posición correcta que se compadece con los fines contemplados en el TA y el resto de la normativa mercosureña que asegura la vigencia y operatividad del principio de libre circulación de mercaderías. Asimismo es conteste con la jurisprudencia de los TAHM y del TPR en cuanto consagraron en forma reiterada la operatividad de dicho principio y la obligación que le cabe a cada Estado Parte de garantizar su efectiva aplicación.

Tal como se expuso anteriormente, el CAM fue aprobado como una decisión del CMC, por ende, en virtud del principio de jerarquía entre las fuentes del Derecho del MERCOSUR, no podría ir en contra de lo dispuesto en el TA²¹². En consecuencia mal podría sostenerse que el art. 157.4 CAM derogue o deje sin efecto los compromisos que - como se ha demostrado a lo largo del presente - han

asumidos los Estados Partes con relación a asegurar la libre circulación de mercaderías.

En similar sentido se manifestó LASCANO en su exposición en el I° Congreso Internacional de Derecho Aduanero del MERCOSUR: “El Código Aduanero del MERCOSUR”. El citado autor consideró que la imposición de derechos de exportación y otros gravámenes a las exportaciones en el comercio intra-zona es incompatible con lo dispuesto en el art. 1 TA, con los arts. 1 y 2 PLC y con las decisiones del CMC que prevén la libre circulación de mercaderías en el MERCOSUR a partir del 2000213. Por ello entendió que una interpretación que propugne la aplicación de derechos de exportación en el comercio irrazona, en conjunción o no con el art. 178.1 CAM, representaría un retroceso para alcanzar los objetivos del TA y del POP.

Tal como sostiene PEROTTI, los únicos derechos de exportación que podría regular el CAM son los que se apliquen a las exportaciones que salen del territorio aduanero que el mismo código define como el conjunto de los territorios de los Estados Partes (arts. 1.2, 2 y 3 CAM)²¹⁴. Es más, es necesario que el CAM regule los derechos de exportación pero sólo con miras a los terceros Estados y tratándolos en forma conjunta, es decir, sin permitir que los Estados Partes decidan por sí mismos dichos aranceles.

En tal contexto no puede sino concordarse con BASALDÚA en cuanto a la necesidad de introducir modificaciones al CAM a fin de corregir los errores que detenta antes de su tratamiento legislativo en los Estados Partes. Dicha corrección debe incluir la su- presión del apartado 4 citado a fin de evitar ambigüedades que no contribuyen al progreso del MERCOSUR y que lejos de ser una solución, traban el desarrollo de dicho proceso.

En suma, en cuanto a la legitimidad y aplicabilidad de derechos de exportación en el comercio intrazona, la aprobación del CAM, nada ha cambiado.

V. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Del desarrollo del presente se extraen diversas conclusiones:

- La integración energética entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay durante el siglo XX estuvo marcada por el desarrollo de proyectos hidroeléctricos en los recursos hídricos compartidos.
- A partir de 1991, la celebración del TA, significó una nueva faceta en el desarrollo de la integración del sector. Si bien en los primeros años del MERCOSUR el impulso de la integración energética fue menor, a partir de la constitución del FOCEM y en línea con lo dispuesto en los considerandos del TA, se están desarrollando - a nivel regional y nacional - proyectos que tienden a mejorar las condiciones de interconexión eléctrica entre los Estados Parte.
- El mercado común que hace más de 20 años se comprometieron a conformar Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay incluye la conformación de un mercado común energético.
- La complejidad de la materia implica un gran desafío para los Estados Partes en materia de armonización de sus legislaciones y operación coordinada de sus sistemas eléctricos.
- Para llegar a dicho objetivo final citado y conforme al principio de gradualidad contemplado en el TA, es necesario que se asegure como condición básica, la libre circulación de energía eléctrica entre los Estados Partes.

- En dicho sentido y, tal como se corroboró en el presente, la energía eléctrica debe ser considerado como un “bien” o mercadería a los efectos del TA y por ende debe garantizarse su libre circulación.
- La libre circulación de energía eléctrica no sólo está garantizada por el régimen que al efecto se estableció a lo largo de los años en el MERCOSUR, sino también por acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados entre los Estados Partes.
- La libre circulación de energía eléctrica implica, entre otros, la eliminación de las restricciones arancelarias, no arancelarias y cualquier otra medida de efecto equivalente en el comercio regional. Tales compromisos, contemplados en el Derecho originario y derivado del MERCOSUR, generan obligaciones concretas para los Estados Partes.
- En razón de lo expuesto, los Estados Partes se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de mercaderías y, por ende abstenerse de aplicar medidas restrictivas al comercio recíproco.
- Conforme a la jurisprudencia del TPR, los Estados Partes no sólo deben garantizar la libre circulación económica de las mercaderías, sino también la libre circulación física de las mismas, condición ineludible para que puede implementarse la primera.
- Los derechos de exportación constituyen una de las restricciones arancelarias que deben ser eliminadas en virtud de lo prescripto en el TA y en los restantes acuerdos internacionales analizados en el apartado III.D. Recuérdese, en este sentido, que los derechos de exportación conforman, junto con los de importación, los derechos aduaneros contemplados en el art. 2.a) del Anexo I del TA.
- La operatividad de los compromisos asumidos por los Estados Partes en materia de libre circulación de mercaderías, entre ellas la energía eléctrica, conllevan el compromiso de los Estados Partes de eliminar las restricciones que hubieran estado vigentes a la fecha de la entrada en vigencia del TA y de no establecer nuevas restricciones.
- Por ende, el establecimiento unilateral de derechos de exportación al comercio intrazona por la República Argentina y en forma generalizada de derechos de exportación por parte de la Argentina, significó el incumplimiento a sus compromisos internacionales.
- Nunca debe perderse de vista que el principio fundamental del MERCOSUR, lo constituye el desarrollo de sus pueblos. Éste debe ser el parámetro que guíe el accionar de los Estados que forman parte del MERCOSUR.
- La libre circulación de energía eléctrica, como primer estadio de desarrollo hasta alcanzar un mercado eléctrico común, va en dicha dirección.
- La libre circulación de energía contribuirá al desarrollo de sistemas energéticos más seguros y eficientes, afianzando la participación privada de los agentes económicos en la región con la consecuente atracción de inversión extranjera, la creación de nuevos puestos de trabajo y el desarrollo y el perfeccionamiento de nuevas tecnologías y recursos humanos especializados.
- Además contribuirá al uso racional de los recursos naturales y, atento al potencial hidroeléctrico de la región, a la reducción de emisiones de efecto invernadero al requerir un menor consumo de hidrocarburos en el proceso de generación.

- La libre circulación de energía eléctrica es uno de los tantos pasos necesarios para la conformación del mercado común vislumbrado hace más de 20 años en Asunción.
- Por ello, es tiempo que los gobiernos dejen de contemplar el corto plazo y la coyuntura económica actual y comiencen a proyectar planes conjuntos a largo plazo que, superando las asimetrías, permitan concretar el anhelado mercado común y el consecuente desarrollo de sus pueblos.

Abreviaturas

ACE 18

ALADI ANDE BID CAA CAF CAM

CAMMESA

CEPAL

CCM

CIER

CMC

CNA o CN Convención de Viena:

CSJN

ENEL GATT

Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18 suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, como parte del TA a fin de facilitar las condiciones para la configuración del mercado común previsto en éste último. Asociación Latinoamérica de Integración. Administración Nacional de Electricidad.

Banco Interamericano de Desarrollo.

Código Aduanero Argentino.

Corporación Andina de Fomento.

Código Aduanero del MERCOSUR aprobado por la Dec. CMC N° 27/10.

Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico.

Comisión Económica para América Latina - Organización de Naciones Unidas.

Comisión de Comercio del MERCOSUR. Comisión de Integración Energética Regional. Consejo del Mercado Común - MERCOSUR. Constitución de la Nación Argentina.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada en dicha ciudad en 1969 y de la cual forman parte todos los Estados Partes del MERCOSUR.

Corte Suprema de Justicia de la Nación - República Argentina.

Ente Nazionale per l'Energia Elettrica. Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio

Grupo Ad Hoc para la Redacción del Código Aduanero del MERCOSUR.

GAHCAM

GMC Grupo del Mercado Común - MERCOSUR. INTAL Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe del Banco Interamericano de Desarrollo.

Los Procedimientos: Son los “Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios” aprobados por la Secretaría de Energía de la Nación Argentina (Resolución ex SEE N° 61/92, sus modificatorias y complementarias).

MEM Mercado Eléctrico Mayorista.

MERCOSUR Mercado Común del Sur.

NCM Nomenclatura Común del MERCOSUR. OLADE Organización Latinoamericana de Energía. PB Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

PGN Procurador General de la Nación - República Argentina.

PLC Programa de Liberación Comercial establecido en el artículo 5 TA y desarrollado en el Anexo I del citado tratado.

PO Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias.

POP Protocolo de Ouro Preto.

Régimen de Adecuación

Final: Régimen de Adecuación Final a la Unión

Aduanera establecido por la Decisión CMC N° 5/94. SE Secretaría de Energía de la Nación Argentina.

SM Secretaría del MERCOSUR.

TA Tratado de Asunción.

TAHM Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en una controversia entre los Estados Partes en los términos de los dispuesto en el Protocolo de Brasilia y el POP.

TCCEE Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TM80 Tratado de Montevideo 1980 por el que se constituye la Asociación Latinoamericana de Integración.

UTE Administración Nacional de Usinas y

Transmisiones Eléctricas de la República Oriental del Uruguay.

Bibliografía

i ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD, Plan Maestro de Generación, Transmisión y Distribución - Período 2009-2018.

ii ALLENDE, GUILLERMO L., “Naturaleza jurídica de la energía (jurídicamente no es cosa)”; LL 118-1138.

