



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

///nos Aires, de febrero de 2012.

Y VISTOS: estos autos caratulados "INC SA (TF 28845-A) c/ DGA",

y CONSIDERANDO:

I.- A fs. 98/102vta., el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó la resolución 1019/2010 (DE ASAT), dictada en la actuación N° 12196-653-2005, por la que no se había hecho lugar a la devolución de pesos 15.946,66 solicitada por la firma Carrefour Argentina S.A. en concepto de derechos de importación para el despacho N° 98 001 IC04 053029 A.

Sostuvo que la repetición pretendida se refería al despacho de importación precedentemente señalado, oficializado el 7 de abril de 1998, que amparaba 3.600 pares de zapatillas de paseo de la P.A. 6403.99.00.910W, de origen y procedencia de Pakistán, por las que se ingresaron u\$s 26.280 en concepto de derechos específicos, en virtud de lo dispuesto por la resolución M.E. y O.S.P. N° 987/1997. Aclaró que dicha resolución fijaba en su Anexo I, para el período del 13/9/1997 al 15/12/1998 un derecho de importación específico mínimo de u\$s 7,30 por par, que fue ingresado.

Adelantó que no podía expedirse acerca de la constitucionalidad de la resolución M.E. y O.S.P. N° 987/1997 y sus modificatorias, en virtud de lo dispuesto por el art. 1164 del C.A.. Agregó que no resultaba óbice a lo expuesto lo normado por el art. 1165 del C.A..

Advirtió que el art. XIX del GATT de 1947, que hizo suyo el GATT de 1994, contemplaba la posibilidad de que los Estados adoptaran medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados, e incluso, adoptar provisionalmente las medidas suspensivas sin consulta previa, a condición de que ésta se efectuara inmediatamente después de tomadas tales medidas.

Entendió que el art. 7 del Acuerdo de Salvaguardias, aprobado por la ley 24.425, posibilitaba a los contratantes aplicar dichas medidas durante el período que fuera necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste.

Recordó que si bien en una oportunidad anterior, al estimar aplicable un precedente de la Sala IV de esta Cámara del 3 de octubre de 2000, se expidió en sentido favorable a la actora en una causa que guardaba alguna característica parecida a la presente, con

posterioridad la Sala I del fuero confirmó el fallo del Tribunal Fiscal que había confirmado la resolución por la que se rechazó el procedimiento de impugnación planteado contra la decisión aduanera de exigir la imposición de derechos de importación específicos mínimos, referida al decreto 998/1995, al que consideró que contenía una salvaguardia provisional, autorizada por el Acuerdo de Salvaguardias.

Luego de transcribir parte del considerando de la resolución M.E.y O.S.P. 987/97, reiteró que ese Tribunal no podía expedirse sobre la legitimidad o no de la medida dispuesta por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, que no fue dejada sin efecto con posterioridad y entrañaba cuestiones de política económica.

Distribuyó las costas en el orden causado, en atención a las dificultades de la cuestión planteada y que la actora pudo verosímilmente considerarse con derecho a litigar, dada la jurisprudencia encontrada sobre el punto. Ello, en virtud del criterio expuesto en el fallo "Molinos Río de la Plata", del 16/11/00, que conducía a apartarse del criterio de imposición al vencido.

II.- Contra dicho pronunciamiento, el Fisco Nacional y la actora dedujeron los recursos de apelación de fs. 107/109 y fs.110, respectivamente. El primero fundó su apelación en el mismo escrito y la accionante expresó agravios a fs. 116/122vta.. A fs. 112/vta. y 124/129 obran las pertinentes contestaciones de traslado.

III.- La actora se agravia de la pretensión aduanera, confirmada por el a quo, de mantener la vigencia de los derechos específicos mínimos (DIEM) fijados por la resolución M.E.y O.S.P. 987/97 con relación a la mercadería importada por el despacho de importación 98001IC04053029A, oficializado el 7/4/98 (3.600 pares de calzado no deportivo de niño, talles 28 al 34, de origen Pakistan).

Solicita que se resuelva el planteo de inconstitucionalidad oportunamente formulado en todas las instancias en que se peticiono la repetición de los DIEM pagados de más.

Sostiene que nuestro país suscribió el Acuerdo de Marrakech (ley 24.425), donde se define que en Argentina los derechos de importación serán *ad valorem* y se consolida su alícuota en un 35%, con la única excepción de las llamadas medidas de salvaguardia, que pueden consistir en un incremento del arancel *ad valorem* o en la imposición de un



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

derecho específico mínimo en situaciones excepcionales. Agrega que el procedimiento para la adopción de tales medidas se encuentra reglamentado por el decreto 1059/96.

Relata que el 14 de febrero de 1997, la Argentina inició una investigación en materia de salvaguardias y adoptó la resolución 226/97, por la que se impusieron medidas provisionales en forma de derechos específicos mínimos respecto de las importaciones de determinado calzado, lo que fue notificado al Comité de Salvaguardias en una comunicación de fecha 21 de febrero de 1997.

Afirma que el 25 de julio de 1997 nuestro país notificó al Comité de Salvaguardias la determinación de la existencia de daño grave formulada por su autoridad competente, la Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE).

Añade que el acta 338 incorpora mediante referencia el informe técnico, un resumen del personal de la CNCE de los datos fácticos reunidos durante la investigación.

