

Medidas que afectan el comercio exterior- Los ROE y los DJAIS. Medidas discrecionales del Poder Ejecutivo impedidas por la ley.

Por Guido Rafael Gottifredi. Publicado en www.mercojuris.com el 13 de octubre de 2015. Abogado especialista en derecho aduanero y comex..

Como enseña el maestro Juan Carlos Cassagne, en su artículo “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, constituye un principio general del derecho administrativo que es algo así como el punto central que debe abordar la teoría de la discrecionalidad a cuyo alrededor gira, en gran medida, la problemática que se plantea en lo que concierne al alcance del control judicial”.

Destaca el maestro que “Esa interdicción, cuyo fundamento se apoya, principalmente, en los artículos 18, 19 y 28 de la CN, tiene su punto de partida en el principio contenido en el artículo 19 de la misma, por el cual la Administración está sometida a la ley y al derecho (la Administración no puede mandar fuera de esos límites de sujeción)”

Sin embargo, pacíficamente los contribuyentes admiten que decisiones administrativas reñidas con la ley persistan hasta el punto que es el Poder Ejecutivo quien decide que se importa y quien lo hace (DJ AIS), o cuanto exporto, que cantidad y de donde es el producto (ROEs).

Poco ha valido hasta el momento, que el Poder Judicial haya puesto coto en cuanto al requerimiento de DJ AIS, o que la OMC haya compelido a la Argentina a derogar el régimen; ni tampoco que Cámaras empresarias hayan reclamado ante las máximas autoridades lo inconveniente de la existencia de limitaciones a las exportaciones de granos y carnes.

Parece que nada conmueve una política dirigida que no encuentra otro justificativo que la discrecionalidad. Ni siquiera al observar que con esas limitaciones –en materia de exportación- en vez de incrementar la producción ciertamente disminuye; y -en cuanto a las importaciones-, en vez de incrementar la industria nacional, también decrece.

Poco importa que la República Argentina, por imperio de la ley 24.425, incorpora el “GATT 1994” y así las mandas respecto a restricciones del comercio exterior, que se traduce en “Eliminación general de las restricciones cuantitativas”.

Parece que nadie advirtió que la República Argentina no puede restringir la importación o exportación de mercadería, salvo que sea en forma temporaria y que acontezca para prevenir “escasez aguda de productos alimenticios” o “productos esenciales para la parte contratante exportadora”.

Es que el Artículo XI del GATT (ley 24.425), reza respecto a ello, lo siguiente:

“1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes:

- a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora;
- b) Prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional;
- c) Restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cualquiera que sea la forma bajo la cual se importe éste*, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto:
 - i) restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado; o
 - ii) eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado, poniendo este sobrante a la disposición de ciertos grupos de consumidores del país, gratuitamente o a precios inferiores a los corrientes en el mercado; o
 - iii) restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en su totalidad o en su mayor parte, del producto importado, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.

Toda parte contratante que imponga restricciones a la importación de un producto en virtud de las disposiciones del apartado c) de este párrafo, publicará el total del volumen o del valor del producto cuya importación se autorice durante un período ulterior especificado, así como todo cambio que se produzca en ese volumen o en ese valor. Además, las restricciones que se impongan en virtud del inciso i) anterior no deberán tener como consecuencia la reducción de la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones. Al determinar esta relación, la parte contratante tendrá en cuenta la proporción o la relación existente durante un período representativo anterior y todos los factores especiales* que hayan podido o puedan influir en el comercio del producto de que se trate.”

Como puede advertirse el GATT (1974) incorporado por el GATT de 1994, y al derecho positivo argentino por Ley 24.425, es absolutamente claro al establecer el principio general de eliminación de restricciones cuantitativas y detalla las excepciones imponiendo a los Estados los requisitos necesarios para que las excepciones sean consideradas lícitas en su aplicación.

La norma internacional específicamente dejó aclarado que podrán aplicarse prohibiciones, solo en los tres casos que detalla sus incisos, a saber: a): Sean aplicadas de forma “temporal” para sortear obstáculos de escasez. b): Sean aplicadas a “importaciones” por cuestiones de clasificación, control de calidad. c): Sean aplicadas a “importaciones” de productos agrícolas o pesqueros.

Y así entonces, como indicaba Cassagne “El principio de legalidad que la norma menta con el término “ley” no se circunscribe sólo a la ley formal y material (ni a la potestad

reglamentaria alcanzada por el principio de la derogación singular). Alude también al derecho, es decir, a los principios de justicia material (principio de legitimidad, según pensamos, o principio de juridicidad, en su versión antipositivista, según piensan otros). La principal consecuencia que deriva de todo ello es la de que los juicios técnicos o de oportunidad son susceptibles del control judicial de la arbitrariedad, no siendo necesario que ésta aparezca en forma manifiesta habida cuenta que la gravedad del vicio no se purga por el hecho de que éste no surja en forma patente del propio acto y se requiera la producción de prueba para verificarlo. Ni la técnica ni la oportunidad pueden ser fundamentos suficientes para impedir la fiscalización plena por los jueces quienes, de otro modo, no cumplirían con la misión de juzgar a la Administración que le atribuye la Constitución. Lo jurídico no radica tanto en la técnica ni en el criterio de oportunidad en sí mismo sino en el modo de aplicación o en la manera en que la Administración elige las opciones compatibles con el interés público. Esas decisiones que adopta la Administración, al ejercer la actividad discrecional, **deberán ser siempre razonables y no fundadas en el capricho del funcionario de turno**, en otras palabras, han de resistir el “test de razonabilidad” que entendemos incluye el análisis de la racionalidad” (en negrita nos pertenece).

Por tanto y “En suma, la prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la Administración al derecho. Por ese motivo, la revisión judicial ha de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de derecho”.

Recordando lo que decía RIVERO, “la sumisión de la Administración al derecho ha adquirido un valor de principio y nadie la rechaza abiertamente. La única alternativa a esta sumisión es el reino de lo arbitrario. Ahora bien, ya no es posible hoy, tanto por razones ideológicas como en razón de necesidades concretas, el hacer la apología de lo arbitrario y erigirlo en método de acción, aun si es presentado no como reflejo del capricho sino como resultado de un paso racional y científico”. Sin duda, las sabias palabras del gran maestro francés, publicadas hace treinta años, condensan los desafíos que enfrenta el derecho administrativo contemporáneo para ganar la batalla contra la arbitrariedad.