



APORTE DE LA CERA

Al Debate sobre el Proyecto de Ley

Expediente: 0013 - PE - 2008 - 17/06/2008,

por el cual se Ratifican las Resoluciones MEP 125/2008

10/03/2008, sus Modificatorias y Complementarias,

sobre Retenciones Agropecuarias.

Fondo de Redistribución Social. Creación.

Trámite Parlamentario N° 67

Buenos Aires, junio 2008



I. OBJETIVO

El presente aporte tiene como objetivo contribuir con un insumo, útil para la toma de decisiones, para el debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional con el Mensaje N° 0941.

El mismo esta realizado desde la experiencia institucional de la CERA que agrupa entidades empresarias y empresas que compiten pacíficamente en el mercado mundial para vender productos argentinos.

Este aporte se hace desde la prudencia al estimar que la mejor política de corto plazo es tener una política de largo plazo que reconcilie eficacia y sustentabilidad en el marco de instituciones respetadas.

II. INTRODUCCIÓN

Un punto introductorio es señalar como cuestión problemática el Artículo 1° del Proyecto. En el mismo se solicita al Parlamento la ratificación de Resoluciones del Ministerio de Economía y Producción (Resoluciones N° 125/08, 141/08, 64/08, 284/08 y 285/08).

El desafío que debe enfrentar el Parlamento en relación a las Resoluciones MEP N° 125/08, 141/08 y 64/08 es determinar si el Ministro actuante tenía facultades para dictarlas.

1. Desde 1927 (Caso Delfino) la Corte Suprema sostuvo que el Congreso no puede delegar la función de hacer la ley (DELEGACIÓN PROPIA), pero admitió que el Poder Ejecutivo Nacional cumpliera ciertas funciones de complementación legislativa **cuando el Congreso hubiera establecido una clara política al respecto**



(DELEGACIÓN IMPROPIA). De esa manera, la CS legitimó la delegación en el Poder Ejecutivo la fijación de los porcentuales de los derechos aduaneros de importación y de exportación.

2. El Código Aduanero de 1981, en su Artículo N° 755, determina que el PEN puede establecer derechos de importación **“en las condiciones previstas en el propio Código y en las leyes que fueran aplicables.”** Esto es coherente con la tesis de la delegación impropia.
3. El Artículo N° 76 de la Constitución Nacional reformada en 1994, prohibió la delegación legislativa. Al respecto, hay dos interpretaciones:
 - a) se reafirmó la delegación propia y se prohibió la impropia.
 - b) se reafirmó solamente la delegación propia y se aceptó la impropia con condiciones.
4. La interpretación b) tiene un fundamento que coincide con la experiencia de los exportadores. Los derechos aduaneros son un impuesto pero también son una herramienta de regulación del comercio exterior.

Por ejemplo, el arancel externo común del MERCOSUR, donde están fijados los aranceles e indicados los derechos de exportación, tiene modificaciones durante su vigencia. ¿Cómo se realizaría la coordinación de sus modificaciones en tiempo y forma con los otros países del MERCOSUR si no se acepta la tesis de la delegación impropia? La misma pregunta cabe hacerse para la fijación de aranceles cuando se determinan por una fijación de una acción anti-dumping o anti-subsidio.

5. Por el contrario, la interpretación expresada en a) da prioridad absoluta al principio de legalidad tributaria de la Constitución (Artículos 19, 29, 76 y 99 inciso 3) y aún más cuando se trata de cuestiones tributarias y aduaneras (Artículos 4, 9, 17, 52 inciso 1 y 2, y 99 inciso 3). (Ver fallos CS 318: 1154, 326: 4251, 309: 400).

En esta opción a), por aplicación del Artículo N° 76 de la CN, las Resoluciones del MEP N° 125/08, 141/08 y 64/08, serían nulas y no podrían ratificarse.

Si se opta por la interpretación de la opción b), ¿cuál es la situación?

6. El Código Aduanero faculta la delegación impropia en el Presidente de la Nación sin autorizar la subdelegación a los ministros por carecer estos de representatividad a través del voto. Pero, con posterioridad, por Ley N° 22.792 se autorizó esta subdelegación.

Por Decreto N° 2752/91, el Presidente subdelegó en el Ministro de Economía la facultad para fijar el arancel aduanero, exenciones y otras restricciones a la importación y exportación. Esta es la facultad que utilizó el Ministro de Economía y Producción para dictar las Resoluciones mencionadas.