Manifiesta que la Argentina notificó al Comité de Salvaguardias el 1º de septiembre de 1997, su intención de imponer una medida de salvaguardia definitiva, y el 12 de septiembre de ese año adoptó la resolución M.E.y O.S.P. 987/97, por la que se imponía, con efecto a partir del 13 de septiembre también de dicho año, tal medida en forma de derechos específicos mínimos a determinadas importaciones de calzado.

Esgrime que en materia de imposición de los derechos específicos mínimos al calzado, se han violado sistemáticamente las normas nacionales e internacionales que prevén que, previo al dictado de toda medida de protección, debe acreditarse la existencia de un daño grave, definido por el Acuerdo de Marrakesh como "... un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional..." (sic).

Reseña las conclusiones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio con relación a las medidas de salvaguardia impuestas por la Argentina a las importaciones de calzado.

Postula que al resultar el Órgano de Solución de Divergencias el organismo de interpretación auténtica del Acuerdo del GATT-OMC, "...y habiendo determinado que la investigación que diera

origen a las salvaguardias que fueran plasmadas legalmente por Resolución MEYOSP 987/97 es que venimos a plantear la inconstitucionalidad del procedimiento y de la Resolución 987/97 por haberse dictado en violación a lo dispuesto por el acuerdo del GATT-OMC, ley 24.425, vulnerando acuerdos internacionales de jerarquía superior a la ley de acuerdo a lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional” (*sic*).

Invoca el fallo de la Sala IV de este fuero, recaído en la causa “RBK Argentina SA (TF 9434-a) c/DGA” el 3 de octubre de 2000.

Alega que el Poder Ejecutivo Nacional, en consonancia con todo lo hasta aquí expuesto, dictó la resolución M.E.y O.S.P. 122/2000, por la que se dejó sin efecto la medida de salvaguardia establecida por la resolución M.E.y O.S.P. 987/1997 con relación a las importaciones de calzado no deportivo.

Asevera que entre los considerandos de esta última resolución, se expresó que la medida de salvaguardia fue objeto de un procedimiento de Solución de Diferencias en el marco de la O.M.C., el que aprobó el 12 de enero de 2000 los informes y las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de la OMC.

Indica que también se señaló en tales considerandos que el Órgano de Solución de Diferencias, solicitó a nuestro país que las medidas que en los informes antedichos se declararon incompatibles con las obligaciones que le correspondían en virtud del Acuerdo sobre Salvaguardias, fueran ajustadas de conformidad con las obligaciones correspondientes.

Agrega que, asimismo, se puntualizó que la Comisión Nacional de Comercio Exterior, mediante el Acta de Directorio N° 587, efectuó el análisis de la investigación que determinó la existencia de daño para la producción nacional de calzado, a efectos de evaluar la posibilidad de ajustarla a los requerimientos definidos por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en materia de aumento de importaciones, factores de daño y relación de causalidad.

Se agravia frente a la pretendida imposición de derechos específicos mínimos y afirma que con relación al calzado deportivo y no deportivo el daño jamás fue probado, tal como quedó



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

acreditado frente a los organismos internacionales y es reconocido por la propia administración en la resolución 122/00:

Aduce que así "... como la ley 24.425 es de directa aplicación, también lo son las conclusiones de sus Órganos de Solución de Controversias a los que Argentina se ha sometido voluntariamente y que debe la Justicia Nacional actuar como vehículo para ejecutarlas" (sic).

Cita el fallo del Tribunal Fiscal de la Nación dictado en la causa "RBK Argentina S.A. c/ DGA s/ recurso de apelación", expediente 14.489-A.

Solicita que se declare la ilegitimidad de los derechos específicos mínimos dispuestos por la resolución M.E.y O.S.P. 987/1997 y sus modificatorias, por no haberse cumplido la normativa del GATT incorporada a nuestra legislación por la ley 24.425 y que, en consecuencia, se ordene la devolución de la diferencia entre los importes pagados en concepto de DIEM y los que debieron pagarse como derechos *ad valorem*, a la alícuota entonces vigente del 33%, con más los intereses y el CER.

Por último, se queja por cuanto en la sentencia apelada el a quo entiende que lo resuelto por la aduana en otra causa, aunque sea de naturaleza idéntica, no obliga al tribunal. Solicita la aplicación de idéntico criterio al expuesto al dictarse la resolución DE ASAT 1784/2007, por la cual se autorizó la devolución de los importes cuya repetición se reclamó.

IV.- La demandada se agravia de la distribución de las costas por su orden. Invoca lo dispuesto por el art. 1163 del C.A..

V.- Mediante la resolución M.E.y O.S.P. N° 987/1997, se declaró el cierre de la investigación por salvaguardias para las operaciones de importación de calzados que se despachan a plaza por las posiciones arancelarias de la N.C.M. señaladas en su art. 1 (entre las que se encuentra la correspondiente a la mercadería en trato).

Asimismo, se impuso una medida de salvaguardia consistente en la fijación de Derechos Específicos Mínimos a las operaciones de importación de los productos descriptos en su Anexo I, el cual incluye el correspondiente cronograma de liberalización (art. 2°).

A su vez, se dispuso que la medida de salvaguardia impuesta tendrá vigencia por el término de TRES (3) años, contados a partir del día 25 de febrero de 1997 (art. 6°) y se ordenó cumplir con la notificación al Comité de Salvaguardia de la Organización Mundial de Comercio dispuesta en el art. 26 del decreto 1059/96 (art. 7 °).