- i ÁRRAGA PENIDO, MARIO O., “La energía como cosa objeto de los derechos reales y el Proyecto de Código Civil de 1998”; JA 2002- II, 1012.
- i AYRAL, MICHEL, Droit communautaire de l’Energie, Joly Editions, Paris, 1997.
- i BADENI, GREGORIO, “La patología constitucional de las retenciones”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 33.
- i BARRA, RODOLFO C. Y FOS, BELTRÁN M., “Sobre retenciones y federalismo”; LL 2008-D, 924.
- i BARREIRA, ENRIQUE C., “El Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión 27/10 del Consejo del Mercado Común)”, www.aduana- news.com.ar, n° 103, octubre 2010.
- i BARREIRA, ENRIQUE C., “La Aduana en el Tratado del Mercosur”, Re- vista de Estudios Aduaneros N° 5, 2° semestre 1992 y 1° semestre 1993, Sección Doctrina, Instituto de Argentino de Estudios Aduaneros.
- i BARREIRA, ENRIQUE C., “La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del MERCOSUR”, Revista de Estudios Aduaneros N° 17, Años 2005 y 2006, Sección Doctrina, Instituto de Argentino de Estudios Aduaneros.
- i BARREIRA, ENRIQUE C., “La ilegitimidad de los derechos de ex- portación en el tráfico intrazona del MERCOSUR”, JA 2007-II-34.
- i BASALDÚA, RICARDO X., “Armonización en materia aduanera”, en MERCOSUR. Consideraciones básicas para la armonización tributaria, ed. Asociación Mutual Federal de Empleados de la D.G.I., Buenos Aires, 1993.
- i BASALDÚA, RICARDO X., “Código Aduanero del MERCOSUR: los derechos de exportación y la necesidad de reparar una notoria in- congruencia”, revista Guía Práctica de comercio exterior No 177, 15/11/2010, ed. Tarifar.
- i BASALDÚA, RICARDO X., Derecho Aduanero, Parte General, Su- jetos; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- i BASALDÚA, RICARDO X., “Elementos de Derecho Aduanero”, Guía Práctica N° 54, 30/06/2006, Buenos Aires.
- i BASALDÚA, RICARDO X., “La territorialidad en los impuestos aduaneros”, en UCKMAR, Víctor, ALTAMIRANO, Alejandro C. y TAVEIRA TÓRRES, Heleno, Impuestos sobre el comercio inter- nacional, Ed. Ábaco, Bs. As., 2000.
- i BASALDÚA, RICARDO X., MERCOSUR y Derecho de la Integración, Abeledo Perrot, 1999, Cap. VIII, pto. 9.1.c), 10.1.b) y 10.2; Lexis Nexis N° 1101/001458.
- i BIBILONI, MARIO J., “Acerca de los derechos de exportación, sus fundamentos legales e implicancias”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 37.
- i BID, Integración energética en el MERCOSUR ampliado, BID, Washington D.C., 2001.
- i BID - INTAL, Integración energética en el cono sur, BID - INTAL, Buenos Aires, 1996; BID.
- i BID - INTAL, “Integración Energética Regional: Implicaciones del Plan Nacional de Energía de Brasil (PNE 2030)” en INTAL Carta Mensual N° 145, Agosto 2008; INTAL, Buenos Aires, 2008.

i BID - INTAL, “Integración Energética Regional: Implicaciones del Plan Nacional de Energía de Brasil (PNE 2030) - II” en INTAL Carta Mensual N° 149, Diciembre 2008; INTAL, Buenos Aires, 2008.

i COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL), “La interconexión internacional de sistemas eléctricos en América Latina” en revista Derecho de la Integración; Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL), Año 7, N° 17, 1974.

i CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), Hacia la integración energética hemisférica: retos y oportunidades, Dirección de Secretaría y Comunicaciones Corporativas de la Corporación Andina de Fomento, Caracas, 2008.

i COTTER, JUAN PATRICIO, “Reflexiones en torno a los derechos de exportación, su legitimidad y razonabilidad”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 49.

i DE LEO, WALTER N., La importación y exportación de energía, Cuadernos del Instituto AFIP, N° 19, Buenos Aires, 2010.

i DIRECCIÓN NACIONAL DE ENERGÍA Y TECNOLOGÍA NUCLEAR, Ministerio de Industria, Energía y Minería, República Oriental del Uruguay; Sector Energético en Uruguay, Diagnóstico y Perspectivas.

i DUBROVSKY, HILDA, Y RUCHANSKY, RENO, El desarrollo y la provisión de servicios de infraestructura: La experiencia de la energía eléctrica en Uruguay en el período 1990-2009, CEPAL, Santiago de Chile, 2010.

i EDWARDS, CARLOS ENRIQUE, “Apoderamiento ilegítimo de energía eléctrica”; LL 1995-A, 692.

i Equipo Económico Nacional, Gobierno de la República del Paraguay, Plan Estratégico Económico y Social PEES 2008/2013 - Propuestas para un crecimiento con inclusión social en Paraguay.

i GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Constitución y derechos de exportación”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 75.

i INSTITUTO DE ECONOMÍA ENERGÉTICA - FUNDACIÓN BARILOCHE, “Estudio prospectivo de la demanda de energía eléctrica en el MERCOSUR” en Estudios Argentinos para la Integración del MERCOSUR, Centro de Economía Internacional, Buenos Aires, 1993.

i JALIL, JULIÁN E., “La energía eléctrica como cosa riesgosa”; LL 2010-B, 627.

i JARACH, DINO, El hecho imponible, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982. i LUQUI, JUAN CARLOS, La obligación tributaria, Depalma, Bs. As., 1999.

i LUQUI, ROBERTO, “Un impuesto disfrazado de derecho de aduana”, La Ley edición del 27/12/2010.

i MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, SECRETARÍA DE PLANEAMIENTO ENERGÉTICO Y EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, Plan Decenal de Expansión de Energía 2008-2017, Tomo I.

i MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, SECRETARÍA DE PLANEAMIENTO ENERGÉTICO Y EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, Plan Nacional de Energía 2030.

i MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES, Gobierno de la República del Paraguay, Plan Estratégico 2008-2013.

- i MONZÓ, CARLOS LUIS, “En torno a la constitucionalidad de los derechos de exportación”, Revista de Estudios Aduaneros N° 16, 2° Semestre 2001 - 1° y 2° Semestre 2002, Sección Doctrina, Instituto de Argentino de Estudios Aduaneros, pág. 67.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “Anotaciones preliminares sobre la incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico del MERCOSUR y las disposiciones nacionales argentinas sobre derechos a las exportaciones”, ED, 201-991.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur”, RDM 2000-3, 122.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “1° Congreso Internacional de Derecho aduanero del MERCOSUR - El Código Aduanero del MERCOSUR - Algunos aspectos normativos y jurisdiccionales” en Guía Práctica N° 175, 15 de octubre de 2010, Buenos Aires.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “Código Aduanero y derechos de exportación en el MERCOSUR”, El Cronista Comercial, Sección Opinión, edición del 15 de octubre de 2010.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “El Derecho del Mercosur y su relación con el Derecho Interno. El sabor amargo del azúcar en la ley argentina 24.822. Medidas cautelares contra normas comunitarias del MERCOSUR y experiencia europea”, EDCO 01/02-353.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., “El Séptimo Tribunal del MERCOSUR y la decisión sobre la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque”; RDM 2002-3, La Ley.
- i PEROTTI, ALEJANDRO D., Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR, Honrad Adenauer Stiftung - Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.
- i BUTARELLO, SEBASTIÃO, “A livre circulação de mercadorias em dez anos de MERCOSUL”, en PIMENTEL, Luiz Otávio (Organizador), Direito de Integração e Relações Internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE, Fundação Boiteux Editora, Florianópolis 2001.
- i RUIZ-CARO, ARIELA, “Cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe”, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 106, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006.
- i RUIZ DIAZ LABRANO, ROBERTO, MERCOSUR Integración y Derecho, Intercontinental Editora - Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- i SACERDOTE, ADRIANA, GOLDSZTEIN, FABIANA, CONDE, TRISTÁN Y JUÁREZ, HÉCTOR H. , “El Código Aduanero del Mercosur (CAM) desde la óptica de sus redactores nacionales”, www.aduananews.com.ar, n° 103, octubre 2010.
- i SAGARNA, FERNANDO ALFREDO, “Daños causados por la energía eléctrica”; LL 1997-E, 986.
- i SANABRIA, PABLO D., “Las retenciones a la exportación ¿Un impuesto inconstitucional?”, La Ley 2008-B, 1025.
- i SECRETARÍA DEL MERCOSUR - FUNDACIÓN HONRAD ADENAUER - FORO PERMANENTE DE CORTES SUPREMAS DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS, Primer Informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2003), Montevideo, 2005.

i SECRETARÍA DEL MERCOSUR - FUNDACIÓN HONRAD ADENAUER, Segundo Informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2004), Montevideo, 2006.

i SECRETARÍA DEL MERCOSUR - FUNDACIÓN HONRAD ADENAUER, 2º Informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2005), Montevideo.

i VANOSSI, JORGE REINALDO, La reforma constitucional de 1994, Colección Serie Temas de Actualidad, Editorial del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Bs. As., 2004.

Jurisprudencia

i C. Fed. Mendoza, sala B, "AUTOSAL S.A. c. Dirección General de Aduanas, p/Ordinario", 27/05/09.

i CNCAF; Sala 3, "Bio Sidus S.A. (TF 22046-A) c. DGA", 6/10/08.

i CNCAF, Sala 4, "Endesa Cemsa S.A. (TF 26183-A) c. DGA".

i CNCAF, Sala 5, "Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA", 14/09/06.

i CNCAF, Salta 5, "Biaseflex SACIFI c. DGA- Resol. 1211/98 s/ Administración Nacional de Aduanas", 14/09/06.

i CNCAF; Sala 5, "Bio Sidus S.A. (TF 21235-A) c. DGA", 13/11/07.

i CSJN, "Compañía Hispano Argentina de Electricidad contra la Provincia de Buenos Aires", Fallos 173:373.

i CSJN, "Cocchia", Fallos 316:2624.

i CSJN, "Corporación Financiera Internacional c. Aragón, Luis Alberto Facundo", Lexis No 70039110.

i CSJN, "Dotti", Fallos 321:1226.

i CSJN, "Entre Ríos Provincia del c. Estado Nacional (Secretaría de Energía) s. acción de amparo", 11/07/00, Fallos 323:1865.

i CSJN, "Electricidad de Misiones S.A. c. Secretaría de Energía de la Nación - Recurso de Hecho", 29/06/04.

i CSJN, "Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA", sentencia de remisión de opinión consultiva al TPR (6/10/09), Fallos 332:2237 y sentencia definitiva ante el desistimiento de la actora (27/04/10), Fallos 333:508.

i Juzg. Fed. 1º Inst. Paso de los Libres, "SANCOR COOPERA- TIVAS UNIDAS c. A.N.A. Paso de los Libres", 05/05/08, LLLitoral 2008 (julio), 669.

i PGN, "Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA", S, 346, XLIII, 01/04/08.

i TAHM, Asunto 1/99, "Laudo Arbitral sobre controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco", 28/04/1998.

i TAHM, "Subsidios a la exportación de carne de cerdo", 27/09/99.