7. La cuestión problemática es que por DNU N° 2284/91 (Artículo 75 - texto actualizado) y 2488/91, ratificados por Ley N° 24.307, la Ley N° 22.792 estaba derogada. ¿Qué significa este hecho? Significa que no hay sustento legislativo para la facultad delegada en virtud del Decreto N° 2752/91.

Esta inviabilidad constitucional de las Resoluciones tampoco estaría remediada por la Ley de Ministerios, pues esta no consagra la facultad de subdelegación que, por ser excepcional, debe ser expresa e interpretarse restrictivamente.



8. Por esto sugerimos que sería conveniente que el Parlamento diera contestación, como cuestión introductoria, a la pregunta: ¿Se puede ratificar las Resoluciones del MEP que, constitucionalmente, pudieran ser nulas aún cuando se adopte la tesis de la delegación impropia?

Teniendo en cuenta que la respuesta que se dé tiene implicancias constitucionales muy importantes en relación al tema de la correcta interpretación del Artículo N° 76 de la Constitución Nacional.

Como dice el Proyecto de Ley en su mensaje: “cualquier mal institucional se cura con mas respeto a las instituciones.”

III. NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE EXPORTACION

1. En nuestra opinión, los Derechos de Exportación integran la categoría de los llamados “Impuestos Aduaneros” o “Derechos de Aduana” que se definen en la doctrina constitucional como aquellos pertenecientes al Estado Nacional con exclusión de toda otra autoridad. Esto es así en virtud de lo establecido en los Artículos N° 4, 9 y 75 inciso 1 de la CN. Consisten en gravámenes a la importación o exportación de mercaderías o productos.

Los Derechos de Exportación son un impuesto y el hecho imponible que origina la obligación fiscal en el caso es el despacho de la mercadería con fines de exportación. No deben confundirse con las tasas que pagan los exportadores que implican el pago de una contraprestación especial como lo son las tasas dispuestas en el Código

Aduanero, Capítulo 7, Artículos N° 761 a 776 (tasa de estadística, comprobación, servicios extraordinarios, tributos con afectación especial).

2. Este impuesto, de acuerdo al Artículo N° 4 de la CN es **NO COPARTICIPABLE** ya que “el Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación...” Asimismo, el Artículo N° 17 dispone: “...Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo N° 4”. Por su parte, el Artículo N° 9 dispone que: “En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirá las tarifas que sancione el Congreso.”
3. La regulación del gravamen esta establecida en el Código Aduanero que establece que el derecho de exportación puede ser ad valorem o específico (Artículo N° 733). En el Artículo N° 754 se dispone que “El derecho de exportación específico deberá ser establecido por ley.”

En el Artículo N° 755 se dispone: “En las condiciones previstas en este Código, y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá: a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo; b) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y c) modificar el derecho de exportación establecido.”

En el apartado N° 2 de dicho Artículo, se dispone: “Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 **únicamente** podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

- a) asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional;
 - b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;
 - c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales;
 - d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;
 - e) atender las necesidades de las finanzas públicas.”
4. Un tema a tener en cuenta es que estas facultades están restringidas por la aplicación de los Artículos 27 y 28 de la CN:
- Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.
- Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores Artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Este punto es de singular importancia cuando se tienen en cuenta los compromisos adquiridos por la República Argentina en el MERCOSUR y que será objeto de un comentario en el Capítulo V de esta presentación.
5. El Artículo N° 755 del Código Aduanero debe ser coordinado teniendo en cuenta las reglas de la delegación impropia, si esa es la interpretación constitucional elegida. ¿Por qué?

Porque la Corte Suprema en el precedente “Selcro S.A.” (F 326:4251) del año 2003 es categórica en cuanto a la inconstitucionalidad de la delegación legislativa hacia el Poder Ejecutivo o Jefe de Gabinete para que estos puedan crear una carga tributaria sin sustento legal (considerando sexto), haciendo referencia a que debe existir **una clara política legislativa**.

6. En el fallo mencionado, la CS, interpretando el Artículo N° 76 CN (considerando octavo), excluye como materia susceptible de delegación a los aspectos sustanciales del derecho tributario, en consonancia con lo establecido en la CN en el Artículo N° 99 inciso 3 (ver caso “Video Club Dreams”, F 318:1154).
7. Hay que tener en cuenta que la CS en el precedente “Giroldi” (F. 318:514) y en Jurisprudencia consolidada, viene sosteniendo que deben respetarse las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando interpreta disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica. Este criterio fue ratificado, por ejemplo, en el caso “Bramajo” (F. 319:1840).