En sus considerandos, se destacó que:

- mediante la resolución M.E. y O.S.P. N° 226/97 se declaró procedente la apertura de la investigación tendiente a la aplicación de medidas de salvaguardia a las operaciones de importación de calzados y se dispuso a aplicación de una provisional;

- el 24 de abril de 1997, en cumplimiento de lo dispuesto pro el art. 3° del Acuerdo sobre Salvaguardias aprobado por ley 24.425 y del art. 13, inc. e) del decreto 1059/96, se celebró una audiencia a fin de que las partes intervinientes tomaran intervención;

- la Comisión Nacional de Comercio Exterior, mediante el acta N° 338 del 12 de junio de 2009, determinó que “... *el crecimiento de las importaciones causa un daño grave a la industria nacional y que existe una amenaza adicional de daño en ausencia de las medidas de salvaguardia*” (sic);

- el precitado organismo determinó que las importaciones, tanto en términos absolutos como relativos con respecto a la producción nacional, medidas en valores KIF o en números pares, crecieron durante el período 1991-1996 y, asimismo, arribó a la conclusión que la cuota de mercado interno ocupado por las importaciones creció sustancialmente;

- las importaciones, debido a su menores precios, ejercieron una fuerte presión sobre la industria nacional de calzado, afectando significativamente su actividad y sus resultados;

- la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos determinó que existe relación de causalidad entre el incremento de las importaciones de calzados, en términos absolutos y relativos a la producción nacional, y el daño grave a la industria del sector peticionante, durante el período objeto de investigación, recomendando la aplicación de una medida de salvaguardia;



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

- al haberse comprobado la existencia de las circunstancias requeridas por el art. 18 del decreto 1059/96 y analizado la Secretaría de Industria, Comercio y Minería los informes técnicos previstos por el artículo 15 de la norma citada, se concluye que se encuentran reunidas las condiciones legales y demás razones de oportunidad, mérito y conveniencia que ameritan la aplicación de una medida de salvaguardia;

- fueron cumplimentadas las notificaciones al Comité de Salvaguardias prescriptas en el art. 12, párrafos 1° y 4° y en la nota al pie de página del art. 9°, párrafo 1° del Acuerdo sobre Salvaguardias, y celebradas las consultas establecidas en el art. 12, incs. 3° y 4° de dicho acuerdo;

- a tenor de lo expuesto se encuentran reunidos los extremos exigidos por la ley 24.425 para proceder a la aplicación de medidas de salvaguardia.

La actora solicita que se declare la inconstitucionalidad de los derechos específicos mínimos (en adelante, DIEM), establecidos por la resolución antedicha, pues entiende que la medida de salvaguardia dispuesta se adoptó sin que estuviera acreditada la existencia de un daño grave, definido por el Acuerdo de Marrakesh como un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional. Peticiona la consecuente devolución de los DIEM pagados en su oportunidad.

Funda su petición en "...las conclusiones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio con respecto a las medidas de salvaguardia impuestas por la Argentina a las importaciones de calzado (documento WT/DS121/AB/R)" (*sic*) –ver fs. 61 y fs.117vta.), para lo cual transcribe parte de dicho documento y aduce que tratándose "...el Órgano de Solución de Divergencias del órgano de interpretación auténtica del acuerdo del GATT-OMC, y habiendo determinado que la investigación que diera origen a las salvaguardias que fueran plasmadas legalmente por la Resolución MEYOSP 987/97 es que venimos a plantear la inconstitucionalidad del procedimiento y de la Resolución 987/97 por haberse dictado en violación a lo dispuesto por el acuerdo del GATT-OMC, ley 24.425, vulnerando acuerdos internacionales de jerarquía superior a la ley de acuerdo a lo dispuesto por nuestra Constitución Nacional" (*sic*).

Aduce que la pretendida imposición de los DIEM con relación al calzado deportivo y no deportivo, tal daño jamás fue probado, tal como quedaba acreditado frente a los organismos internacionales y era reconocido por la propia administración en la resolución M.E. y O.S.P. 122/00.

VI.- Que de la reseña efectuada en el considerando que antecede, surge que los precedentes invocados por la apelante concernientes a las objeciones relativas a la adopción de medidas de salvaguardia (o de su prórroga) sin la previa sujeción al procedimiento previsto por la ley 24.425 (por la que se aprobó el Acuerdo de Marrakech) y a las disposiciones del decreto 1059/96, y que fueran formuladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* A. 1089. XXXVI “Adidas Argentina y otros c/ EN – M° de Economía –resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21 de mayo de 2002, por esta Sala, en su anterior integración, en la causa “RBK Argentina SA (TF 14724-A) c/ DGA”, expte. 21.172/08, sentencia del 31/8/2010 y, con anterioridad, por la Sala IV, en otra integración, en la causa “RBK Argentina S.A. (TF 14488-A) c/ DGA”, expte. 38.838/04, sentencia del 24/8/06 (pronunciamientos confirmados por el Alto Tribunal el 28 de junio de 2011, *in re* R.690.XLVI “RBK Argentina SA –TF 14.724-A. c/ DGA”, y el 28 de septiembre de 2010, *in re* R.36.XLIV “RBK Argentina SA –TF 14.488-A-c/DGA”, respectivamente) no resultan predicables de la resolución M.E.y O.S.P.987/1997.