- i TAHM, Asunto 1/00, “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicio Público”, 10/03/00.
- i TAHM, Asunto 1/01, “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil”, 21/05/01.
- i TAHM, Asunto 1/02, “Prohibición de importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Provenientes de Uruguay”, 9/01/02.
- i TAHM, “Obstáculos al ingreso de producto fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”, 19/04/02.
- i TAHM, “Aplicación del “IMESI” (Impuesto Específico Interno) a la Comercialización de Cigarrillos”, 21/05/02.
- i TAHM, “Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”, 5/08/05.
- i TAHM, “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados”, 25/10/05.
- i TAHM, “Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. José de San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, 6/09/06.
- i TJUE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, Rec. Edición Especial Española.
- i TJUE, sentencia de 18 de junio de 1991, ERT AE, asunto C- 260/89, Rec. 1991 I-02925
- i TJUE, sentencia de 24 de marzo de 1992, Schindler, asunto C- 275/92, Rec. 1994 I-01039.
- i TJUE, sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, asunto C-393/92, Rec. 1994 I-01477.
- i TJUE, sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/República Italiana”, asunto C-158/94, Rec. I-05789.
- i TJUE, sentencia de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord BV y otros, asunto C-206/06, Diario Oficial de la Unión Europea C 178, 29.7.2006.
- i TPR, Laudo N° 1/2005, “Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral AD HOC de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia ‘Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay’”, 20/12/05.
- i TPR, Opinión Consultiva N° 1/07, planteada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, en los autos “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, 3/04/07.
- i TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, solicitud cursada por la Corte de Justicia con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1°

Turno en autos “Sucesión Car- los Schnek y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas s/ cobro de pesos”, 24/04/09.

i TPR, Opinión Consultiva N° 1/2009, solicitud cursada por la Corte de Justicia con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil de 2° Turno en autos “Frigorífico Centenario S.A. c/Ministerio de Economía y Finanzas y Otros. Cobro de pesos”, 15/06/09.

*LEÓN LONGOMBARDI, LUIS AGUSTÍN: El presente estudio ha sido presentado como tesis final para optar al título de Magister en Derecho Empresario por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Fue tutor del mismo el Prof. Dr. Alejandro Perotti. La tesis obtuvo la calificación de 10 (diez) Sobresaliente por el jurado integrado por los Profesores Jorge Muratorio y Horacio Alais, en fecha 14 de julio de 2011. Asimismo, y de conformidad con el art. 67 del Reglamento de Maestrías y Especializaciones y por resolución del jurado integrado por los Dres. Pedro J. Coviello, Juan Bautista Etcheverry y Osvaldo Gómez Leo, la autora mereció por la misma “Mención Especial por Tesis de Dogmática Jurídica”, graduación 2011, consistente en un Diploma especial que lo acredite y el auspicio de su publicación por parte de la Facultad, recibiendo el tutor el “Diploma de Honor en Dirección de Tesis de Dogmática Jurídica”.

1 A los efectos del presente trabajo sólo se hará referencia a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, miembros plenos del MERCOSUR.

2 Muchos de los acuerdos que vinculan a los Estados Partes del MERCOSUR en materia energética se fundaron en la necesidad de llevar adelante proyectos hidroeléctrico binacionales. Algunos de tales acuerdos datan de la primera mitad del siglo XX. En 1964, a resultas del Primer Congreso de Integración Energética Regional, la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay fundaron la Comisión de Integración Energética Regional (CIER) a fin de promover la integración del sector eléctrico regional. Entre los asociados actuales se encuentran los miembros fundadores ya citados junto con Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, más de 200 empresas del sector eléctrico y otras entidades. En el mismo sentido, el 2 de noviembre de 1973 se celebró el Convenio de Lima por el cual se constituyó la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) cuya misión se centra en la promoción de la integración energética regional, así como asegurar el abastecimiento energético en la región. Entre sus miembros se incluyen: Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad & Tobago, Uruguay y Venezuela. Argelia forma parte de la OLADE como país asociado.

3 Cabe señalar que el desarrollo de estos emprendimientos se basaron en acuerdos bilaterales entre los Estados involucrados.

4 Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear, Ministerio de Industria, Energía y Minería, República Oriental del Uruguay; Sector Energético en Uruguay, Diagnóstico y Perspectivas disponible en

<http://www.miem.gub.uy/portal/agxppdwn?5,6,294,0,S,0,1126%3BS%3B1%3B204>
5 Cfr., entre otros, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL), “La interconexión internacional de sistemas eléctricos en América Latina” en revista Derecho de la Integración; Instituto para la Integración de América Latina y el

Caribe (INTAL), Año 7, N° 17, 1974, pág. 152-175; INSTITUTO DE ECONOMÍA ENERGÉTICA - FUNDACIÓN BARILOCHE, “Estudio prospectivo de la demanda de energía eléctrica en el MERCOSUR” en Estudios Argentinos para la Integración del MERCOSUR, Centro de Economía Internacional, Buenos Aires, 1993; BID - INTAL, Integración energética en el cono sur, BID - INTAL, Buenos Aires, 1996; BID, Integración energética en el MERCOSUR ampliado, BID, Washington D.C., 2001; Ariela RUIZ-CARO, “Cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe”, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 106, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006; CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), Hacia la integración energética hemisférica: retos y oportunidades, Dirección de Secretaría y Comunicaciones Corporativas de la Corporación Andina de Fomento, Caracas, 2008 y Hilda DUBROVSKY, Reno RUCHANSKY, El desarrollo y la provisión de servicios de infraestructura: La experiencia de la energía eléctrica en Uruguay en el período 1990-2009, CEPAL, Santiago de Chile, 2010.

6 Al respecto debe destacarse la complementariedad hidrológica de las cuencas del cono sur. En estos casos, la escasez en una cuenca puede ser paliada por los excedentes de la otra. Al respecto ver: INSTITUTO DE ECONOMÍA ENERGÉTICA - FUNDACIÓN BARILOCHE, “Estudio prospectivo de la demanda de energía eléctrica en el MERCOSUR” en Estudios Argentinos para la Integración del MERCOSUR, Centro de Economía Internacional, Buenos Aires, 1993, págs. 201-210.

7 El FOCEM, creado por la Decisión CMC N° 45/04, tiene por objetivo promover la competitividad y la cohesión social de los Estados Partes, reducir las asimetrías existentes en el bloque y fortalecer la estructura institucional del MERCOSUR. A través de la Decisión CMC N° 18/05, se establecieron los programas sobre los cuales se desarrollarán los objetivos del FOCEM. El FOCEM se integra con un aporte anual de U\$S 100 millones cuya distribución entre los Estados Partes se encuentra determinada en el art. 6 de la Dec. CMC N° 18/05. El presupuesto aprobado para el ejercicio 2011 (Dec. CMC N° 50/10) supera los U\$S 682 millones.

8 Aprobado por la Dec. CMC N° 2/10. El monto total de la obra asciende a U\$S 97.780.000 de los cuales U\$S 83.113.000 serán aportados por el FOCEM (el saldo será aportado por Uruguay). Comprende la construcción de una línea en extra alta tensión desde la Estación Transformadora San Carlos (ROU) hasta una nueva estación transformadora a construirse en las cercanías de Melo (ROU), las instalaciones necesarias para convertir la frecuencia (50hz a 60hz) y la línea que vincule dichas instalaciones hasta la estación transformadora a construirse como cabecera en Brasil.

9 Aprobada por la Dec. CMC N° 3/10. El monto total de la obra asciende a U\$S 19.057.519,17 de los cuales U\$S 13.116.511,17 serán aportados por el FOCEM (el saldo será aportado por la Provincia de Corrientes). La obra comprende, entre otros: i) la construcción de un campo en 132kV en la ET Iberá, la línea en alta tensión entre la ET Iberá y la ET Paso de los Libres Norte; la ET Paso de los Libres Norte, la línea en alta tensión entre la ET Paso de los Libres Norte y ET Paso de los Libres Sur y la ampliación de ésta última.

10 Aprobado por la Dec. CMC N° 7/10. La obra requiere la inversión de U\$S 555.000.000 de los cuales U\$S 400.000.000 serán financiados por el FOCEM. A tales efectos, en forma excepcional, se prevé la asignación total de las contribuciones regulares del Brasil por los períodos 2010 a 2012 al proyecto.

11 Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear, Ministerio de Industria, Energía y Minería, República Oriental del Uruguay, Política Energética 2005-2030 disponible en

<http://www.miem.gub.uy/portal/agxppdwn?5,6,294,0,S,0,3418%3BS%3B1%3B204>, pág. 44. Ver asimismo DIRECCIÓN NACIONAL DE ENERGÍA Y TECNOLOGÍA NUCLEAR, Ministerio de Industria, Energía y Minería, República Oriental del Uruguay, Sector Energético en Uruguay, Diagnóstico y Perspectivas disponible en

<http://www.miem.gub.uy/portal/agxppdwn?5,6,294,O,S,0,1126%3BS%3B1%3B204>.

12 Conforme a lo informado recientemente por la Presidencia del Paraguay, las negociaciones para la venta de energía eléctrica de Paraguay a Uruguay estarían avanzadas pre- viendo su concreción en el corto plazo. El transporte de la energía eléctrica se realizaría a través de las líneas de transmisión argentinas. Para mayor información, consultar: <http://www.presidencia.gov.py/v1/?p=60520>;

<http://www.presidencia.gov.py/v1/?p=56198> y

<http://www.presidencia.gov.py/v1/?p=59290>.