La CS tiene suscripto un acuerdo marco con la CIDH el 3/4/06 (acordada 5/06; F. 329:1361). En la opinión consultiva 6/86 en el párrafo 36, la CIDH consideró válidas las delegaciones legislativas siempre que cumplieran los siguientes requisitos:

- a) Que estén autorizadas por la propia Constitución y se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella.
- b) Que respeten el marco establecido por la ley delegante.
- c) Que el ejercicio de la facultad delegada esté sujeta a controles eficaces.

- d) Que no se utilicen para desvirtuar el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Constitución.
8. Por lo tanto, los interrogantes que habrá de tenerse en cuenta son: ¿Es delegable la materia tributaria? En su caso, ¿fue hecha con una clara política legislativa? ¿Se cumplieron controles eficaces? ¿Se desvirtúa algún derecho fundamental o se afecta la libertad? (por ejemplo: confiscatoriedad del tributo).
9. Volvamos por un instante al Artículo N° 755 del Código Aduanero donde, al indicar las finalidades, se lo hace con un criterio restrictivo al poner la palabra “únicamente”. En ninguno de los incisos se menciona el concepto de “redistribución” ni el de asignación específica a determinados fondos. Esto también lleva a una pregunta sobre los considerandos en los que se basa el Artículo N° 4 del Proyecto cuando se afirma: “...no existe mucha diferencia entre destinar fondos iguales a los recaudados o destinar directamente los fondos recaudados, que de ellos se trata.” ¿Cuál es el alcance del inciso e) del Artículo N° 755 cuando taxativamente dispone atender las necesidades de las finanzas públicas? Una interpretación restrictiva del Artículo N° 755, ¿permite tomar atajos en las finalidades que enumera?

IV. CONFISCATORIEDAD

1. La no confiscatoriedad de los tributos es una garantía innominada de la Constitución basada en la inviolabilidad de la propiedad y la disposición de que nadie puede ser privada de ella, salvo en virtud de una sentencia fundada en ley (Artículo N° 17).
2. La Corte Suprema ha establecido un criterio para evaluar si un tributo es confiscatorio. Si el tributo absorbe una parte sustancial de la propiedad o de la renta,



no es tributación sino despojo o exacción. No hay un límite numérico perfectamente establecido para cada tributo.

3. La CS ha utilizado en casos de impuesto sobre el haber hereditario, o al evaluar un impuesto inmobiliario, como criterio razonable una tasa del 33%. Sin embargo, el impuesto a las sociedades comerciales, tiene una tasa del 35% y de hecho, no hay casos por repetición ante la CS reclamando el 2% de diferencia. El problema del legislador será decidir cual es el criterio de razonabilidad de la tasa que elije.
4. El derecho de exportación es pagado por el exportador y trasladado hacia atrás. Por eso, hay que tener en cuenta que en el caso del negocio agropecuario, se dan situaciones muy heterogéneas entre zonas del país, tamaños de los establecimientos, vulnerabilidad climática, al punto tal que se habla de zonas núcleo y de zonas marginales.

Las actividades empresariales deben ser medidas a largo plazo sobre todo porque no hay inversiones que se amorticen de un año a otro. También hay importantes diferencias por las decisiones empresarias en cuanto a las tecnologías de gestión y de procesos utilizados.

5. También es importante tener en cuenta que cuando se exporta, el precio esta “dado” por el mercado internacional y la rentabilidad depende de factores tales como costos internos y paridad cambiaria. Esto significa que lo que en un momento como gravamen puede ser no confiscatorio, puede en el futuro volverse tal y viceversa.

Por eso pareciera prudente, no solo fijar una tasa razonable inicial para un derecho de exportación, sino que hay que habilitar flexibilidades para poder adecuarlos en el futuro ante la eventualidad de cambios importantes.

Como hemos visto, estos cambios no son solamente en los precios internacionales, sino que hay otros factores como, por ejemplo, costos internos, paridad cambiaria, costos de transporte internacional, requisitos especiales en las aduanas de destino, requisitos fito-sanitarios extraordinarios o declaraciones de puerto sucios, etc.

6. El sistema de las “retenciones móviles” tiene algunos problemas que deben ser tenidos en cuenta:

a) El Artículo N° 733 del Código Aduanero, al disponer los derechos de exportación ad valorem, solo autoriza una tasa proporcional. Cuando la tasa es variable al precio, o sea cuando la mayor base imponible hace variar la alícuota positivamente, no es un tributo proporcional sino progresivo.