Por lo demás, en las presentes actuaciones no se discute la legitimidad del decreto 998/95 ni de las resoluciones del Ministerio de Economía que dispusieron las prórrogas a la medida de salvaguardia primigenia, sino que, como se vio, se plantea la inconstitucionalidad de la resolución M.E. y O.S.P. 987/97 en base a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio

VII.- Ya en una oportunidad anterior, la Sala IV se ha expedido sobre planteos análogos a los aquí debatidos, y en particular –en cuanto aquí interesa- con referencia a la obligatoriedad para los Estados miembro, del acatamiento de las decisiones adoptadas por el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, así como respecto de la posibilidad de la invocación de tales resoluciones por los



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 “INC SA (TF 28845-A) C/DGA”

particulares –todo ello con sentido negativo- al fallar en la causa caratulada “Adidas Argentina S.A y otros c/ EN –M° Economía y OSP – Resol 1506/98 y SIC 837/98 s/ proceso de conocimiento”, expte. N° 9419/99, sentencia del 25 de marzo de 2010, en la que sostuvo:

.”Que no puede obviarse que en ámbito de la Organización Mundial de Comercio se ha dirimido una diferencia relativa a las medidas de salvaguardia adoptadas por el Estado Argentino sobre la importación de calzados a través de la Resolución N° 987/97. En efecto, las entonces denominadas Comunidades Europeas iniciaron un proceso contra la Argentina, razón por la cual el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD) constituyó un Grupo Especial para que investigase la compatibilidad entre las medidas de salvaguardia adoptadas y el Acuerdo sobre Salvaguardias. Recaído el informe de dicho grupo, el mismo fue apelado por ambos países, y confirmado en lo sustancial por el Órgano de Apelación. Finalmente, el 12/01/00, el OSD adoptó las recomendaciones del Órgano de Apelación, declarando la medida de salvaguardia ‘incompatible’ con el Acuerdo de Salvaguardias, y solicitando a la Argentina que la modifique a efectos de ponerla de acuerdo con dicha normativa...”;

“Toda vez que esas recomendaciones han sido invocadas por las demandantes, corresponde analizar si las resoluciones del OSD de la Organización Mundial de Comercio tienen aptitud suficiente para generar derechos subjetivos sobre los ciudadanos de los Estados Miembros, y en particular de nuestro país, y por ende, vinculan en su interpretación a los tribunales nacionales”;

“En otras palabras, es necesario determinar si la decisión adoptada por el OSD goza de ‘aplicabilidad directa’ o ‘efectos directos’ para los ciudadanos, o en otros términos, si ‘... la norma es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares’ o se dirige estrictamente a los Estados miembros de la OMC (BASALDÚA RICARDO, *Mercosur y Derecho de la Integración*, Lexis Nexos – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999)”;

“A esos efectos, debe tenerse en cuenta que el mecanismo de solución de diferencias en el ámbito de dicha organización internacional, fue establecido a través del *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige a Solución de Diferencias*,

incluido en el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay, aprobada por la Ley 24.425”;

“De ese acuerdo internacional se desprende que dicho mecanismo se estructura sobre las siguientes etapas: surgida una diferencia entre dos Estados Miembros, se inicia una fase de consultas entre ambos países a efectos de abordarla y solucionarla (art. 4°); si ellas fracasan, cualquier Estado interesado puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) el establecimiento de un ‘Grupo Especial’ para que se expida sobre la cuestión (arts. 6, 10, 12 y 15); si alguna de las partes no estuviese de acuerdo con la decisión del Grupo Especial, puede impugnarla a través de un recurso de apelación, el cual es resuelto por el ‘Órgano de Apelación’ (arts. 16, inc. 4° y 17); finalmente, el OSD puede adoptar y/o rechazar el informe elaborado por el Órgano de Apelación (arts. 16 inc. 1° y 4° y art. 17 inc. 14°). Una vez adoptada la decisión por el OSD, si se hubiera llegado a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo que forma parte de la OMC, se recomienda al miembro afectado que la ponga de conformidad con ese acuerdo (art. 22); el Estado afectado, debe informar al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones efectuadas por dicho órgano. El Entendimiento expresamente dispone que, *en caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo* (art. 21 inc. 3°). Ante el supuesto de incumplimiento, el Estado interesado se encuentra habilitado para negociar una compensación con el Estado que hubiere sido vencido en el procedimiento (art. 22 inc. 2°). Y si no se llegase a un acuerdo, el Estado interesado podrá solicitar al OSD la autorización para la imposición unilateral de medidas compensatorias y/o suspensión de concesiones (art. 22), denominadas ‘medidas de retorsión’. El art. 21 establece que *‘La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados’*;

“Que al analizar los elementos sobre los cuales el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige a Solución de Diferencias*, se encuentra estructurado (legitimación activa y pasiva para actuar ante el OSD, objeto de los diferendos, sujetos destinatarios de las recomendaciones adoptadas por el OSD, consecuencias del incumplimiento de estas recomendaciones, etc), se



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 “INC SA (TF 28845-A) C/DGA”

observa que los principales y prácticamente únicos actores del sistema son los Estados Miembros de la OMC, quienes discuten sobre la aplicación de tratados internacionales por ellos negociados y suscriptos. Por lo tanto es dable considerar que las decisiones adoptadas por el OSD no irradian efectos de manera directa hacia los particulares”;