13 Equipo Económico Nacional, Gobierno de la República del Paraguay, Plan Estratégico Económico y Social PEES 2008/2013 - Propuestas para un crecimiento con inclusión social en Paraguay; pág. 38. Disponible en

<http://www.hacienda.gov.py/web-hacienda/index.php?c=436>

14 Ibid. Pág. 95.

15 Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, Gobierno de la República del Paraguay, Plan Estratégico 2008-2013. Disponible en:

http://www.mopc.gov.py/mopcweb/pdf/plan2008_2013.pdf

16 Administración Nacional de Electricidad, Plan Maestro de Generación, Transmisión y Distribución - Período 2009-2018. Disponible en:

<http://www.andc.gov.py/PlanMaestro/PlanMaestro.pdf>

17 Ministerio de Minas y Energía, Secretaría de Planeamiento Energético y Empresa de Pesquisa Energética, Plan Decenal de Expansión de Energía 2008-2017, Tomo I. Disponible en: <http://www.mme.gov.br/spe/menu/publicacoes.html>. En 2007 se presentó el “Plan Nacional de Energía 2030”, también elaborado por la Secretaría de Planeamiento Energético del Ministerio de Minas y Energía y Empresa de Pesquisa Energéticas. El mismo se encuentra disponible en:

<http://www.mme.gov.br/spe/menu/publicacoes.html>. Sobre la repercusión del

citado plan en la integración energética regional ver: BID - INTAL, “Integración Energética Regional: Implicaciones del Plan Nacional de Energía de Brasil (PNE 2030)” en INTAL Carta Mensual N° 145, Agosto 2008; INTAL, Buenos Aires, 2008, e “Integración Energética Regional: Implicaciones del Plan Nacional de Energía de Brasil (PNE 2030) - II” en INTAL Carta Mensual N° 149, Diciembre 2008.

18 En el marco de la Comisión Mixta Bilateral Permanente en Materia Energética - establecida por notas reversales el 5 de julio de 2002 - se suscribieron los siguientes acuerdos que permitieron el intercambio de energía eléctrica entre Brasil y Argentina a través de diversas modalidades: i) “Acuerdo de Entendimiento entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina en Materia Energética para el Período Transitorio” (9/12/05); ii) “Acuerdo Complementario al Acuerdo de Entendimiento entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre Intercambio de Energía Eléctrica” (2/05/08); iii) “Memorandum de Entendimiento entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la República Argentina y el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil sobre Intercambio de Energía Eléctrica para el año 2010” (4/06/10) y iv) “Memorandum de Entendimiento entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la República Argentina y el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil sobre Intercambio de Energía Eléctrica” para el año 2011. En el marco del último de los acuerdos citados, con fecha 17 de mayo de 2001, la SE, a través de su nota N° 3509, instruyó a CAMESA a suscribir en el menor plazo posible un acuerdo con Cental Gerador Termeléctrica Fortaleza S.A. para el intercambio de hasta 2100MW/h durante los meses de mayo a septiembre de 2011.

19 En este sentido cabe señalar que la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMESA) - quien cumple las funciones de Organismo Encargado del Despacho del MEM en la Argentina - estimó que, ante un escenario de consumo energético medio, durante el 2011 se requerirán 2.820.000 t. de fuel

oil y 1.690.000 m³ de gas oil para la generación eléctrica. En 2012 - en virtud de la entrada en operación comercial de Atucha II - los volúmenes indicados se reducirían a 1.900.000 y 1.200.000, respectivamente. En 2013 el consumo estimado de dichos combustibles para la generación eléctrica en el MEM serían de 2.200.000 t. fuel oil y 1.700.000 m³ de gas oil.

En un escenario de consumo energético alto, los volúmenes antedichos serían mayores. En este caso el pico de consumo de fuel oil se concretaría en 2011 con 3.220.000 t., mientras que para en el caso del gas oil el pico de consumo se evidenciaría en 2013 con 2.600.000 m³.

Los volúmenes indicados fueron calculados con una probabilidad de excedencia del 15%.

20 Respecto al carácter obligatorio de las normas derivadas del MERCOSUR y los efectos derivados de su falta de internalización ver: Alejandro D. PEROTTI, “El Séptimo Tribunal del MERCOSUR y la decisión sobre la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque”; RDM 2002-3, La Ley; pág. 114.

21 En forma coincidente, el Reglamento Interno del Consejo del Mercado Común, aprobado por la Decisión CMC N° 2/98, también prevé la obligatoriedad de las decisiones dictadas por el CMC.

22 La fecha límite era el 31 de diciembre de 1994, ello, sin perjuicio de las listas de excepciones presentadas por Paraguay y Uruguay cuyo plazo de eliminación se extendía hasta el 31 de diciembre de 1995 y de las listas de excepciones previstas en el art. 6 del citado anexo. Las listas debían reducirse conforme año a año conforme a lo dispuesto en el art. 7.

23 Tal conclusión es conteste con la definición de “derechos aduaneros” prevista en el Glosario de la ALADI que los define como “[d]erechos establecidos en los aranceles de Aduana, a los cuales se encuentran sometidas las mercancías tanto a la entrada como a la salida del territorio aduanero” [énfasis agregado].

En el mismo sentido se ha expedido la doctrina especializada. Cfr. Ricardo Xavier BASAL- DÚA, MERCOSUR y Derecho de la Integración, Abeledo Perrot, 1999, Cap. VIII, pto. 9.1.c), 10.1.b) y 10.2; Lexis Nexis N° 1101/001458; Ricardo Xavier BASALDÚA, “La territorialidad en los impuestos aduaneros”, en Victor UCKMAR, Alejandro C. ALTAMIRANO y Heleno TAVEIRA TÔRRES, Impuestos sobre el comercio internacional, Ed. Ábaco, Bs. As., 2000, pág. 183; y Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del MERCOSUR”, Revista de Estudios Aduaneros N° 17, Años 2005 y 2006, Sección Doctrina, Instituto de Argentino de Estudios Aduaneros, pág. 114.

24 El art. 50 TM80 dispone: “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”. Con relación a la aplicación de las excepciones a la libre circulación de mercaderías en virtud de la aplicación de medidas fundadas en el art. 50 TM80 ver el Laudo del TAHM constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados”, de fecha 25 de octubre

de 2005; el Laudo N° 1/2005 del TPR para Entender en el Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral AD HOC de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”, de fecha 20 de diciembre de 2005.

25 Los Estados Parte, en los considerandos del TA, dejaron en claro que su suscripción y la conformación del MERCOSUR debe considerarse como “un nuevo esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo 1980”. De hecho el TA fue protocolizado en el marco de éste último como Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18 (ACE 18).

26 La Argentina procedió a la revocación de dichas medidas a través de la resolución ME N° 265/00 publicada en el B.O. n° 29.379 de fecha 13 de abril de 2000.

27 Conforme a la Resolución GMC N° 48/94, el arancel cero para Argentina y Brasil se alcanzaría 1 de enero de 1995, mientras que para Paraguay y Uruguay ello ocurriría un año más tarde. En dicha resolución se estableció una desgravación anual del 25% acumulativa.

28 TAHM, Asunto 1/99, “Laudo Arbitral sobre controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”; 28/04/1998, consid. 68.

29 Ibid.

30 Ibid. consid. 72.

31 Ibid. consid. 78.

32 Con miras a la armonización de los regímenes vigentes entre los Estados Parte, se dictaron las Decisiones CMC N° 1/92, 1/93 y 9/93. La primera de ellas, estableció el cronograma de las acciones a desarrollarse en el ámbito de los Subgrupos de Trabajo a fin de armonizar la legislación interna de los Estados Partes, no sólo en los aspectos relacionados con el comercio internacional, sino también en materia energética, agropecuaria, ambiental, etc. El cronograma - identificado como “Cronograma de Las Leñas” - fue posteriormente modificado a través de las Decisiones CMC N° 1/93 y 9/93, prorrogando los plazos originalmente establecidos.

El avance en materia de armonización de la normativa de los Estados Partes fue relativamente escaso. El sector en el que se produjo el mayor avance es el relativo a la aprobación de condiciones técnicas para, por ejemplo, la importación de determinadas mercaderías desde terceros Estados y desde los Estados Partes del MERCOSUR.

33 Recuérdese que en dicho literal se define el concepto de “restricciones” excluyéndose del mismo a las medidas adoptadas por los Estados Partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del TM80.

34 Al respecto se expidió el TAHM constituido para resolver la controversia entre el Uruguay y Brasil sobre “Prohibición de importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Provenientes de Uruguay” (asunto 1/02), resuelto el 9/01/02. El tribunal descartó el argumento brasileño sobre la irrelevancia de dicha norma y afirmó que “Si bien la misma [la Dec. CMC 22/00] reafirma una política ya explícita del MERCOSUR, no se trata de una mera declaración sino de un mensaje del órgano conductor del proceso de integración en el sentido de que, asegurado el principio de libre circulación de bienes en el MERCOSUR, las reglas de juego que regían el flujo de comercio intrazona en ese momento no podían restringirse por ninguna medida de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado parte (sic) impidiese o dificultase por decisión unilateral el comercio recíproco” (considerando II.B.2.b). Y

añadió "...resulta claro que en un proceso de integración - cualquiera sea el estado de desarrollo en que se encuentre - no pueden variarse las reglas de juego en cualquier momento: la oportunidad en que Brasil lo hizo, implicaba una vía indirecta de restricción in- debida a la libre circulación de bienes intrazona, ya consolidado a través de la propia legislación brasileña. Así que si a la fecha de aprobación de la Decisión 22/00 no existía en la legislación interna de Brasil una prohibición a las importaciones de neumático recauchutados (remoldeados) provenientes de los Estados Miembros del MERCOSUR, es evidente que con posterioridad a esa fecha, Brasil no podía imponer restricción alguna que afectase dicho comercio [...] El contenido de la Decisión 22/00 condiciona la capacidad de los Estados Partes de alterar o modificar a partir de la fecha de su aprobación, los alcances de sus legislaciones internas en cuanto a la imposición de nuevas restricciones al comercio de bienes usados existente" (consid. II.B.2.b).

35 Este punto fue posteriormente desarrollado a través de la Decisión CMC N° 57/00. Ésta instruyó al GMC a que continúe el tratamiento de las medidas definidas en el marco de su predecesora a fin de proseguir con los cursos de acción acordados y definir cursos de acción para las medidas que no hubieran sido objeto de consenso sobre el curso a seguir. Además encomendó a los Comités de Sanidad Animal y Vegetal y al Comité de Directores de Aduana - creados por la Decisión CMC N° 87/00 -, a examinar las medidas definidas conforme a la Dec. CMC 22/00 y proponer al GMC los cursos de acción respecto de aquellas que no hubieran sido consensuadas. Instó a los Estados Partes a que concluyen acuerdo de equivalente en los sistemas de control sanitarios y fitosanitarios y acuerdo de reconocimiento mutuo de procedimientos de evaluación de conformidad. Finalmente encomendó al GMC para que instruya a la CCM a iniciar la negociación a fin de reglamentar la aplicación de las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 50 TM80.

36 Protocolizada como Cuadragésimo Tercer Protocolo Adicional al ACE18. Dicho protocolo sólo habría sido internalizado por Brasil (Decreto No 4.909 de 05/12/03, publicado en el D.O.U. de 08/12/03) y, por tanto, no estaría vigente.