En este sentido, si la delegación impositiva era para establecer un derecho de exportación con un gravamen proporcional, ¿cómo se puede ratificar un gravamen progresivo como el dispuesto por las Resoluciones del MEP?

b) En referencia a la comercialización de granos, el sistema de derechos de exportación móviles desarticulará la operatoria de los mercados de futuros, imposibilitará la cobertura de riesgos y alterará definitivamente el proceso de formación de los precios, afectando a toda la cadena agroindustrial y en mayor medida a los pequeños y medianos productores que constituyen su eslabón más vulnerable.

c) El sistema de movilidad sumada a la Resolución N° 543 de la ONCCA que modifica el régimen de ventas al exterior, según estudios de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Bahía Blanca, Córdoba, Entre Ríos y las Bolsas de

Comercio de Rosario y Santa Fé, llevarán a la concentración de las operaciones en épocas de cosecha e implicarán caídas en los precios de los productos exportados, entre otros efectos negativos.

Este cambio sustancial en las condiciones de comercialización debe tenerse en cuenta a los efectos de evaluar la tasa razonable del tributo. En este sentido, la “movilidad” es un tema que debe debatirse.

7. También es importante para entender los efectos reales de las alícuotas, tener en cuenta los Artículos N° 734, 735, 737 y 751 del Código Aduanero.

ARTICULO 734. - El derecho de exportación ad valorem es aquél cuyo importe se obtiene mediante la aplicación de un porcentual sobre el valor imponible de la mercadería **o, en su caso, sobre precios oficiales FOB.**

ARTICULO 735. - Para la aplicación del derecho de exportación ad valorem, el valor imponible de la mercadería que se exportare para consumo es el valor FOB en operaciones efectuadas por vía acuática o aérea y el valor FOT o el valor FOR según el medio de transporte que se utilizare, en operaciones efectuadas por vía terrestre, entre un comprador y un vendedor independientes uno de otro en el momento que determinan para cada supuesto los artículos 726, 727 ó 729, según correspondiere, como consecuencia de una venta al contado.

ARTICULO 737. - No obstante lo dispuesto en el artículo 735, se excluyen del valor imponible los derechos y demás tributos que gravaren la exportación.

ARTÍCULO 751.- 1. Los precios oficiales mencionados en el artículo 734 serán los establecidos o a establecerse en la forma que determinare el Poder Ejecutivo para casos originados en situaciones derivadas de



razones de orden económico y técnico, cuidando de no desvirtuar la noción del valor real de la mercadería.

2. El Poder Ejecutivo podrá delegar esta facultad en los organismos que determinare.

8. Aunque no es un tema de confiscatoriedad debe tenerse en cuenta el Artículo XI del GATT-94 “Eliminación General de las Restricciones Cuantitativas” y la parte VI Artículo 12 del Acuerdo sobre la Agricultura, “Disciplinas en materia de Restricciones y Prohibiciones a la Exportación”, porque determinado nivel de derechos de exportación pueden constituirse en una de las restricciones prohibidas en dicho marco legal que por ser un tratado tiene preeminencia sobre la leyes nacionales.

V. MERCOSUR

1. En el Capítulo III numeral 4, se señaló que, de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional Artículos Nº 27 y 28 de la CN el Gobierno Federal “esta obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medios de tratados” y que dichos tratados “**no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio**”. Uno de dichos tratados es el de Asunción por el cual se creó el MERCOSUR.
2. En el Tratado de Asunción se ha señalado:
 - a) “Considerando que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, **constituye condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo con justicia social.**”



- b) “Teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una **adecuada inserción internacional para sus países.**”

Tan importante es este tratado para nuestro país que el Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados creó la Comisión MERCOSUR a la cual le compete: **dictaminar sobre todo proyecto o asunto que pueda afectar el proceso de integración regional expresado en la formación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)** (Numeral 4).

3. La pregunta que hay que enfrentar es la siguiente: ¿Debe entender la Comisión MERCOSUR en el tratamiento del presente proyecto? Al respecto hay dos posiciones:
- a) El Poder Ejecutivo sostiene que la Cláusulas del Tratado de Asunción son meramente programáticas y que no hay que eximir a las exportaciones con destino al MERCOSUR del pago de los derechos de exportación.
- b) Los exportadores que consideran que por aplicación del Artículo N° 27 de la Convención sobre el derecho de los tratados de Viena de 1969, aprobada por la Argentina por la Ley 19.865 es claro que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del Tratado”.