“Que en el ámbito internacional, esta interpretación es la que rige en el proceso de integración comunitaria europeo, en el cual el Superior Tribunal de Justicia manifestó que ‘un operador económico no puede invocar ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que una normativa comunitaria es incompatible con determinadas normas de la Organización Mundial de Comercio –OMC- *aun cuando el Órgano de Solución de Diferencias –O.S.D.- haya declarado la incompatibilidad de la normativa impugnada con éstas*, pues los acuerdos de la OMC no forman parte de las normas respecto de las cuales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias’. (STJCE, *Léon Van Parys NV y Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, sentencia del 01/03/2005, RDM 2005-2, p. 69). Así, la propia Unión Europea, quien actuara como actora ante el diferendo dirimido ante por el OSD, considera que ni las reglas materiales que surgen de los acuerdos de la OMC, ni una resolución o recomendación del OSD que establezca la falta de cumplimiento de dichas reglas, puedan, sea cual sea el alcance jurídico preciso propio de dicha recomendación o resolución, crear a favor de los particulares el derecho a invocarlas ante el juez para obtener un control de legalidad del comportamiento de las instituciones locales (Cfr. PEROTTI, Alejandro Daniel, *¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración*, E.D. edición de Derecho Administrativo del día 30/06/2009, pág. 9)”;

“No puede ser otra la conclusión si se observa que la Organización Mundial de Comercio es una organización internacional que carece de órganos supranacionales, y cuenta con oficinas intergubernamentales integradas por representantes de los países miembros, los cuales procuran dar cumplimiento a los fines de la OMC. En ese orden, el Acuerdo de Marrakech, destaca que ‘la OMC será *el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones*

comerciales multilaterales' (art. 3 del Acuerdo de Marrakech). De lo cual se deriva que esta institución internacional es, principalmente, un foro de negociación comercial entre los Estados que forman parte de ella”;

“Ello permite diferenciarla de otras organizaciones internacionales de las cuales Argentina es parte, ya que en materia de integración regional, como el MERCOSUR, o de salvaguardia de los derechos fundamentales, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Con respecto a este último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tuvo oportunidad de expedirse sobre los efectos de las decisiones de sus órganos sobre el derecho nacional (Caso ‘Giroidi’, Fallos 318:414)”;

“Que a fs. 614 consta agregado el informe elaborado por la Dirección Nacional de Política Comercial Externa, del cual surge respecto al diferendo invocado por la actora que luego de que el OSD adoptara la recomendación del Órgano de Apelación del día 14/12/99, y sugiriera a la Argentina adecuar las medidas de salvaguardia de conformidad con el Acuerdo sobre Salvaguardias, el Estado Argentino cursó una notificación a dicho órgano de solución de disputas (fs. 647) en la cual se explicó que a través de la Resolución N° 571/00 se daba cumplimiento a la recomendación efectuada por la organización internacional. Dicho informe aclara que ni la actual Unión Europea, ni los terceros participantes en el proceso solicitaron a la OMC la autorización para la aplicación de medidas de retorsión contra la Argentina (conforme lo establece el art. 22° del Entendimiento transcrito previamente). Con lo cual, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a los hechos acreditados en el expediente, el diferendo ante la OMC ha finalizado y ningún país miembro ha manifestado la intención de adoptar medidas en contra de Argentina después de que ésta notificase el acogimiento a las recomendaciones de la OMC”; (cfr. considerandos XI a XV del voto del Dr. Jorge Eduardo Morán de la sentencia *supra* mencionada).

VIII. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó, mediante el pronunciamiento del 22 de noviembre de 2011, la sentencia de la Sala IV citada y parcialmente transcripta en el considerando que antecede (cfr. A.631.XLVI, “Adidas Argentina SA y otros c/ EN –M° E. y OSP –resols. 1506/98 y SIC 837/98 s/ proceso de conocimiento”).



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

Para así decidir, se remitió al dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al entender que las cuestiones planteadas habían sido adecuadamente consideradas en él.

De la lectura de dicho dictamen, se desprende que la Sra. Procuradora Fiscal discrepó con la conclusión arribada por la Sala IV en cuanto a que las normas impugnadas en esa causa resultaban meras modificaciones a lo dispuesto inicialmente en la resolución M.E. y O.S.P. 987/97 y que, por ende, se encontraban eximidas del procedimiento del decreto 1059/96, en especial de sus títulos II y III, como así del art. 29, en tanto no existió una "prórroga" de la medida (cuestión que fuera analizada en la sentencia apelada, en los considerandos IV a IX del voto del Dr. Morán).

Destacó la Dra. Laura M. Monti que *"... a mi modo de ver, las medidas originalmente tomadas por la resolución 987/97, tal como quedó indicado, fueron modificadas de forma notoria por su similar 1.506/96, involucrando la adopción de nuevas disposiciones de salvaguarda, hecho que obliga a seguir los pasos internacionalmente convenidos para su fijación"*.

Así, en tanto los fundamentos que Alto Tribunal hace suyos para decidir la revocación de la sentencia de Cámara se refieren única y exclusivamente al decisorio en punto a la impugnación de la resolución 1506/98 (es decir, al argumento consistente en que la resolución antedicha no fijó una nueva medida de salvaguarda, distinta a la que se encontraba vigente desde la resolución 987/97, ni tampoco dispuso una prórroga de la medida vigente, por lo que no se requería la observancia de los procedimientos establecidos en los arts. 29 del decreto 1059/97 y 7, inc. 2º del Acuerdo sobre Salvaguardias aprobado por la ley 24.424 para la adopción de medidas de ese tipo), no se encuentra óbice para aplicar el criterio expuesto en el considerando que antecede, respecto de los tópicos allí especificados.

Ello, por cuanto lo sentenciado por la Sala IV en cuanto a los efectos de la decisión adoptada por el Órgano de Solución de Diferencias no fue objeto de revisión por el Alto Tribunal.