37 Protocolizada como Cuadragésimo Primer Protocolo Adicional al ACE18, vigente a partir del 4/08/02.

38 Protocolizada como Cuadragésimo Segundo Protocolo Adicional al ACE18, vigente a partir del 4/08/02.

39 Decisiones CMC N° 16/01, 33/05, 14/07, 57/0, 20/09 y 59/10.

40 Decisiones CMC N° 36/03 y 40/08.

41 La Decisión CMC N° 13/07 adoptó en el ámbito del MERCOSUR el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT). A través de esta decisión se derogó la Decisión CMC N° 17/94.

42 Ver en este sentido lo expuesto en el primer laudo arbitral citado en el apartado III.A.

43 TAHM, asunto 1/99, "Comunicados N° 37...", consid. 60

44 Ibid, consid. 66.

45 Ibid, consid. 65.

46 Ibid, consid. 64 y 67.

47 Ibid, consid. 68.

48 Cfr. consid. 72 y ss.

49 Ibid, consid. 70.

50 Excepto aquellas contempladas en el art. 50 TM80 y siempre que estén efectivamente destinadas a los fines allí previstos y no se traduzcan en el establecimiento de obstáculos comerciales.

51 TAHM, asunto 1/00, "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicio Público",

10/03/00.

52 Cfr. TAHM, asunto 1/99, “Comunicados N° 37...”, consid. 56-60.

53 TAHM, asunto 1/00, “Aplicación de medidas de salvaguardia...”, capítulo III.C.

54 Ibid. consid. III.D.3

55 Ibid. consid. III.F.3.

56 Ibid. consid. III.H.3.

57 TAHM, asunto 1/01, “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil”, 21/05/01, consid. 114.

58 TAHM, asunto 1/01, “Aplicación de Medidas Antidumping...”, consid. 148.

59 Para así decidir se basó, principalmente en la falta de regulación precisa sobre la materia en el MERCOSUR y la ausencia de contar con un régimen de defensa de la competencia en el MERCOSUR que sustituya a los regímenes antidumping.

Además se refirió a la aplicación del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”.

60TPR, Laudo N° 1/2005, Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados precedentes del Uruguay”, 20 diciembre 2005.

61EL TPR reseñó las posiciones de las Partes al respecto, sin perjuicio de lo cual sostuvo que “...ni las propuestas uruguayana ni argentina, satisfacen totalmente al TPR, como se verá más abajo” (considerando 13).

62 En el caso de marras ello era evidente por cuanto la prohibición de importar neumáticos remoldeados es claramente restrictiva del comercio regional.

63 Conforme al TPR, quien al efecto se refirió a la jurisprudencia del TJUE, “...hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales” (considerando 15).

64 Recuérdese que todos los Estados Partes son parte de la citada convención.

65 TAHM, asunto 1/99, “Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998...”, consid. 56.

66 TAHM, “Obstáculos al ingreso de producto fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”, 19/04/02, consid. 8.13.

El TAHM constituido para entender en la controversia relativa a la “Aplicación del “IMESI” (Impuesto Específico Interno)” a la Comercialización de Cigarrillos”, se expidió en forma coincidente al señalar que la obligación de adaptar la normativa interna a los propósitos de la integración surge del principio de buena fe (considerando A-iii).

67 Ibid., consid. 9.4.

68 TAHM, “Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. José de San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, 6/09/06.

69 Ibid., consid. 109.

70 Ibid., consid. 110.

71 Cfr. TAHM, “Omisión del Estado Argentino...”, consid. 116.

72 TAHM, “Omisión del Estado Argentino...”, consid. 118.

73 Ibid., consid. 146.

74 Ibid. consid. 154.

75 Ibid., artículo segundo de la sección resolutive del laudo.

76 Conforme a lo dispuesto en la Dec. CMC N° 23/00.

77 Cfr. entre otros, Guillermo L. ALLENDE, “Naturaleza jurídica de la energía

(jurídica- mente no es cosa)”; LL 118-1138; Mario O. ÁRRAGA PENIDO, “La energía como cosa objeto de los derechos reales y el Proyecto de Código Civil de 1998”; JA 2002-II, 1012; Julián E. JALIL, “La energía eléctrica como cosa riesgosa”; LL 2010-B, 627; Carlos Enrique ED- WARDS, “Apoderamiento ilegítimo de energía eléctrica”; LL 1995-A, 692; Fernando Alfredo SAGARNA, “Daños causados por la energía eléctrica”, LL 1997-E, 986.

78 Otra postura sostiene que la energía no puede desasociarse de los servicios a la que está vinculada (transporte y distribución) y por ende se acerca más a la categoría de servicios que a la de mercaderías. Ésta fue la postura seguida por la República Italiana ante el TJUE en un proceso de incumplimiento iniciado por la Comisión de las Comunidades Europeas con relación al establecimiento de derechos de importación y exportación en el sector de la electricidad (TJUE,, sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/República Italiana”, asunto C-158/94, Rec. I-05789). Sobre el particular se volverá más adelante al analizar los antecedentes del TJUE sobre la materia.

79 Cfr. Código Aduanero Uruguayo (Decreto Ley N° 15.691) disponible en: <http://www.adua-nas.gub.uy/BIBLIOTECADOCUMENTOS/DECRETO-LEY-15691.PDF>.

Código Aduanero Paraguayo (Ley N° 2422) disponible en: <http://www.aduana.gov.py/uploads/archivos/codigo%20aduanero.pdf>

Decreto N° 6759, de 5 de Febrero de 2009, reglamentario de la administración de las actividades aduaneras, fiscalización y control de la tributación de las operaciones de comercio exterior. Disponible en:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6759.htm

80 Cfr. Ricardo Xavier BASALDÚA, Derecho Aduanero, Parte General, Sujetos; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 53 y ss. y Ricardo Xavier BASALDÚA, “Elementos de Derecho Aduanero”, Guía Práctica N° 54, 30/06/2006, Buenos Aires, pág. 5y ss.

81 Cfr. Anexo 30 de Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios.

82 Conforme a la Real Academia Española mercancía es sinónimo de mercadería.

83 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

84 Ibid.

85 Ibid.

86 En concordancia con lo expuesto, cabe recordar que, la CSJN, al analizar la constitucionalidad de un tributo, impuesto por la Provincia de Buenos Aires, a la venta de energía eléctrica fuera de los límites provinciales pero generada en su territorio, estableció que “[e]l medio de transporte empleado -cables- por el cual la corriente eléctrica llega al domicilio del comprador, es indiferente. La electricidad es un producto elaborado análogo a cualquier otro de la industria; y el medio de transporte que se emplea para su venta fuera de la provincia no puede influir en manera alguna para decidir, como lo pretende la demandada, que se entrega y vende en la misma provincia en que se la fabrica”. Cfr. CSJN, “Compañía Hispano Argentina de Electricidad contra la Provincia de Buenos Aires”, Fallos 173:373, pág. 382

87 Sobre la consideración de la energía eléctrica como mercadería cfr. Walter N. DE LEO, La importación y exportación de energía, Cuadernos del Instituto AFIP, N° 19, Buenos Aires, 2010, págs. 31 ss.

88 A la fecha de la redacción del presente, el CAM no se encuentra vigente. Conforme al art. 4 de la decisión aprobatoria, la misma debe ser incorporada al ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes. En el caso del CAM, los Estados Partes acordaron que dicha incorporación se realice por ley. Sobre el particular cfr. Alejandro Daniel PEROTTI, “I° Congreso Internacional de Derecho aduanero del MERCOSUR - El Código Aduanero del MERCOSUR - Algunos aspectos

normativos y jurisdiccionales” en Guía Práctica N° 175, 15 de octubre de 2010, Buenos Aires, pág.3 ss.

89 El CAM fue objeto de un pormenorizado análisis en el I° Congreso Internacional de Derecho aduanero del MERCOSUR: “El Código Aduanero del MERCOSUR”, organizado por la Universidad Austral y el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros. El congreso se desarrolló durante el 26 y 27 de Agosto de 2010 en la sede de la Universidad Austral, Buenos Aires. Las conclusiones del congreso y las ponencias de los expositores se encuentran disponibles en:
<http://web.austral.edu.ar/derecho-noticias-2009-47.asp>

90 Cfr. la sexta acepción de “bienes” del Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

91 A los efectos del análisis que sigue cabe tener presente que, conforme al art. 178 CAM, durante el período de transición hasta la conformación definitiva de la Unión Aduanera, la introducción o salida de las mercaderías de un Estado Parte a otro Estado Parte se considerará como importación y exportación entre distintos territorios aduaneros.

92 Regulados en el Capítulo II del Título IV CAM (arts. 36 a 70).

93 Las modalidades del tránsito aduanero están definidas en el art. 92.

94 Organización Mundial de Aduanas, Nomenclatura del Sistema Armonizado, Edición 2007. Disponible en:

http://www.wcoomd.org/home_hsoverviewboxes_tools_and_instruments_hsnomenclaturetable2007.htm

95 Cfr. Hilda DUBROVSKY, Reno RUCHANSKY, El desarrollo..., pág. 52.

96 Ibid.

97 Cabe señalar que el TCCEE utiliza en forma indistinta los términos mercaderías, mercancías y productos.

98 El actual art. 28 TFUE que se corresponde con el citado artículo del TCCEE establece que “1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. 2. [...]”.

99 Actual art. 30 TFUE: “Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal”.

100 TJUE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, Rec.

Edición Especial Española pág. 99. En el caso citado, tanto el Abogado General, en sus conclusiones generales, como el TJUE remarcaron la primacía que le cabe al Derecho Comunitario sobre el ordenamiento jurídico de los Estado Miembros – en aquellas áreas delegadas a la Comunidad – y el efecto directo que algunas de las normas del TCCEE traen aparejadas. Éste último efecto implica que la sola existencia de la norma – sin necesidad de que el Estado Miembro la internalice o reglamente – genera derechos a favor de los nacionales quienes pueden recurrir a los jueces competentes a fin de solicitar el resguardo de dichos derechos.

101 En su redacción original establecía que:

“1. Los Estados miembros adecuarán progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que, al final del período transitorio, quede asegurada la exclusión de toda discriminación ente los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento del mercado.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, de iure o de facto, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los

monopolios cedidos por el Estado a terceros

2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier nueva medida contraria a los principios enunciados en el apartado 1 o que restrinja el alcance de los artículos relativos a la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros.