También señalan que el derecho de exportación por el país surte para el exportador un efecto restrictivo equivalente al que resultaría si el país adquirente le aplicaría a esos mismos productos un derecho de importación, lo que equivaldría a la negación del funcionamiento de un mercado común.

Los exportadores se basan en que las cláusulas del MERCOSUR son operativas, lo que resulta evidente por el programa de liberalización del Anexo

Nº 1 del Tratado de Asunción por la aprobación del arancel externo común, por la MERCOSUR/CMC/ Decisión 17/97 y la propia conducta de los Estados con posterioridad a la firma de la misma. Estos argumentos están ratificados en los pronunciamientos de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR que sostuvieron **el carácter operativo de la obligación de garantizar la libre circulación de mercaderías entre los Estados.**

4. La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo (caso Sancor) revocó una sentencia del Tribunal Fiscal que sostenía la postura del Poder Ejecutivo y pretendía avalar el cobro de derechos de exportación a mercadería destinada al MERCOSUR. ¿Qué argumentos se sostuvieron en la sentencia?
- a) El Tratado de Asunción (aprobado por Argentina por la Ley 23.981), constituye la base fundamental del MERCOSUR, lo que está corroborado por el Artículo Nº 41 del Protocolo de Ouro Preto (aprobado en nuestro país por la Ley 24.560).
 - b) El Artículo Nº 1 de dicho tratado determina su objetivo esencial que es la constitución de un mercado común, para lo cual establece la libre circulación de bienes, mediante, entre otras medidas, la eliminación de los derechos aduaneros, pues la libre circulación económica de las mercaderías implica la posibilidad de disponer de ellas sin restricciones desde el punto de vista aduanero.
 - c) Aunque se califique al Tratado de Asunción como un acuerdo “marco” o “programático” debe distinguirse que en sus anexos, que son parte del mismo, se acuerdan políticas específicas y operativas que ponen en jaque tal consideración.



- d) El legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si dictara una norma que contradijera un tratado o que dificultara su cumplimiento, tal acto comportaría una trasgresión al principio de jerarquía que las normas (Artículo N° 31 de la CN) y, por ende, sería inconstitucional.
- e) **No corresponde admitir la imposición de derechos aduaneros agravantes de los ya existentes al tiempo de firmarse el acuerdo, aunque ello se basara en una situación de emergencia.**
5. Existiendo un hecho controvertido, ¿las exportaciones al MERCOSUR deben estar exentas de la aplicación de derechos de exportación? Es importante que el Parlamento tome una posición clara para evitar afectar el proceso de integración regional.

VI. DESARROLLO DE LAS FUERZAS PRODUCTIVAS Y DIMENSIÓN SOCIAL

Queremos expresar opinión sobre dos cuestiones:

1. Frente a planteos de estrategias excluyentes del tipo “chacarero o pool de siembras”, sostenemos la ventaja de un diseño en base a **un Marco integrado de políticas.**

El pool de siembras, como otras modalidades empresarias, son el resultado de un hecho técnico por el cual se asegura una mayor productividad, el uso eficiente del capital y las premisas del logro de mejores innovaciones. O sea, en un mundo escaso de alimentos, son una respuesta apropiada.



La cuestión de la dimensión social de la agricultura familiar y de pequeños agricultores, también es un imperativo para un equilibrio armonioso. Otras respuestas como el cooperativismo, u otras soluciones asociativas, también deben tenerse en cuenta.

En un marco de políticas integradas, se reconcilian las dos dimensiones, la técnica y la social. En base a este enfoque, se logra un resultado de mayor cohesión social, reforzada por la mayor productividad total y el fortalecimiento del papel de la Argentina como proveedor confiable de alimentos a nivel mundial.

2. Hay importantes espacios de mejora cuando se piensa en los efectos de los derechos de exportación en términos de redistribución. La razón es que, al ser una política basada en la oferta, tiene efectos diferenciales respecto de la distribución del subsidio implícito que genera:
 - a) En términos relativos a sus presupuestos, los más favorecidos son los sectores de menores ingresos
 - b) En términos absolutos y con relación al total del subsidio implícito, el sector más favorecido es el de mayores ingresos.

En opinión de la CERA, estos temas merecen ser analizados.