IX.- Que establecido lo expuesto, cabe adelantar que del examen de las normas en juego, ya sean Internacionales o nacionales, tanto como de los "Informes" emitidos por el Grupo Especial y el Órgano

de Apelación de la OMC respecto del diferendo internacional suscitado por la salvaguardia que se analiza, no es posible derivar una conclusión que brinde sustento a la pretensión de la empresa actora.

Liminarmente, es pertinente poner de resalto que la base jurídica del reclamo que se trae a estos estrados se refiere a un sector o dimensión del Derecho Internacional concerniente al comercio mundial, es decir: a ámbitos o materias que se subsumen en una categoría que doctrinalmente es conocida como "Derecho Internacional Económico", de manera que no se ponen en juego cuestiones encuadrables en las categorías específicas a las que se alude en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional: las que atañen a los Derechos Humanos y al Derecho de la Integración.

Por otra parte, en aras de esclarecer el punto debatido, cabe advertir que los planteos traídos a esta instancia no sólo admiten sino que requieren calificar la realidad del caso y subsumirla en los principios y normas que se consideran pertinentes para una recta solución de la *litis*, todo lo cual traduce no sólo una facultad, sino además, un deber de los magistrados (CSJN, *Fallos*: 310:2733 y 314:420 –entre otros–, y Sala III de esta Cámara: "El Brujo SRL c/EN -M° Economía- Resol. 485/05 s/D.G.A.", 26/11/2009, en esp. el Cons° VI; y esta Sala con su anterior integración, *in re*: "Gómez, Eduardo Ramón c/EN -M° Interior- SIDE Dto. 628/92 502/03 s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg. – expte 19.426/05", del 21/12/2010).

Luce necesario brindar al *thema decidendum* un cauce que lo reconduzca a sus justos y adecuados márgenes. En este sentido, antes de dilucidar la posición del individuo, considerado *uti singuli*, de cara a la actuación y el consiguiente reporte de un órgano internacional que opera a instancia de los Estados o grupos de Estados –cuestión compleja y no exenta de controversias (cfr. Díez de Velasco, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ed. Tecnos, Madrid, 16° ed., 2007, Cap. XI, § 5.A.)–, se torna imperioso determinar cuál era la conducta razonable y legítimamente esperable del Estado Argentino, frente a aquella actuación.

Ciertamente, aún en la hipótesis de postularse en grado máximo el cumplimiento de buena fe de las manifestaciones del derecho secundario, emanado de organizaciones internacionales de las



cuales Argentina es miembro, ello conduciría a "suprimir la ilegalidad declarada", para emplear la fraseología usual que, en la materia, adoptan tribunales extranjeros. Llevado esto a la práctica, implicaría la eventual readecuación de políticas, normas o procedimientos, que plasmen un acatamiento de la directiva de órganos del tipo del OSC.

Como fuese, tal adecuación no llega a justificar que se imponga al Estado la nulidad de los actos de particular aplicación de la política pública que se reprocha, bajo el argumento de que no guardan conformidad con el instrumento internacional en juego. En otras palabras, la elección de medios que cabe al Estado no implica ni acarrea inevitable y forzosamente la sanción de nulidad sobre todo lo actuado, y a ello no obsta que la respectiva directiva de fuente supranacional pudiera ser considerada vinculante, por sus alcances y efectos para el Estado miembro en el sistema de la OMC.

Difícilmente pueda ser de otro modo, en tanto se tenga presente que media entre el orden jurídico internacional y el doméstico una relación de coherencia funcional, que facilita la coexistencia armonizada entre los respectivos mandatos y escenarios. Dicha coherencia implica que en la etapa del reenvío que el sistema de la OMC realice a la jurisdicción nacional, toda actuación resulte de buena fe. Sin perjuicio de ello, es en la conducta a seguir posteriormente por el Estado destinatario del Informe o recomendación del panel interviniente donde radica, en verdad, la cuestión dirimente para esclarecer la pertinencia del reclamo esgrimido en autos.

Así definido el sendero lógico que concluya en la respuesta a la apelación, es preciso dejar sentado que no se discute la primacía y efecto directo de los tratados por los cuales fue constituida la OMC, ni el Acuerdo General sobre el Comercio de Mercancías. Específicamente, la discrepancia surge en torno de las consecuencias jurídicas de los reportes del OSC y el OA, como subórganos de la Organización Internacional creada en 1994.

Por lo que se viene expresando, sin perjuicio de la obligación que pesa sobre los Estados miembros de la OMC, en el sentido de dar fiel cumplimiento a los mandatos que derivan de los aludidos reportes, éstos se limitan a constatar la transgresión de deberes internacionales, lo cual dista de convertir a dicho Órgano en una instancia

adicional que imponga sus criterios a los jueces nacionales. De allí que, en el marco de la coherencia funcional que conecta las órbitas jurídicas en juego –intergubernamental e interna–, y soluciona el reenvío que se hace de uno a otro ámbito, sigue correspondiendo al Estado la elección de la solución concreta y más apropiada, que lo coloque en conformidad con la decisión internacional, y que suprima la ilegalidad que fue declarada.