3. El ritmo de las medidas contempladas en el apartado 1 deberá ajustarse a la supresión de las restricciones cuantitativas para los mismos productos prevista en los artículos 30 a 34, ambos inclusive...”.

102 El Gobierno Italiano y ENEL sostenían que el art. 37 TCCEE no era de aplicación en el caso por cuanto, atento al carácter de servicio público de la actividad de ENEL, no se compadecía con la noción de “monopolio comercial” a la que se refería la norma citada.

103 Conclusiones Abogado General TJUE, Costa/ENEL, citado, consid. II.D.

104 Ibid.

105 Ibid.

106 Ibid.

107 TJUE, Costa/ENEL, citado, pág. 111.

108 Ibid.

109 TJUE, sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, asunto C-393/92, Rec. 1994 I- 01477.

110 El tribunal citado debía resolver en calidad de amigable componedor ante la apelación del Ayuntamiento de Almelo y los otros municipios contra el laudo arbitral que desestimó sus pretensiones. La primera cuestión prejudicial tenía por objeto definir si a los efectos del art. 177 TCCEE, podía calificarse como órgano jurisdiccional nacional cuando éste debe analizar la controversia como amigable componedor.

111 TJUE, Almelo y otros, citado, consid. 27.

112 Ibid. consid. 28.

113 Ibid.

114 TJUE, Comisión/República Italiana, citado, consid. 14.

115 TJUE, sentencia de 24 de marzo de 1992, Schindler, asunto C-275/92, Rec. 1994 I-01039.

116 TJUE, sentencia de 18 de junio de 1991, ERT AE, asunto C-260/89, Rec. 1991 I-02925.

117 TJUE, Comisión/República Italiana, citado, consid. 18.

118 El TJUE continuó analizando el alcance del art. 90 TCCEE y si los derechos de exclusividad otorgados a ENEL por el Gobierno Italiano podían ser calificados como necesarios en los términos de dicho artículo. Finalmente por cuestiones de falta de prueba de la Comisión de las Comunidades Europea, el TJUE rechazó el recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europea.

119 TJUE, sentencia de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord BV y otros, asunto C- 206/06, Diario Oficial de la Unión Europea C 178, 29.7.2006.

120 Ibid, consid. 43.

121 Derogó a su par, la Directiva 96/92/CE, y estableció condiciones mínimas para los mercados de generación, transmisión y distribución

122 El art. 2 de la decisión establece que “En caso que los Estados Partes requieran la adopción de medidas internas para incorporar a sus ordenamientos internos la presente Decisión lo comunicarán a la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR en un plazo de 45 días contados a parte de la fecha de la presente Decisión”. Es decir que la omisión de dicha notificación por parte de los Estados Partes significa que la misma no requiere ser incorporada al ordenamiento jurídico interno y por tanto resulta vigente y aplicable a dicho Estado a partir de su aprobación. Ninguno de los Estados Partes emitió dicha comunicación por lo que, habiendo transcurrido con creces el plazo citado, el Memorandum debe ser considerado vigente en todos los

Estados Partes. En este sentido, las delegaciones paraguayas y uruguayas ante el GMC expresaron su entendimiento de que dicha decisión no requiere un acto formal de incorporación a su ordenamiento interno (Cfr. actas de la XLIX y LIV Reuniones Ordinarias del GMC). Como se analizará en el presente apartado, Argentina también la consideró vigente y aplicable tanto al defender los intereses nacionales en actuaciones judiciales como en el dictado de actos administrativos. Cabe señalar que en la L Reunión Ordinaria del GMC, la delegación brasileña sugirió que la decisión bajo análisis sea “transformada” en una recomendación del CMC, reconociendo implícitamente la vigencia de la decisión y consiguientemente del memorandum ya que no podría hablarse de transformación de algo que no esta vigente. El GMC instruyó al SGT N° 9 para que analice las alternativas para revisar y adecuar dicha decisión e incorporar “situaciones no previstas actualmente por las mismas [hace referencia a las Dec. CMC N° 10/98 y 10/99], tales como crisis transitorias en los países que afectan las posibilidades de su total aplicación y operacionalización (sic) de conceptos contenidos en las mismas., etc.” (Cfr. Acta XXXIX Reunión del SGT N° 9).

Hasta el momento en que estas líneas fueron escritas, no se avanzó en dicho análisis y re- forma respecto de lo cual, los Estados Partes coincidieron en la necesidad de contar con asesoramiento técnico y contratar una consultoría al efecto (Cfr. Acta XLII Reunión SGT N° 9 - Junio 2006). En la LII Reunión Plenaria SGT N° 9 (junio 2010) la delegación uru- guaya, al referirse a los temas a ser tratados en la próxima reunión plenaria, señaló que estaba en condiciones de evaluar la adecuación de una de las dos normas - Dec. CMC N° 10/98 y su par N° 10/99 - en dicha ocasión. El análisis fue pospuesto a pedido de la delegación argentina en la XLV Reunión SGT N° 9 (octubre 2007).

123 Recuérdese lo expuesto sobre el acceso a las redes en el caso Essent por el TJUE. En si- milar sentido, cabría tener presente lo resuelto por el TPR en el caso de los cierres de los puentes Gral. J. de San Martín y Gral. Artigas.

124 Un punto a analizar al respecto, pero que excede el alcance del presente trabajo, es si la necesidad de contar con una autorización previa de, por ejemplo, en el caso de Argentina, la Secretaría de Energía de la Nación, para importar o exportar energía eléctrica y para que CAMMESA administre el contrato en el MEM, es conteste con la obligación de no impedir u obstruir el libre intercambio de energía y, en su caso, el carácter del trámite y del acto administrativos resultante. Cfr. art. 34 ley 24.065 y Anexo 30 de Los Procedimientos.

125 CSJN, “Entre Ríos Provincia del c. Estado Nacional (Secretaría de Energía) s. acción de amparo”, 11/07/2000, Fallos 323:1865 y CSJN, “Electricidad de Misiones S.A. c. Secretaría de Energía de la Nación - Recurso de Hecho”, 29/06/04.

126 Cfr. “Presenta Informe Circunstanciado”, en “Electricidad de Misiones S.A. c. Secretaría de Energía de la Nación” que tramitó ante el Juzgado Federal de 1° Instancia de Posadas, fs. 283 vta. y 284.

127 El paralelismo surge del análisis de ambas causas ya que la Provincia de Entre Ríos so- licitó una medida cautelar sosteniendo como apoyo la medida cautelar otorgada por el juez federal de Posadas en la causa iniciada por EMSA y en ésta última, el Estado Nacional, solicitó se agregue copia de las sentencia de la CSJN en la causa promovida por la provincia citada.

128 Cfr. CSJN, “Entre Ríos Provincia del c. Estado Nacional (Secretaría de Energía) s. acción de amparo”; 11/07/2000, Fallos 323:1865, consid. 3.

129 Cfr. Ibid., consid. 12.

130 Así fue reconocido por Argentina y Brasil en los considerandos de las Notas Reversales por las cuales, con fecha 5 de julio de 2002, crearon la Comisión Mixta Binacional Permanente en Materia Energética. En similar sentido, en los considerando del “Memorandum de Entendimiento entre los Gobiernos de la República Argentina y la República del Para- guay sobre el Proyecto Corpus Christi”

(firmado el 25 de mayo de 2000 en Asunción), se expresa que dicho acuerdo se realiza en el convencimiento de la importancia de la integración de los sectores eléctricos y con el propósito de "...intensificar la interconexión de sus respectivos sistemas en el marco del "Memorandum de Entendimiento relativo a los Intercambios Eléctricos e Integración Eléctrica en el MERCOSUR, aprobado por el Consejo del Mercado Común", reconociéndose, así, la vigencia del citado memorandum.

131 Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela. Bolivia, si bien es un Estado Asociado al MER- COSUR no formó parte del acuerdo.

132 El Acuerdo de Complementación Energética entró en vigor el 26 de febrero de 2010 entre Brasil, Chile, Uruguay y Venezuela.

133 Entre ellos se incluyen: i) el "Convenio entre las Empresas Agua y Energía Eléctrica de la Argentina y Centrais Eletricas Brasileiras S.A. Eletrobrás, para el Estudio Conjunto de los Tramos Limítrofes del Río Uruguay y su Afluente Pepirí Guazú" suscrito en Brasilia el 14 de marzo de 1972; ii) el Acuerdo por canje de notas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil relativo a un aprovechamiento hidroeléctrico y con propósitos múltiples en la zona de corpus, de fecha 19 de octubre de 1979; iii) las Notas Reversales sobre Interconexión del Sistema Eléctrico Argentino con el Sistema Eléctrico Brasileño, de fecha 17 de mayo de 1980; iv) y el Protocolo sobre Energía firmado en Buenos Aires el 29/07/86 y los Anexos II, III, V firmados en Brasilia los días 10/12/86, 23/08/89 y 26/05/93, respectivamente.

134 En este sentido las partes se comprometieron a "...apoyar las actividades empresarias para la implantación de las interconexiones eléctricas, que posibiliten el intercambio de energía entre ambos sistemas conciliándolas con la localización del aprovechamiento hidroeléctrico y de la Estación Conversora de Garabí".

135 Ver nota 18.

136 En este sentido cabe recordar que, con anterioridad a los intercambios acordados entre dichas autoridades, a través de la resolución N° 434/04, la Secretaría de Energía de la República Argentina, instruyó a CAMMESA a adquirir energía eléctrica proveniente del Brasil por cuenta y orden del Estado Nacional realizando al efecto una licitación pública internacional conforme a los términos y condiciones del anexo I. Luego se dictaron las Notas N° 496/07, 529/07, 604/07, 690/07, 759/07, 262/08 y 416/08, por las que la SE instruyó a CAMMESA a celebrar los contratos con la Companhia de Interconexão Energética (CIEN) que permitan el intercambio de energía.

137 El primer acuerdo celebrado al efecto fue el "Convenio Relativo al Aprovechamiento de los Rápidos del Río Uruguay en la Zona del Salto Grande", suscrito en Montevideo el 30 de diciembre de 1946.

138 Aprobado por el Congreso Argentino a través de la ley N° 21.011 (B.O. 24/09/75) y por el Parlamento Uruguayo a través de la ley 14.221. Conforme a lo informado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, el acuerdo se encuentra vigente. Para más información seguir el siguiente enlace:

http://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=3106

139 Aprobado por el Congreso Argentino a través de la ley N° 23.390 (B.O. 11/03/87) y por el Parlamento Uruguayo a través del decreto-ley 15.509 (D.O. 19/01/84). Conforme a lo informado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, el acuerdo se encuentra vigente. Para más información seguir el siguiente enlace:

http://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=3169

140 Conforme al artículo 19 se incluyen las interconexiones construidas a partir del desarrollo de Salto Grande (Estaciones Ayuí margen argentina y uruguaya), Colonia Elía - San Javier; Concepción - Paysandú y Concordia - Salto.

141 Acuerdo por canje de Notas Reversales sobre Interconexión Eléctrica del 12 de junio de 1975.

142 Rivera - Livramento; Artigas - Quaraí y Chuy - Santa Victoria do Palmar.

143 Protocolizado como Sexagésimo Cuarto Protocolo Adicional al Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 2 suscripto entre Brasil y Uruguay.

144 Tal como fuera adelantado en el presente capítulo se analizará la compatibilidad de la imposición de derechos de exportación al comercio intrazona en el MERCOSUR excluyéndose de dicho análisis, la constitucionalidad de su imposición y reglamentación por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

145 Sobre la evolución de la regulación constitucional de los derechos de exportación ver Rodolfo C. BARRA, y Beltrán M. FOS, “Sobre retenciones y federalismo”; LL 2008-D, 924.

146 La doctrina mayoritaria es conteste en que los derechos de exportación forma parte del género tributos y, en particular, configuran impuestos. Cfr. Juan Patricio COTTER, , “Re- flexiones en torno a los derechos de exportación, su legitimidad y razonabilidad”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 49; Pablo D. SA- NABRIA, “Las retenciones a la exportación ¿Un impuesto inconstitucional?”, La Ley 2008- B, 1025; Gregorio BADENI, “La patología constitucional de las retenciones”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 33; Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Constitución y derechos de exportación”, La Ley, Suplemento Especial Re- tenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 75; Mario J. BIBILONI, “Acerca de los derechos de exportación, sus fundamentos legales e implicancias”, La Ley, Suplemento Especial Retenciones a las Exportaciones, Abril 2008, pág. 37; Rodolfo C. BARRA, y Beltrán M. FOS, “Sobre retenciones...”; Dino JARACH, El hecho imponible, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982 pág. 170; Juan SORTHEIX, Derecho aduanero, Tomo V-A, Ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., 1973, pág. 289 y ss. (citado por COTTER en la obra aludida anteriormente) y Roberto LUQUI, “Un impuesto disfrazado de derecho de aduana”, La Ley edición del 27/12/2010.

En contra de tal posición se manifestaron el Procurador del Tesoro de la Nación en su dictamen N° 576 (Tomo 247 Página 444) y Juan Carlos LUQUI, La obligación tributaria, De- palma, Bs. As., 1999, pág. 127 y ss.

147 En particular las resoluciones generales AFIP N° 971 y 1687 y la Nota Externa DGA N° 73/09.

148 El CAA prevé distintos tipos de operaciones de exportación, llamadas destinaciones, las que califica en: i) destinación definitiva de exportación para consumo; ii) destinación suspensiva de exportación temporaria; iii) destinación suspensiva de tránsito de exportación; y iv) destinación suspensiva de removido.

149 Tal como se expuso anteriormente al analizar los destinos aduaneros contemplados en el CAM, podrían realizarse operaciones de tránsito de energía eléctrica, sin embargo, la normativa aduanera argentina actual al respecto no contempla el tránsito de aquella.

150 La exportación de energía eléctrica desde la Argentina requiere la autorización previa de la Secretaría de Energía de la Nación (art. 34 ley 24.065). Asimismo las transacciones entre los sistemas eléctricos intervinientes en la operación deberán ser coordinadas por las instituciones encargadas de administrar dichos sistemas y cumplir con las normas operativas específicas dictadas al efecto. En el caso argentino los agentes del MEM que deseen realizar operaciones de importación y/o exportación de energía deberán cumplir con lo dispuesto en el Anexo 30 de Los Procedimientos.

151 Las pautas para la valoración se encuentran establecidas en los arts. 741 y siguientes del CAA.

152 Los depósitos bancarios en dólares estadounidenses se pesificaron a la relación

de U\$S 1,00=\$ 1,40 mientras que los créditos y préstamos bancarios se pesificaron a la relación de U\$S 1 = \$ 1.

153 Posteriormente este plazo fue prorrogado por el término de otros 5 años, mediante la ley 26.271 dictada en diciembre de 2006.

154 En virtud de dicho mandato se dictaron diversos decretos y resoluciones que fueron modificando el régimen de derechos de exportación sobre los hidrocarburos cuyo examen no se realizará en esta oportunidad por exceder el objeto del presente trabajo. Cabe resaltar que del texto de la ley 25.561 se desprende con claridad que el derecho de exportación previsto en su art. 6 sólo debía ser aplicado a la exportación de hidrocarburos y que su fin exclusivo era la conformación de una garantía sobre las medidas que adoptare el Poder Ejecutivo para paliar la pesificación asimétrica del sector financiero.

155 Los arts. 3 y 4 excluían a los hidrocarburos y establecían que los derechos de exportación previstos en los artículos anteriores eran adicionales a los vigentes a la fecha de su publicación.

156 Incrementó al 20% el derecho de exportación de diversas mercaderías manteniendo las alícuotas previstas en la Res. MEI 11/02 para aquellas posiciones arancelarias que no hubieran sido modificadas.

157 No se incluían los hidrocarburos que, conforme al art. 17 del decreto comentado se regían por lo dispuesto en los decretos 310/02, 809/02 y 645/04 y las la Resoluciones ME 526/02, MEP 335/04, 336/04, 337/04, 532/04, 534/04, 537/04 y 776/06.

158 Entre dichas resoluciones se incluyen las siguientes: MEP 184/07, 368/07, 369/07, 9/08, 126/08, 64/08, 181/08, 182/08 y 189/08; resoluciones conjuntas MP y MEFP 26/08 y 28/08, 27/08 y 29/08, 38/08 y 40/08, 3/09 y 4/09, 62/09 y 79/09 y 65/09 y 88/09.

159 Cfr. Walter N. DE LEO, La importación..., págs. 31 ss.

160 Otro de los aspectos que fueron motivo de discusión fue la legitimidad de la delegación prevista en el art. 755 CAA en cuanto faculta al PEN a: i) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo; ii) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y iii) c) modificar el derecho de exportación establecido; en contra- posición con lo dispuesto en el art. 76 CN, así como la subdelegación de dichas facultades a los ministerios. Sin embargo, tal como se expuso anteriormente, dicha cuestión excede el objeto del presente trabajo.

161 CNCAF; Sala 3, "Bio Sidus S.A. (TF 22046-A) c. DGA", 6/10/08.

162 CNCAF; Sala 5, "Bio Sidus S.A. (TF 21235-A) c. DGA", 13/11/07.

163 CNCAF; Sala 5, "Bio Sidus S.A. (TF 21235-A) c. DGA", 13/11/07, disidencia del Dr. ALE- MANY, consid. III.

164 Ibid.

165 CNCAF, Sala 4, "Endesa Cemsa S.A. (TF 26183-A) c. DGA", con la disidencia del Dr. Morán. La mayoría estuvo constituida por los Dres. Fernández y Márquez. Cabe señalar que el Dr. Fernandez se remitió a su voto en "Bio Sidus S.A. (TF 22046-A) c. DGA" del 6/10/08, cuando integraba la Sala 3.

166 Ya se ha hecho referencia al particular en el apartado III.A al cual cabe remitirse más allá de lo que se expondrá en éste apartado.

167 Aún antes de la reforma constitucional de 1994, la CSJN reconoció la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas. Así lo decidió en "Ekmekdjian" (Fallos 315:1492), "Fibraca" (Fallos 316:1669), "Cafés la Virginia" (Fallos 317:1282), "Dotti" (Fallos 321:1226) y "Mercedes Benz Argentina" (Fallos 322:3193), entre otras.

La Procuración del Tesoro de la Nación también ha reconocido la primacía del TA y del Derecho derivado de los órganos de este en los dictámenes N° 241-159 y 112-

97. Finalmente cabe destacar que dicha supremacía también fue confirmada por el TPR en la Opinión Consultiva N° 1/07, apartado III.2.C, en el cual se sostuvo que “el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo, o en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se pondría “en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur”. La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante”. En similar sentido se manifestó Jorge Reinaldo VANOSSI, La reforma constitucional de 1994, Colección Serie Temas de Actualidad, Editorial del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Bs. As., 2004, págs. 443 y ss.

Además, el TPR, destacó la preeminencia del Derecho de la integración sobre el Derecho Internacional Público y Privado del Estado Parte (Cfr. apartado III.2.D). La primacía del TA sobre el ordenamiento jurídico nacional es reconocida por Rodolfo C. BARRA, y Beltrán M. FOS, “Sobre retenciones...”; y Alejandro D. PEROTTI, “Anotaciones preliminares sobre la incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico del MERCOSUR y las disposiciones nacionales argentinas sobre derechos a las exportaciones”, ED, 201-991.

168 CNCAF, Sala 5, “Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA”, 14/09/06. La misma sala resolvió en sentido similar las causas “Biosidus (TF 21235-A) c. DGA”, 13/11/07, y “Biaseflex SA- CIFI c. DGA- Resol. 1211/98 s/ Administración Nacional de Aduanas”, 14/09/06.

169 Ibid, consid. VII.

170 C. Fed. Mendoza, sala B, “AUTOSAL S.A. c. Dirección General de Aduanas, p/Ordinario”; inédito, 27/05/09, consid. IV. El tribunal confirmó la sentencia del Juzgado Federal de 1° Instancia de San Luis que había declarado la inconstitucionalidad de la Resolución MEI 11/02.

171 Juzg. Fed. 1° Inst. Paso de los Libres, “SANCOR COOPERATIVAS UNIDAS c. A.N.A. Paso de los Libres”, 05/05/08, LLLitoral 2008 (julio), 669.

172 Cfr. apartado III.A.

173 Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación...”, pág. 107; y del mismo autor, “La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del MERCOSUR”, JA 2007-II-34.