Por lo expuesto, no tendrían cabida las postulaciones extremas, trasposiciones acrílicas, ni generalizaciones sobre las modalidades y modulaciones que habrá de adoptar la incorporación en el ámbito interno de lo decidido en el escenario supranacional. En suma, cabe descartar, en la tarea que conlleva dicho reenvío, el vaciamiento de un orden jurídico por el otro (cfr. Aguiar, Asdrúbal, “La coherencia funcional entre el Derecho Internacional y el derecho del Estado: reconstrucción teórica y análisis comparado de la jurisprudencia argentina y venezolana sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad”, en: *Derecho Administrativo – Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica*, Ed. Depalma, Bs. As., Vol. 19, Suplemento 59, enero/marzo de 2007, págs. 13 y ssgtes., basado en el trabajo del mismo autor en: “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno de los Estados: reconstrucción teórica a la luz del principio de la coherencia funcional”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*, Vol. 336, pág. 41 y ssgtes.).

Como fuese, tampoco se conoce cláusula alguna en el GATT, el Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la OMS, sus Anexos, actas y protocolos, ni –en particular– en el Anexo que contiene el Entendimiento sobre Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, como tampoco en el consiguiente *corpus iuris* emanado del sistema de la OMC, que imponga *ex tunc* la declaración de nulidad, o la privación de efectos jurídicos al universo de actos particulares de aplicación de la política objetada por el organismo internacional, frente a la actuación del mecanismo de solución de diferencias. El apelante omite señalar una disposición en tal sentido, por lo que en ausencia de todo otro elemento al respecto, es forzoso concluir que no median exigencias de ese tipo en el ámbito internacional. A todo evento, valga destacarlo, lo actuado en sede del OSD y OA dista de contener mandato



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 “INC SA (TF 28845-A) C/DGA”

alguno en el sentido de que sean devueltas las sumas oportunamente percibidas como derecho adicional por la salvaguardia en cuestión.

De hecho, el diseño de un foro en el cual los Estados discutan y diriman sus desacuerdos comerciales, resulta expresivo sobre la escala a la que opera dicho mecanismo, que se enmarca en los grandes flujos de comercio entre naciones, bajo un enfoque global de las cuestiones económicas y políticas en juego. En dichas condiciones, la constatación de que determinada normativa aduanera no guardó suficiente concordancia con los compromisos internacionales, se resolvería –en principio- en su adecuación o eventual eliminación por el Estado de que se trate, y en la posterior formulación de concesiones o compensaciones recíprocas que, con flexibilidad y en un dinámico y vasto entramado de negociaciones en el máximo nivel gubernamental, mantienen los países miembros del sistema.

De acuerdo a lo expresado, al carecer –como se ha visto- de sustento positivo un supuesto deber del Estado de desbaratar *retroactivamente* los actos que de manera individual hayan aplicado la salvaguardia que se reprocha, también cabe destacar que no se registra jurisprudencia pertinente para avalar la postura que se propicia en el recurso. En efecto: la jurisprudencia de este Fuero se ha inclinado por rechazar repeticiones como la que se solicitan en autos, según se desprende del pronunciamiento emitido por la Sala IV con referencia a idéntica salvaguardia: “Adidas Argentina S.A. y otros c/EN – M° Economía y OSP – Resol. 1506/98 y SIC 837/98 s/proceso de conocimiento”, del 25/3/2010, ya citado.

Asimismo, de la doctrina de la Corte Suprema se deriva una tesitura afín, como surge del pronunciamiento de *Fallos*, 333:24 (causa “Renault Argentina S.A. – TF 19.292-A c/DGA”, referida aparentemente al Diferendo DS56 de la OMC) en el cual, sin perjuicio de los matices propios del caso, se terminó descartando una aplicación mecánica o acrítica del criterio emanado de un informe del órgano de solución de controversias de la OMC, a efectos de revertir *ex tunc* la situación tributaria de cierto importador. En definitiva, se restó viabilidad al reconocimiento de una suma de dinero, que reclamaba la empresa actora.

Inclusive, otro tanto puede observarse en el ámbito desde donde se instó el procedimiento contra la Argentina, según lo que

puede deducirse del pronunciamiento que el Tribunal de las Comunidades Europeas emitió por medio de su Gran Sala el 9/9/2008, en los asuntos C-120/06 y C-121/06 P, “Fabbrica Italiana Accumulatori Motocarri Montecchio” (consultable desde el portal: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/>).

En suma: el sentido que se atribuye al Informe invocado, exorbita no sólo el texto sino los razonables alcances de lo manifestado por el órgano que lo ha emitido, lo cual sella adversamente la suerte de la apelación interpuesta.

X.- Que sobre la base de los antecedentes valorados desde la perspectiva de análisis suministrada por las consideraciones efectuadas en los puntos VII, VIII y IX del presente pronunciamiento resultan, a juicio de este Tribunal, totalmente aplicables al presente caso.

Por lo tanto, la pretensión de la actora, quien solicita la devolución de los DIEM aplicados conforme las previsiones de la resolución M.E. y O.S.P. 987/97, por una operación efectuada en una fecha en que ésta se encontraba plenamente vigente, y abonados oportunamente sin efectuar reserva alguna (ver el formulario OM-1993/A SM en el sobre contenedor agregado a fs. 53 de las actuaciones administrativas) no puede prosperar, en tanto, como se vio, las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la O.M.C. no irradian efectos de manera directa hacia los particulares.

Así, la circunstancia de que dicho órgano haya declarado que la medida de salvaguardia adoptada resulta incompatible con el Acuerdo de Salvaguardias, no genera por sí mismo el derecho de repetir las sumas abonadas por el importador en concepto de los DIEM aplicados como tal medida.