174 Ibid.

175 Cabe recordar que conforme al PO los laudos de los TAHM son obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación, adquiriendo fuerza de cosa juzgada si no se interpone el recurso de revisión ante el TPR. Del mismo modo, los laudos del TPR son inapelables y obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación (art. 26). Adicionalmente, los Estados Partes, al suscribir el PO, se obligaron a cumplir los laudos citados en las formas y plazos en la que fueran dictados (art. 27). Sobre este punto y la dinámica entre el Derecho del MERCOSUR y el Derecho interno ver Alejandro D. PEROTTI, “El Derecho del Mercosur y su relación con el Derecho Interno. El sabor amargo del azúcar en la ley argentina 24.822. Medidas cautelares contra normas comunitarias del MERCOSUR y experiencia europea”, EDCO 01/02-353. Asimismo cfr. TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, solicitud cursada por la Corte de Justicia con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil de 1° Turno en autos “Sucesión Carlos Schnek y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas s/ cobro de pesos”, 24/04/09.

176 Recuérdese que conforme a lo dispuesto en el art. 178 CAM, durante el proceso de transición hasta la conformación definitiva de la Unión Aduanera, la introducción o salida de las mercaderías de un Estado Parte a otro Estado Parte se considerarán como importación o exportación entre distintos territorios aduaneros.

177 Repárese en este sentido que la Res. GMC N° 43/03 contempla la necesidad de su entrada en vigencia simultánea, tanto en el marco del MERCOSUR, propiamente dicho, como del ACE 18. Es decir, que la protocolización en nada modifica el carácter propio de la norma en el marco del TA y del ordenamiento jurídico regional en su conjunto.

178 PGN, “Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA”, S, 346, XLIII, 01/04/08. Cabe señalar que en dicho precedente por resolución de fecha 6/10/09, la CSJN decidió remitir al TPR la siguiente opinión consultiva: “¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?” (Fallos 332:2237). Sin embargo, el TPR no llegó a tratar la cuestión porque con anterioridad a su remisión, el actor desistió del derecho y de la acción, lo que motivó el dictado de la resolución del 27/04/10, por la que la CSJN revocó su decisión anterior y entendió que sería in- oficioso que ella se pronuncie sobre la cuestión al tornarse abstracta (Fallos 333:508).

El PGN se remitió al dictamen citado en diversas causas posteriores a saber: “Sancor CUL TF 20823-A”, “Sancor Cul (TF 22781-A)”, “Sancor Cul (19296-A)”, “Sancor Cul (TF 20820- A)”, “Sancor Cul (TF 22428-A)” y “Bio Sidus S.A. (TF 22046-A)”.

179 PGN, “Sancor CUL (TF 18476-A) c. DGA”, S, 346, XLIII, consid. IV.

180 Ibid.

181 Ibid.

182 Ibid.

183 Carlos Luis MONZÓ, “En torno a la constitucionalidad de los derechos de exportación”, Revista de Estudios Aduaneros N° 16, 2° Semestre 2001 - 1° y 2° Semestre 2002, Sección Doctrina, Instituto de Argentino de Estudios Aduaneros, pág. 67.

184 Recuérdese que la validez de dicha delegación no es objeto del presente.

185 TAHM, asunto 1/99, “Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998...”, consid. 56.

186 La CSJN reconoció la necesidad de interpretar los tratados internacionales de acuerdo al principio de buena fe previsto en la Convención de Viena en diversos precedentes. Entre ellos “Corporación Financiera Internacional c. Aragón, Luis Alberto Facundo”, Lexis No 70039110, y “Dotti” (cons. 10°), ya citado y sus citas.

187 Cfr. Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación...”, JA 2007-II-34.

188 Cfr. entre otros, Juan Patricio COTTER, “Reflexiones en torno a los derechos de exportación...”; Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación...”.

189 CNCAF, Sala 5, “Sancor CUL”, consid. VII.

190 Ibid., consid. VII.

191 Ibid., consid. IX.b.

192 La Sala 5 se remitió a lo resuelto en “Sancor CUL” y “Biaseflex” (ya citados) para resolver en la causa “Bio Sidus”. Ver nota 170. Cabe señalar que la Cámara Federal de Mendoza en “Autosal” se remitió a lo resuelto por la Sala 5 CNCAF en “Sancor CUL” para decidir la inconstitucionalidad de la Resolución MEI N° 11/02.

193 CSJN, “Cocchia”, Fallos 316:2624, consid. 12.

194 Cám. Fed. Mendoza, “Autosal”, consid. V.

195 Juan Patricio COTTER, “Reflexiones en torno a los derechos de exportación...”; Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación...”, Enrique C. BARREIRA, “La ilegitimidad de los derechos de exportación en el tráfico intrazona del MERCOSUR”, JA 2007-II-34; Alejandro D. PEROTTI, “Anotaciones preliminares...”; y Rodolfo C. BARRA, y Beltrán M. FOS, “Sobre retenciones...”, entre otros.

196 Alejandro D. PEROTTI, “Anotaciones preliminares...”, § 14.

197 Ibid. § 16.

- 198 Juan Patricio COTTER, “Reflexiones en torno a los derechos de exportación...”, apartado VI.
- 199 TAHM, “Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”, 5/08/05.
- 200 El decreto 3646 era aplicable solamente a las exportaciones dirigidas a Uruguay y a Paraguay, mientras que el decreto 3647 era aplicable a las exportaciones de todos los países de América del Sur, con excepción de Argentina, Chile y Ecuador. De allí que Uruguay haya alegado la violación del TA, no sólo por el carácter restrictivo del comercio de dichos decretos, sino también por ser discriminatorios.
- 201 TAHM, “Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco...”, pág. 15.
- 202 En la XLIII Reunión Ordinaria del GMC, realizada entre el 9 y el 10 de octubre de 2001, se analizó el dictamen del Grupo de Expertos, oportunidad en la cual la delegación brasileña manifestó su disconformidad con lo resuelto por el citado grupo.
- 203 TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, solicitud cursada por la Corte de Justicia con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil de 1° Turno en autos “Sucesión Carlos Schnek y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas s/ cobro de pesos”, 24/04/09; y Opinión Consultiva N° 1/2009, solicitud cursada por la Corte de Justicia con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil de 2° Turno en autos “Frigorífico Centenario S.A. c/Ministerio de Economía y Finanzas y Otros. Cobro de pesos”, 15/06/09. Respecto al régimen de opiniones consultivas del TPR ver Alejandro D. PEROTTI, Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR, Honrad Adenauer Stiftung - Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, en particular, capítulos V, VII y VIII.
- 204 TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, § 34. Cfr. TPR, Opinión Consultiva N° 01/2009 § 16.
- 205 TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, § 45.
- 206 TPR, Opinión Consultiva N° 01/2008, § 46.
- 207 TPR, Opinión Consultiva N° 01/2009, § 25.
- 208 Así, tal como lo recuerdan los miembros argentinos del GAHCAM, éste punto fue el de más difícil conclusión. Cfr. Adriana SACERDOTE, Fabiana GOLDSZTEIN, Tristán CONDE y Héctor H. JUÁREZ, “El Código Aduanero del Mercosur (CAM) desde la óptica de sus redactores nacionales”, www.aduananews.com.ar, n° 103, octubre 2010, punto IV.6 “Determinación de los derechos de exportación”.
- 209 Cabe resaltar que el GAHCAM no participó de la redacción e inclusión de dicha norma. Tampoco se realizaron los ajustes que eran necesarios en el resto del articulado del CAM en virtud de lo dispuesto en el referido apartado.
- 210 La doctrina especializada ha destacado que aquél “no tratamiento” se contraponen con la específica alusión a los derechos de exportación que se incluyen en los siguientes artículos 53, ap. 2, 81, 83, ap. 1, 84 ap. 3, 86, 88 y 89, ap. 3. Cfr. Ricardo X. BASALDÚA, “Código Aduanero del MERCOSUR: los derechos de exportación y la necesidad de reparar una notoria incongruencia”, revista Guía Práctica de comercio exterior No 177, 15/11/2010, ed. Tarifar, Buenos Aires, págs. 3-5 y Enrique C. BARREIRA, “El Código Aduanero del MER- COSUR (Decisión 27/10 del Consejo del Mercado Común)”, www.aduananews.com.ar, n° 103, octubre 2010, punto VI.4 “Los derechos de exportación”.
- 211 Consultado sobre la materia durante el I° Congreso Internacional de Derecho Aduanero del MERCOSUR: “El Código Aduanero del MERCOSUR”, uno de los miembros de la delegación brasileña en el GAHCAM - Rosaldo Trevisan - respondió que la elección del texto en nada modifica la situación vigente a la fecha del dictado de la Decisión CMC N° 27/10.
- 212 Alejandro Daniel PEROTTI, “I° Congreso Internacional...”, pág.3 ss. Cabe

recordar, además, que el TPR reconoció dicha posibilidad en la Opinión Consultiva N° 01/2007 - remitida en el marco del trámite de los autos “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante” – y destacó sus facultades para declarar la inaplicabilidad, en el caso concreto, de una norma de Derecho derivados que se oponga al Derecho originario. En dicha oportunidad sostuvo que “...cabe preguntarse si este TPR tiene o no competencia para estudiar y declarar inaplicable normas del derecho derivado que transgreden manifiestamente el derecho originario del Mercosur. La respuesta es afirmativa. En efecto, una lectura finalista de las normas mercosureñas, es decir que tengan en cuenta el contexto en el que se desarrolla un proceso de integración y los objetivos del mismo - entre ellos la seguridad jurídica -, demuestra que se impone una respuesta afirmativa a dicha sub-cuestión” (apartado III.G.2). Conforme al TPR los arts. 3 inc. 1 y 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos analizados conforme al espíritu y objetivo del PO fundamentan tal solución ya que, de lo contrario “...este TPR se encontraría aberrantemente obligado a declarar aplicable y/o aplicar una norma del derecho derivado, aún cuando la misma estuviera en manifiesta contradicción al Tratado de Asunción o al resto del derecho originario, lo cual a su vez sería un contrasentido institucional de gravísimo nivel” (apartado III.G.2) [énfasis agregado].

213 Cfr. I° Congreso Internacional de Derecho Aduanero del MERCOSUR: “El Código Aduanero del MERCOSUR”, “Conclusiones Individuales in Extenso”. Cabe aclarar que Julio Carlos Lascano participó del módulo V “Tributos y restricciones a la exportación”. Así mismo ver Alejandro Daniel PEROTTI, “Código Aduanero y derechos de exportación en el MERCOSUR”, El Cronista Comercial, Sección Opinión, edición del 15 de octubre de 2010.

214 Alejandro Daniel PEROTTI, “Código Aduanero y derechos de exportación...”.