Consecuentemente, oído el Sr. Fiscal General, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad articulado, así como el recurso intentado.

XI.- En relación al agravio indicado en el punto IV del escrito recursivo de la actora, cabe apuntar que la circunstancia que la aduana haya hecho lugar a un reclamo –que según la apelante- sería similar al presente, en nada obsta a la conclusión alcanzada en los considerandos que anteceden.



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

Ello así por cuanto, según se desprende de fs. 58 y 60 de las actuaciones administrativas, en la causa aduanera citada como antecedente se propició acceder a la devolución solicitada "... siguiendo el criterio expresado por la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, en autos caratulados 'RBK Argentina S.A. c/DGA s/ apelación' (Causa 1655/2000)" –ver fs. 58 -.

Pero, en la citada causa, el Tribunal se expidió en relación al decreto 998/95 y no sobre la norma aquí impugnada (cfr. Sala IV *in re* "RBA Argentina SA –TF 9434-A c/ DGA", CAUSA 1655/00, DEL 3/10/00), no habiéndose siquiera invocado y menos aún demostrado que respecto del D.I. 98 001 IC 04 053028 W, hubieren resultado de aplicación las salvaguardias establecidas por la resolución 987/97, involucradas en el reclamo de autos.

XII. El Fisco Nacional se agravia de la imposición de costas por su orden y solicita la estricta aplicación de lo dispuesto por el art. 1163 del C.A..

Asiste razón al apelante en su agravio.

Ello así, toda vez que la simple lectura del art. 1163 del Código Aduanero determina claramente que *"...la parte vencida en juicio, deberá sin excepción alguna, pagar todos los gastos causídicos y costas de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiere solicitado"*.

Este Tribunal, en su anterior composición, ha dicho en autos "Petroquímica Río Tercero S.A. (TF 17770-A) c/ DGA", del 31/3/05 que: *"el C.A. no faculta al Tribunal Fiscal de la Nación para eximir total o parcialmente al litigante vencido de pagar los gastos causídicos y costas de la contraria en el procedimiento aduanero, a diferencia de la Ley de Procedimiento Tributario, que sí autoriza a dicho organismo a conceder el beneficio de tal exención en el ámbito del procedimiento impositivo (Sala IV "Dasiel S.A. (TF 15429-A) c/ DGA, 12/2/04 Cons.12)"*.

Ha sostenido, asimismo, que: - *"... en virtud de lo dispuesto por el decreto 1.684/93 (B.O. del 17/8/93) se modificó el art. 166 de la ley 11.683 (t.o. 1978) y el art. 1163 del C.A., y se dejó sin efecto en el Tribunal Fiscal de la Nación la posibilidad de eximir, total o parcialmente al litigante vencido de pagar los gastos causídicos y costas de la contraria"*,

- *“Dicha exclusión rigió tanto en el ámbito de competencia impositiva como en el de competencia aduanera, estableciéndose que la parte vencida deberá, sin excepción alguna, pagar todos los gastos causídicos y costas de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiera solicitado”;*

- *“Con la sanción de la ley 25.239 (B.O 31/12/99) se modificó el art. 184 de la ley 11.683, otorgándose a la Sala respectiva del sector impositivo la posibilidad de eximir total o parcialmente de los gastos causídicos y costas de la contraria al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad de la eximición”;*

- *“Sin embargo, la ley 25.239 no estableció una disposición análoga para el ámbito aduanero, pues no modificó el Código Aduanero”* (cfr. Sala II, causa “Petroquímica Río Tercero”, *supra* citada).

Además, *“lo único que tiene incidencia a los efectos determinar la condena en costas y el porcentaje que corresponde a cada una de las partes es -en los términos del art.1163 del C.A.- el resultado de la sentencia independientemente de su fundamentación”* (esta Sala, en su anterior integración, *in re* “Total Austral S.A. (TF 9810-A) c/ DGA”, causa n° 136.459/02, del 1/7/03).

Este criterio ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos, entre los que pueden citarse “Oleaginosa Oeste SA (TF 22332-A) c/ DGA”, expte. 10447/08, del 8 de junio de 2010 y “Agro Aceitunera SA (TF 19084-A) y Acum c/ DGA”, expte. 23.766/08, del 8 de julio de 2010, entre otros.

Por tal razón, no se comparte el fundamento brindado por el a quo para justificar su atribución de eximir de costas a la vencida, puesto que contraría lo expresamente dispuesto por el art. 1163 del C.A. (cuya constitucionalidad o legalidad no se encuentra cuestionada), norma específica que rige en materia aduanera, sin que lo dispuesto por el art. 1140 de dicho ordenamiento en cuanto a la aplicación de las disposiciones pertinentes de la ley 11.683 baste para arribar a la conclusión opuesta.

En consecuencia, deben modificarse las costas de la anterior instancia, las que se imponen a la vencida (art. 1163 del C.A.).



Poder Judicial de la Nación

35.242/2011 "INC SA (TF 28845-A) C/DGA"

XIII. Por las razones apuntadas, el Tribunal RESUELVE: a) rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la actora; b) no hacer lugar a la apelación de la accionante; c) hacer lugar al recurso del Fisco Nacional e imponer las costas de la instancia de origen a la actora vencida (art. 1163 del C.A.); d) imponer las costas de esta instancia a la vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese, hágase saber la vigencia de la Acordada CSJN N° 4/07 y devuélvase.

LUIS M. MARQUEZ

MARIA CLAUDIA CAPUTI

JOSE LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA