

CARLOS ASUAJE SEQUERA



DERECHO ADUANERO

AGRADECIMIENTO

*Porque el ser agradecido
la obligación mayor es
para el hombre bien nacido.*
Saavedra

Hago pública mi gratitud a Carla Eugenia Asuaje Antequera, por la sostenida y generosa ayuda que me prestó durante la diagramación, revisión e impresión del arte final de este libro.

A pesar de sus breves diez años y de la arduidad de la tarea, cada uno de sus quehaceres estuvo signado por el entusiasmo, la seriedad y el logrado deseo de ser útil. Lo primero fue bálsamo para la fatiga; lo demás, llama para acrisolar un orgullo paterno que no admite disimulo.

Con la intervención de Carla Eugenia, el acaso me deparó dos editores: José Agustín Catalá, quien transita con paso juvenil su novena década de vida y mi hija, quien apenas concluye la primera. Pocos han tenido suerte tan singular.

Las bondades del viejo y de la nueva las guardo en el escriño de mi gratitud.

Carlos Asuaje Sequera

Carlos Asuaje Sequera

DEDICATORIA

*Al señor José Agustín Catalá, quien a fuerza de
ser generoso me conculcó el derecho de no quererlo.*

PROLOGO

Sin duda, Carlos Asuaje Sequera ocupa un lugar excepcional entre los especialistas venezolanos en materia aduanera. Su obra llena un vacío en la literatura jurídica aduanera venezolana y, para mí, ha sido muy placentero que se me haya discernido con el honor de escribir este prólogo a su segunda edición.

Los aduaneros de las viejas y de las nuevas generaciones, ávidos de conocimientos todos, encontraremos en el contenido de este libro un material valiosísimo para el aprendizaje y la reflexión acerca de instituciones, temas y problemas de aduanas.

El mundo aduanero venezolano es precisamente el objetivo de este texto de C.A.S., y es producto de la convicción de que es necesario llenar el espacio conceptual y de información en que se desarrolla buena parte de la discusión pública sobre el tema.

Las relaciones jurídicas que surgen entre los particulares y los funcionarios de la administración con ocasión a la realización de una operación aduanera requieren que sus actores conozcan con precisión las facultades, prerrogativas y obligaciones de ésta, por una parte, y por la otra, los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio.

El comercio internacional contemporáneo asiste a un cambio cualitativo, tanto en las mercancías susceptibles de intercambio entre territorios aduaneros distintos, como entre los sujetos y operadores de los flujos mercantiles entre regiones, bloques y países que afecta la esencia misma de la administración aduanera, la que como brazo ejecutor de las políticas comerciales globalizadas no puede permanecer atada a viejas estructuras, alejada de lo que en realidad significa la palabra modernización y conformada por funcionarios sin una cultura aduanera idónea.

En la aduana moderna, a la que llegaremos inexorablemente pese

a la torpeza y al retraso oficial, sólo tendrán acceso y permanencia los prestadores y usuarios del servicio aduanero con excelentes conocimientos jurídicos acordes con las exigencias del momento y capaces de retribuir a sus empleadores con el logro de sus objetivos dentro de la mayor eficacia y eficiencia posible.

La lectura de esta obra conduce a aclarar conceptos y a revisar lo ya aprendido. Es precisamente, en términos de su contribución al aprendizaje de la materia jurídica aduanera, como este libro debe ser juzgado.

El estudioso Carlos, con su clara inteligencia, dominio del tema y fina pluma profundiza en los conceptos aduaneros con el arma que proporciona la Teoría del Derecho, con una actitud crítica abierta a la consideración de distintos puntos de vista, aportando a la Doctrina venezolana una importante obra de lectura y consulta para todos los que nos desenvolvemos en esta área del quehacer humano.

Luis José Trias Sambrano

Caracas, 2002

INTRODUCCION

El rotundo éxito logrado con la primera edición de esta obra, que la llevó a agotarse en pocos meses y la reforma de la Ley Orgánica de Aduanas vigente desde febrero de 1999, nos impulsaron a preparar esta segunda publicación, en un todo adecuada a la actualidad aduanera venezolana.

En principio, pensamos que esta edición no iría más allá de ser una actualización más o menos compleja de la primera; al final, consideramos oportuno corregir y nutrir el texto no tocado por la reforma legal, incorporando una extensa bibliografía y decantando criterios anteriormente tratados.

Los cambios de la Ley han dado pie a múltiples comentarios, mayoritariamente adversos. En realidad, la reforma resultó infeliz: trata incoherentemente la potestad aduanera; tipifica como contrabando conductas que en todas las legislaciones del mundo occidental son tratadas por el derecho penal ordinario; reinstala el caduco e injusto *solve et repete*; se muestra francamente errática en sus artículos 109 y 110; agrede la importancia del reconocimiento en su artículo 57 y se muestra inconstitucional e injusta en la regulación de la actividad de los agentes de aduanas.

A pesar de todo lo que podamos resentir de ella, la Ley reformada incita a la discusión y a la crítica e impone a los jueces y a los funcionarios administrativos encargados de su aplicación, verdaderos esfuerzos interpretativos; por su lado, los estudiantes y los estudiosos deben analizarla con especial cuidado y sacar de sus errores y aciertos enseñanzas útiles para el futuro, preámbulos de una futura Ley que necesariamente vendrá a situar la actividad aduanera dentro de los límites que nunca ha debido desbordar.

Finalizando el siglo XX, nuestras aduanas tienen mucho de atávicas, a pesar de que la reforma mil veces pregonada y nunca realizada no requiere habilitación legislativa para su ejecución, por constituir —a pesar

de su complejidad– acto de simple administración para cuyo abordaje está ampliamente facultado el Ejecutivo Nacional.

Nunca ha dejado de ser hora para realizar los profundos cambios que nuestro sistema aduanero requiere, pero la fuerza de las realidades actuales, el inicio de un nuevo siglo que convoca a nuevas esperanzas y la propuesta gubernamental de refundar la patria, hacen de la soslayada modernización un imperativo que no admite demoras. Permita el Altísimo que esta obra contribuya a lograr meta tan elevada.

El autor

Caracas, 2000.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

Definición de derecho aduanero

Una aproximación al estudio del derecho aduanero exige comenzar con una definición que establezca los límites conceptuales de la materia que se pretende abordar. Por ello, diremos que el derecho aduanero es el conjunto de normas de orden público relativas a la organización y funcionamiento del servicio aduanero y a las obligaciones y derechos derivados del tráfico de mercancías a través de las fronteras, aguas territoriales y espacio aéreo de la República.

Desglosando la definición precedente encontramos, en primer término, que las normas que constituyen esta rama del derecho son de orden público o, lo que es igual, tutelan intereses públicos, colectivos. Esta especial condición hace que dichas reglas sean taxativas (*ius cogens*), imperativas y que, por tanto, no puedan renunciarse ni relajarse por convenios particulares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Código Civil. Respecto a este artículo, la jurisprudencia nacional sostiene pacíficamente que si bien todas las leyes tienen un interés social, también son sancionadas en interés de los particulares. Sin embargo, cuando el interés prevaleciente es el del colectivo no pueden ser renunciadas ni relajadas por acuerdos privados, lo que si está permitido para aquellas que interesan más directamente a los particulares y en las que no se vea comprometido el bien común.

Parece acertado pensar que «cuando el Estado considera que una conducta humana altera solamente el equilibrio económico entre dos o más individuos, o disminuye intereses de valor intrascendente o lesiona apenas levemente bienes personales importantes -en una palabra- cuando cree que los intereses de la colectividad que orienta y dirige de acuerdo con la concepción socio-política que lo conforma y nutre no resultan seriamente

menoscabados, entonces busca el equilibrio mediante una regularización normativa de tales comportamientos dentro de un área jurídica ius privatista. Cuando en cambio, considera que un hecho pone en riesgo o efectivamente vulnera valores individuales y sociales importantes o altera su propia estabilidad, recoge tal comportamiento en normas positivas, lo prohíbe y respalda la prohibición tácitamente en él contenida con la amenaza de una sanción de inusitada severidad: la pena criminal.»¹

Continuando con este orden de ideas, podemos señalar que el derecho que nos ocupa se inscribe dentro de la llamada potestad estatal de policía administrativa, entendiéndose como tal la actividad mediante la cual este ente público impone restricciones a la libertad personal y a la propiedad, en procura de una vida cómoda y tranquila para toda la ciudadanía. Para Bielsa (1956), policía, en su acepción más amplia, es el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas. En el dominio más restringido del derecho administrativo, se designa como policía el conjunto de servicios organizados por la Administración con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a su actividad individual o colectiva.

A la luz del criterio de tan eminentes tratadistas, se hace difícil entender el artículo 1º de la vigente Ley Orgánica de Aduanas, en cuanto a que la Administración Aduanera tiene entre sus fines el de facilitar la entrada, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional. Facilitar es hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin y la aduana, por definición, constituye un estorbo —una dificultad u obstáculo— a la libertad de movilización de mercancías entre territorios de diferentes estados. Los servicios aduaneros del mundo entero están llamados a controlar el tráfico internacional de bienes y, en el ejercicio de ese control, traban la libre circulación de los cargamentos o, en otros términos, imponen restricciones a la propiedad en procura del bien común.

El baremo de una administración aduanera eficiente y eficaz está en su capacidad de ejercer el mayor control posible con la menor molestia al usuario; revisar lo más tardando lo menos, percibiendo los derechos que se deriven de la correcta aplicación de las leyes y de justos criterios administrativos.

¹ Reyes, E., Alfonso. *La Tipicidad*. Págs. 15 y 16.

Fines de las aduanas

El servicio aduanero, al ejercer ciertas restricciones en lo que a ingreso, permanencia, movilización y salida de mercancías se refiere, persigue fines concretos de bien común entre los que destacan los referentes a: 1.— la seguridad del Estado y de la paz de la población, al reprimir el ingreso ilegal de armas, de propaganda subversiva o de guerra; 2.— la protección de la moral, al impedir el ingreso de pornografía o de efectos que inciten a la comisión de delitos o agredan la moral y las buenas costumbres; 3.— la protección industrial, al aplicar regulaciones contra la competencia internacional desleal o fraudulenta²; 4.— el resguardo de la salud humana, animal y vegetal, al impedir la entrada al territorio nacional de alimentos³, animales o plantas que pudieran ser portadoras de enfermedades o plagas capaces de generar contaminación dentro del territorio del país; 5.— la política internacional, cuando restringe selectivamente el comercio con algunos países o lo incentiva con respecto a otros, dentro de esquemas obedientes a los intereses políticos del país ejecutor; 6.— los intereses fiscales, mediante el cobro de impuestos tasas que contribuyen al mantenimiento de los servicios públicos, a la vez que sirven de reguladores del comercio internacional de mercaderías y de protectores de la balanza comercial⁴; la protección de los derechos de los autores sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino, al impedir el desaduanamiento de bienes que violen tales derechos.

Para Bielsa⁵, la aduana es el órgano de la administración pública que tiene por principal (no único) objeto, percibir los derechos fiscales de importación y exportación y hacer cumplir las disposiciones prohibitivas y de reglamentación del comercio internacional. En otros términos, el papel general de la aduana consiste en vigilar el cumplimiento de las prohibiciones legales referentes al tránsito en las fronteras. Esas prohibiciones se fundan en diversas razones:

²Casos de dumping, por ejemplo.

³El Reglamento General de Alimentos dedica un Capítulo completo a tratar el tema de la importación de alimentos, amén de que trata temas aduaneros tales como el de la reexportación

⁴La balanza comercial está integrada por las importaciones y exportaciones de mercancías.

⁵BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo IV. Pag. 539–540.

- a) De carácter fiscal: 1º cuando tienen por objeto asegurar el monopolio del Estado, sea en la fabricación, sea en la venta de cosas determinadas; 2º cuando tienen por objeto sólo la percepción de contribuciones fiscales.
- b) De carácter económico, cuando tienen por fin proteger o estimular las industrias nacionales, impidiendo la entrada de productos similares.
- c) De carácter social, cuando se dirigen a impedir la acumulación o el acopio de determinados productos, o evitar la exportación total de los mismos sin asegurar antes lo necesario para el consumo del país.
- d) De higiene pública cuando, por ejemplo, se impide la admisión de productos embarcados en puertos declarados infectados, o de productos que hayan tocado esos puertos. Adviértase que estas prohibiciones emanan del Estado en ejercicio de su soberanía, de donde la aduana no sólo es el medio u órgano de percepción de rentas fiscales, sino también, en razón de su función, medio de ejercicio de policía, que es uno de los más importantes atributos de la soberanía nacional. Por todo esto se ha definido a la aduana como «el guardián fiscal de las fronteras del Estado».⁶

Así pues, al observar la multiplicidad de objetivos que tiene señalado el servicio aduanero, podemos percibir su importancia y vislumbrar la amplia y estrecha relación que tiene con casi todos los organismos del Poder Público y con los más variados sectores de la vida nacional. Es evidente que las aduanas restringen la libertad individual, pero es innegable que las libertades y los derechos básicos de una persona deben coexistir con las libertades y derechos básicos de todas las demás. Esta coexistencia hace necesaria una restricción en las libertades individuales, pero sólo en la medida precisa para que las otras personas disfruten de iguales libertades y derechos; dicho de otra manera, la libertad debe ser ejercida hasta el punto en que no interfiera con el justo ejercicio de la libertad de los demás seres humanos. Se trata tanto de no interferir con el ejercicio de la misma libertad por parte de otros, como de no interferir tampoco con el ejercicio de otras libertades; así por ejemplo, la libre expresión de la opinión queda limitada por el respeto al derecho que los demás tienen a la honra y a la reputación y, por lo tanto, está restringida por la prohibición de la calumnia y la injuria. El principio de la coexistencia de las libertades individuales no es la única fuente justa de limitaciones de éstas; por el contrario, hay también otras razones justas para imponer determinadas limitaciones a esas libertades. Estas razones justas

podrían en resumen reducirse a tres: de ética social, de orden público y de bienestar general (Recasens, 1959).

Es obvio que las normas aduaneras son de orden público por tutelar intereses colectivos; pero si por orden público se entiende el interés de la comunidad, todas las leyes tienen ese carácter porque todas miran hacia aquel interés. De allí que algunos autores consideren preferible sustituir la expresión norma de orden público por normas de derecho coactivo, absoluto o de eficacia incondicional y suplir la expresión normas de interés privado, por normas de derecho voluntario, de derecho relativo o condicional.⁷ No obstante, es bueno tener presente la opinión de Lepervanche Parpacén en el sentido de que la determinación del carácter de orden público de la norma jurídica es a menudo difícil, debido a que las leyes no hacen pronunciamiento expreso al respecto.

Las normas aduaneras en el tiempo y en el espacio

Las normas que regulan la actividad aduanera son proposiciones normativas, dado que no enuncian la realidad de unos hechos ni el modo como efectivamente éstos acontecen, sino que determinan un deber ser, es decir, prescriben una cierta conducta como debida. Las proposiciones normativas, de acuerdo a Recasens Siches (1959), se refieren a la conducta humana, pero no como explicación de sus hechos reales, no como enunciación de las conexiones efectivas en los procesos reales del humano obrar, sino determinando como debido, como debiendo ser, cierto comportamiento. Las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido ni se vaya a cumplir, pues es posible que haya quien infrinja la norma. La condición para que una norma sea tal, para que tenga sentido como norma, radica en que aquello que estatuye como debiendo ser, no tiene que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual puede ser como no ser en la realidad, puesto que ello depende del arbitrio humano. Precisamente porque en el mundo real puede no cumplirse lo que la norma estatuye, es que la norma tiene sentido como tal. Si lo que la norma dice se realizara siempre, necesaria y forzosamente, entonces perdería su carácter de «deber ser», dejaría de constituir una norma y se transformaría en una ley (en la expresión de

⁷LEPERVANCHE P., René. *Privilegios del Fisco en el Derecho Venezolano*. Pag. 5.

una concatenación causal constante de fenómenos). Una norma que rezase «debe suceder lo que realmente sucede», o «debes comportarte del mismo modo como realmente te comportas», no sería una norma pues carecería de sentido normativo. Sería como si dijésemos que la llama debe dilatar la columna de mercurio calentada por ella, lo cual no tiene sentido, porque la columna de mercurio no es capaz de un acto de rebeldía en contra de esta ley, y siempre y necesariamente se dilatará cuando sea calentada.

Las normas jurídicas que regulan la actividad aduanera, al igual que las que regulan otras materias, tienen un vigor, una eficacia o poder de imperio perfectamente delimitables en el tiempo y en el espacio. Desde el punto de vista temporal, las leyes nacen con su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ellas mismas indiquen,⁸ y viven hasta tanto sean derogadas por otras leyes o declaradas nulas —si fuere caso— por el órgano jurisdiccional competente. Se hace claro —entonces— que las leyes no tienen efecto retroactivo; esta irretroactividad está consagrada en los artículos 24 de la Constitución Nacional y 3° del Código Civil, salvo las excepciones claramente formuladas en el artículo constitucional con respecto a las normas penales y de procedimiento. El principio de irretroactividad es fundamental por cuanto «deja a salvo los derechos adquiridos, porque, formando parte del patrimonio moral o material de las personas, la potestad del legislador encuentra un límite en el respeto que se debe al derecho ya creado, quedando sometido a las reglas generales del derecho el criterio que debe servir para fijar el concepto de los derechos adquiridos, de acuerdo con el principio de la irretroactividad consagrado por la ley. La doctrina y la jurisprudencia admiten comúnmente que no es indispensable que el derecho haya sido consumado para que surta tales efectos, bastando la sola realización del hecho engendrador del derecho, o que un hecho jurídico determinado haya producido una relación o vínculo de derecho, para que se regule por la legislación anterior⁹. De suerte que las relaciones jurídicas que son efectos legales y consecuencias de un hecho anterior, aunque se desenvuelvan después de haberse puesto en vigor la ley nueva, deben estimar

⁷Artículo 1° del Código Civil.

⁸En los casos de importaciones de mercancías llegadas bajo el imperio de un régimen arancelario derogado para el momento en que se efectúa el trámite aduanero respectivo, observamos con claridad la aplicación de este criterio. En tales casos se aplica el régimen vigente para el momento de la llegada, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Aduanas.

como pasados respecto a éste y no pueden, en tal concepto, subordinarse a sus disposiciones». (Sentencia del 12/06/1933; Memoria 1934, citada por Calvo Baca, 1984)¹⁰.

«La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se denomina territorio.»¹¹ A la luz de esta apreciación de Jellinek y del texto del artículo 11 de nuestra Constitución Nacional, la expresión territorio nacional abarca, además de la porción terrestre de la Nación, su mar territorial,¹² zona marítima contigua,¹³ plataforma continental y espacio aéreo¹⁴ sobre los cuales el Estado venezolano ejerce soberanía. Por otro lado, entendemos como territorio aduanero venezolano –manteniéndonos dentro del mismo orden de ideas– todo el espacio sobre el cual las normas aduaneras nacionales ejercen su imperio, es decir, donde son de aplicación y cumplimiento obligatorios. Podríamos decir también que es territorio aduanero venezolano el espacio sobre el cual se ejerce la potestad aduanera, en los términos consagrados en la Ley Orgánica de Aduanas. Hans Kelsen (1948) advierte que una de las particularidades del concepto común de territorio, es el de visualizarlo como un plano, como un sector de la superficie del globo terráqueo sobre el que se posa, alza y descansa el Estado. La generalidad de las personas no parece haberse percatado de que el ámbito en el cual el Estado ejerce su poder de imperio¹⁵ posee tres dimensiones, dado que la eficacia de su poder se extiende no solamente en longitud y latitud, sino también en altura y profundidad. Sostiene este autor que los territorios de los distintos estados no son partes de la superficie terrestre,

⁹CALVO BACA, Emilio. Código Civil Venezolano. Caracas: Ediciones Libra, 1984.

¹⁰JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, pag. 321.

¹¹Entiéndase como mar territorial la zona de mar adyacente a las costas, sobre las cuales el Estado ejerce soberanía.

¹²Zona marítima contigua es la zona de alta mar contigua al mar territorial sobre la cual el Estado ribereño podrá adoptar medidas de fiscalización para evitar infracciones a sus leyes de policía, aduaneras, fiscales en general, de inmigración o sanitarias. Dicha zona no se puede extender más allá de lo establecido en los tratados internacionales.

¹³Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo. Art. 9: El espacio aéreo que cubre el territorio de la República de Venezuela hasta el límite exterior del mar territorial está sometido a su soberanía.

¹⁴Según los autores modernos, la relación que se establece entre el Estado y su territorio no es de *dominium* sino de *imperium*. El Estado no es dueño de su territorio, sino que ejerce sobre él una potestad de dominación, comúnmente conocida como *soberanía territorial*.

¹⁵KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Pag. 182.

sino cuerpos cónicos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra. Observa, además, que el territorio no posee límites hacia arriba, por no existir normas de derecho internacional que impongan esa limitación. «No existe todavía un espacio de «aire libre» análogo al espacio del «mar libre». Tampoco hacia abajo hay esos límites, al menos prácticamente, puesto que el límite ideal —el punto central de la tierra— está situado mucho más allá de lo que hoy puede alcanzarse.»¹⁶ En su análisis sobre este tema, agrega que en el concepto de territorio es menester considerar el elemento normativo, por no ser el territorio una unidad natural o geográfica. El territorio puede estar compuesto de partes separadas entre sí por otros territorios, que pueden pertenecer a Estados diferentes o no pertenecer a Estado alguno (en el sentido estricto de «territorio») como, por ejemplo, el alta mar. Si todas estas partes geográficamente inconexas constituyen un todo unitario, un territorio único se debe, única y exclusivamente, a que no son sino el ámbito espacial de la validez de uno y único orden jurídico; la identidad del territorio del Estado no es más que la identidad del orden jurídico. Así, pues, toda la doctrina en torno al territorio tiene carácter puramente jurídico y no tiene nada que ver con ninguna especie de conocimiento geográfico o naturalista.

En el intento de establecer la semejanza entre territorio nacional y territorio aduanero, nos percatamos de que la vieja concepción de territorios segregados del control aduanero, que hacía teóricamente posible que el territorio nacional fuese más grande que el territorio aduanero, no tiene ni ha tenido asidero jurídico ni lógico. Todo el territorio nacional se encuentra sometido al imperio de las normas legales aduaneras,¹⁷ aun cuando es posible y de hecho lo es, que algunas porciones de él estén sujetas a regímenes especiales, bien porque se encuentren sometidas a medidas de supervigilancia aduanera¹⁸ o bien porque gocen de exenciones impositivas¹⁹ o de cualquier otro tipo de privilegio. Pero tanto en uno como en otro caso, la vigencia y aplicabilidad de las normas aduaneras no puede ser discutida, máximo cuando se observa que los privilegios y las restricciones se desprenden de mandatos expresos de las leyes formales y materiales cuyo vigor no se puede poner en duda. A la luz de estas consideraciones, creemos que lo más apropiado es

¹⁶Para Hans Kelsen, el territorio no es otra cosa que el espacio de la validez, el ámbito espacial de la vigencia del orden jurídico. (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Pag. 194.)

¹⁷Zona de vigilancia aduanera.

¹⁸Puertos libres, zonas francas, etc.

¹⁹Los tratadistas denominan *derecho uniforme* a esta comunidad de normas.

distinguir entre zonas sometidas a régimen aduanero ordinario y las sujetas a régimen aduanero especial, sin pretender, bajo ningún respecto, hacer uso de una figura de territorio segregado que —en nuestro criterio— no tiene ninguna fundamentación.

Lo que sí es posible tanto desde el punto de vista jurídico como del práctico, es que existan normas aduaneras que trasciendan las fronteras de un determinado país. Tal es el caso de los mercados comunes, los cuales disponen de un sistema uniforme de legislación comercial y aduanera²⁰ que permite la libre circulación interior de bienes, servicios, capital y mano de obra entre los países signatarios, a la vez que presentan un arancel común con respecto al resto del mundo.

Enfocando el asunto desde otro ángulo, podemos decir que el territorio aduanero es el producto de sumar los territorios correspondientes a las circunscripciones²¹ de cada una de las aduanas principales; cada circunscripción, a su vez, está dividida en dos grandes porciones, a saber:

Zona primaria o zona aduanera

Es la «integrada por las respectivas oficinas, patios, zonas de depósitos, almacenes, atracaderos, fondeaderos, pistas de aterrizaje, avanzadas y en general por los lugares donde los vehículos o medios de transporte realizan operaciones inmediatas y conexas con la carga y descarga y donde las mercancías que no hayan sido objeto de desaduanamiento quedan depositadas.

En la zona primaria quedan depositadas las mercancías mientras se cumple el trámite aduanero respectivo, salvo las excepciones establecidas en la Ley. Esta retención de los cargamentos los realiza el Estado en ejercicio de su poder de imperio y para asegurar, por un lado, la satisfacción de los impuestos, tasas y obligaciones aduaneras y, por el otro, para realizar las verificaciones correspondientes y aplicar el régimen jurídico a que los efectos estén sometidos. Mas, ese depósito obligatorio produce obligaciones para el Estado, quien deberá cuidar los bienes como cosa propia, abstenerse de hacer uso de ellos y restituirlos a su propietario en el mismo estado en que fueron recibidos, una vez satisfechas las deudas y obligaciones legales

²⁰Circunscripción: territorio aduanero delimitado para cada aduana principal, dentro del cual ésta ejercerá la potestad aduanera.

²¹ Ver el artículo 340 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

respectivas.

Zona secundaria

Es la constituida por la circunscripción de la aduana respectiva, excepción hecha de la zona primaria; en ella están enclavadas las aduanas subalternas dependientes de la aduana principal y es donde, además, el Jefe de la Oficina Aduanera Principal tiene jurisdicción para conocer de las infracciones aduaneras, para determinar la competencia en los casos de contrabando y para conocer y sancionar éstos cuando únicamente resultaran aplicables penas incorpóreas (comiso, multa o ambas). En virtud de la existencia de la circunscripción aduanera, el Jefe de la Aduana está obligado a oír las denuncias que se le hicieran por infracciones aduaneras cometidas en ella, a tomar constancia de los hechos y adoptar las medidas necesarias para el apresamiento y embargo de los efectos decomisables; asimismo, dicho funcionario queda obligado a plantear los conflictos de jurisdicción o competencia ante el Ministro de Finanzas²², cuando en su criterio se produjeran situaciones invasivas de su competencia por parte de otro funcionario de hacienda o cuando se pretendiera atribuirle competencia sobre materia que no le corresponda. Cuando el conflicto se presentare con un tribunal o con un funcionario no dependiente del referido Ministro, el conflicto deberá plantearse ante el Tribunal Supremo de Justicia²³. Como es notorio, la importancia de la zona secundaria reside fundamentalmente en lo relativo a la administración de justicia en materia de aduanas, a la represión del ilícito aduanero y al control de aquellas actividades aduaneras que se ejecutan dentro de ella.²⁴

Es en la zona secundaria de las aduanas donde se ejerce el control posterior aduanero y donde autoridades distintas a las de la aduana de la jurisdicción pueden intervenir sobre los bienes. Es conveniente no olvidar que las mercancías depositadas en la zona primaria tienen carácter de prenda y el Fisco de acreedor preferente, por encima de cuyos derechos no existe ningún otro público o privado. Esta primacía fiscal es a tal punto rigurosa que ha servido de base la elaboración de una teoría acerca de la extraterritorialidad de la zona primaria, la cual resulta muy útil para ilustrar el carácter preferente

²² Ver el numeral 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

²³ Tal es el caso de los Almacenes Generales de Depósito y de los almacenes in bond.

²⁴ Jurisprudencia de los tribunales de la República. Vol II, pag. 374.

que la ley otorga a los compromisos aduaneros y tributarios que se producen con motivo de la realización de las operaciones aduaneras.

Al ingresar lícitamente a la zona secundaria procedente de la primaria, los bienes han superado exitosamente las barreras establecidas por el Estado, ha cesado la prenda y su propietario ha sido autorizado para ejercer a plenitud su derecho de propiedad y, por ende, a usar, gozar y disponer las cosas según su libre arbitrio, sin otras obligaciones y restricciones que las expresamente establecidas en la legislación.

Las mercancías

No todos los bienes objeto de intercambio pueden ser considerados mercancías desde el punto vista aduanero. Así, los bienes inmuebles por su naturaleza no pueden ser objeto de comercio internacional, pues, como es obvio, por estar adheridos permanentemente a la tierra o formar parte de una edificación no pueden ser trasladados de un lugar a otro, traslación que fatalmente debe darse para las mercancías objeto de comercio entre diferentes países. Nuestro Código Civil considera inmuebles por su naturaleza a los árboles mientras no hayan sido derribados; a los frutos de la tierra y de los árboles, mientras no hayan sido cosechados o separados del suelo; a los hatos, rebaños, pjaras, y cualquier otro conjunto de animales de cría, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos; a los estanques, manantiales, aljibes y toda agua corriente; a los acueductos, canales o acequias que conducen el agua a un edificio o terreno y forman parte del edificio o terreno a que las aguas se destinan. (Art. 527 del Código Civil). Como podrá notarse, ciertos bienes tienen carácter de inmuebles por su naturaleza mientras estén acompañados de determinada condición como, por ejemplo, que los animales no sean separados de sus pastos o criaderos o que los frutos no hayan sido cosechados o separados del suelo. Veamos la jurisprudencia: «La corte observa que la disposición citada da, en efecto, carácter de inmuebles, por su naturaleza, a los hatos, rebaños, pjaras o cualquier otro conjunto de animales de cría, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos. El fundamento de ficción de inmovilización, que da carácter de inmuebles a cosa que en realidad son muebles, estriba, según los autores, en la razón práctica de que los accesorios deben seguir a los predios, en beneficio de la utilidad general y para que rindan todo el provecho que sean capaces e producir.»²⁵

Por su lado, se consideran inmuebles por su destinación, las cosas que el propietario del suelo ha puesto en él para su uso, cultivo o beneficio, tales como: los animales destinados a su labranza; los instrumentos rurales, las simientes, forrajes y abonos; las prensas, calderas, alambiques, cubas y toneles, así como los viveros de animales. Son también considerados inmuebles de este tipo todos los objetos muebles que el propietario ha destinado a un terreno o edificio para que permanezcan en él constantemente o que no puedan separar sin romperse o deteriorarse o sin romper o deteriorar la parte del terreno o edificio a que estén sujetos. Respecto a este tipo de inmuebles dice la jurisprudencia: «Los inmuebles por destinación son, en realidad, objetos muebles por su naturaleza, pero que se consideran inmuebles a título de accesorios de otro inmueble, al cual se agregan, y el motivo principal para considerar tales objetos muebles como inmuebles es por la condición forzada impuesta por el legislador para que no se separen, en detrimento de la utilidad que rinden en la propiedad inmueble de la cual son accesorios. La Ley considera como inmuebles por destinación, también, no a toda clase de animales que se encuentren dentro de una propiedad inmueble, sino aquéllos que no se hayan separado de sus pastos o criaderos, es decir, a los que forman un conjunto de un fundo dedicado a la cría de ellos. Poco importa el número, pero siempre que aparezca la idea de una explotación pecuaria o en un fundo que por sus características esté dedicado o sea propio para tal industria. La existencia de unos pocos animales en una finca urbana, que por su naturaleza no constituye un fundo, sino una vivienda de personas en una zona poblada, no pueden considerarse como accesorios del inmueble.»

A los efectos aduaneros son los bienes muebles por su naturaleza los que deben llamar nuestra atención. El Código Civil patrio los define como los bienes que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior (Art. 532). Ellos son, evidentemente, los que pueden ser trasladados de un lugar a otro utilizando los diferentes medios de transporte o su propio impulso y, consecuentemente, susceptibles de ser sometidos a operaciones aduaneras. A estas alturas del análisis, podemos intentar una definición de mercancía, en los siguientes términos: bien mueble por su naturaleza apto²⁶ para ser objeto de operación aduanera. A la luz de esta definición, no serán mercancías aquellos efectos que estén excluidos del comercio internacional por prohibiciones uni o multilaterales, aunque

²⁵Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. I, pag 180.

por su propia naturaleza mueble tendrían la potencialidad de ingresar al mercado una vez suspendidas las medidas de prohibición que las afectan. No serán tampoco mercancías desde el punto de vista aduanero, aquellos bienes que por alguna razón no tuvieran valor de mercado, bien por haber sido declaradas patrimonio inalienable de algún país o por cualquier otra circunstancia que las segregara del comercio lícito. En síntesis, a nuestros fines es mercancía todo bien capaz de ser trasladado lícitamente, por medios propios o ajenos, de un territorio aduanero a otro.

A la luz de esta definición podríamos preguntarnos ¿son mercancías los efectos contrabandeados?. Sólo una puede ser la respuesta: ¡SÍ!, lo son por cuanto es su introducción o extracción ilegal quien le producen su situación de ilicitud, lo cual es un elemento exógeno a la mercancía misma, es decir, no inherente a su propia naturaleza. Puede darse el caso de que un bien segregado del comercio lícito sea a su vez objeto de contrabando; en tal caso es la segregación la que le niega el carácter de mercancía y no el haber sido objeto de delito.

Es obvio que la idea de mercancía desde el punto de vista aduanero es más restringida que la proporcionada por la lengua castellana; para ésta es todo género vendible o, también, cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta.

Las mercancías desde el punto de vista de su nacionalidad

Primero la doctrina nacional y, luego, nuestra Ley Orgánica de Aduanas, clasificaron las mercancías en extranjeras, nacionales o nacionalizadas. Esta clasificación nos impone hacer la distinción entre unas y otras, de la siguiente manera: son mercancías extranjeras las producidas, manufacturadas, creadas, cultivadas, extraídas capturadas o nacidas en territorio extranjero y sobre las cuales no se ha efectuado operación aduanera modificatoria de su nacionalidad a título definitivo. Son nacionales las producidas, manufacturadas, creadas, ensambladas capturadas o nacidas dentro del territorio nacional y que no hayan sido sujetas a exportación definitiva, salvo la excepción que comentaremos más adelante. Son mercancías nacionalizadas aquellas que, siendo extranjeras por su origen o por haber sido exportadas a título definitivo, han sido sometidas al proceso de nacionalización y admitidas

²⁶ Apto: Idóneo, hábil, a propósito para hacer alguna cosa.

indefinidamente al territorio nacional.

Lo antes dicho nos permite inferir que las mercancías pueden —desde el punto de vista aduanero— cambiar su nacionalidad, bien porque siendo originalmente nacionales adquirieron el carácter de extranjeras por haber sido exportadas o ya porque siendo originariamente extranjeras o habiendo adquirido tal condición a través de la exportación, fueron sometidas a la operación aduanera de importación y admitidas como nacionalizadas. Pero, cabe advertir que la nacionalidad de las mercancías se modifica únicamente cuando son sometidas a operaciones aduaneras con carácter definitivo; aquellos casos en que la admisión o exportación son temporales la nacionalidad no varía, pudiendo, por lo tanto, realizarse el retorno a su lugar de origen sin el pago de impuestos y sin ser sometidas a las restricciones a que sus similares extranjeras pudieran estar sujetas.

En beneficio del comercio, la Ley ha creado una figura dirigida a permitir el ingreso de mercancías exportadas a título definitivo sin estar sujetas a los trámites y obligaciones establecidos para la importación ordinaria. Esta figura tiene carácter eminentemente excepcional y así debe ser vista al momento de su interpretación y aplicación, pues contrario a lo que pudiera parecer a simple vista, ella no rompe el efecto de la operación de exportación, si no que confiere un tratamiento de excepción al regreso de las mercancías que no encuentren mercado en el extranjero, atendiendo a su origen nacional o a su carácter de nacionalizadas.

Salta a la vista que la aplicación de este régimen requiere de una comprobación indubitable de que los bienes que regresan sean los mismos que abandonaron el territorio en su oportunidad. Como es obvio, no pueden establecerse requisitos previos, por cuanto las circunstancias que obligan el regreso del cargamento no son conocidas por el exportador en el momento de realizar los trámites aduaneros, mercantiles y de transporte que se requieren para colocar los efectos a la orden del importador extranjero, pues escapa a todo sentido lógico suponer que alguien pueda realizar el esfuerzo exportador a sabiendas de que la operación de compra-venta no llegará a concretarse y que los bienes deberán regresar al país en virtud de la transacción fallida.

En todo caso, corresponde al interesado la iniciativa para que se aplique el régimen de excepción, así como la carga de probar que las mercaderías de que se trata son las mismas que fueron exportadas. Si la aplicación de

dicho régimen no es oportunamente solicitada y las mercancías ingresan al país bajo régimen ordinario de importación, no le estará dado al importador omiso realizar posteriores solicitudes de reintegro de tributos o demandar algún tipo de tratamiento preferencial.

Las mercancías como prenda

La prenda es un contrato real, en virtud del cual un deudor entrega una cosa al acreedor para garantizar el cumplimiento de una deuda.²⁷ El Código Civil dice en su artículo 1.837: «La prenda es un contrato por el cual el deudor da a su acreedor una cosa mueble en seguridad del crédito, la que deberá restituirse al quedar extinguida la obligación.» Cabe preguntarse: la retención de las mercancías realizada por la aduana, ¿constituye una prenda? Tanto el referido Código Civil como la doctrina universalmente aceptada están contestes acerca de que la prenda es un contrato y que, por ende, exige para su existencia el consentimiento de las partes involucradas. La retención que nos ocupa constituye, efectivamente, una prenda y, consiguientemente, un contrato, que nace en el ámbito del derecho público, por cuanto la retención de las mercancías es una imposición del Estado fundamentada en su poder de imperio, pero que produce una relación de derecho privado (la prenda) una vez que los efectos se encuentran en poder de la aduana. En tal virtud, la relación que surge entre el Estado y el propietario de los bienes retenidos, es de derecho privado y, por ende, sujeta a los preceptos del Código Civil.

A simple vista pareciera que en estos casos sólo opera la voluntad del Estado, sin que la del consignatario o exportador se haga presente; no es así, por cuanto las operaciones aduaneras son voluntarias (como todo acto jurídico) y cuando alguien se dispone a realizarlas admite –también voluntariamente– someterse a las reglas y restricciones establecidas en las normas legales respectivas.

Jellinek, en su obra *Teoría General del Estado*, observa que el Estado y las asociaciones de derecho público no son tan sólo titulares del poder público, sino que son también sujetos económicos, que con los propios medios

²⁷ Para los hermanos Mazeaud, la prenda es «el contrato por el cual el deudor o un tercero, para afectar un bien mueble al pago de la deuda, se desposee de él a favor del acreedor o de un tercero que conserva la cosa para el acreedor.» Tomado de *Leciones de Derecho Civil*, parte III, volumen I, Pág. 88

que corresponden a cualquier otra personalidad, administran los bienes, no ejercitando para ello el poder público. Una de las cuestiones que en primer lugar y de un modo manifiesto han de fijarse, debe ser la de determinar en todo orden jurídico completo los límites existentes entre las acciones realizadas por una asociación como sujeto titular de poder público y las acciones que realiza como sujeto económico privado. El Estado puede sustraerse de un modo formal al Derecho Privado totalmente, o al menos en gran medida. Pero puede también someterse cuando así lo exija la naturaleza de las relaciones jurídicas de que él forme parte.²⁸

La prenda cesa cuando el deudor satisface las obligaciones contraídas, bien sea por alguna de las formas de extinción de la obligaciones aduaneras y tributarias, entre las que se encuentra el abandono voluntario; por ello es que si una mercancía es retirada de la zona donde se encuentra almacenada sin satisfacer los derechos correspondientes y sin dar cumplimiento a los requisitos legales establecidos para la operación aduanera de que se trate, la prenda no ha desaparecido y, por consiguiente, las obligaciones del deudor se mantienen incólumes y el Fisco Nacional puede perseguirlas y aprehenderlas, tal como lo establece la Ley Orgánica de Aduanas en su artículo 11.

Tratamiento separado requiere el caso del abandono legal, es decir, de aquel que se consuma en virtud del transcurso del tiempo estipulado en la Ley sin que las mercancías sean extraídas de la zona de almacenamiento. Transcurrido el lapso de tiempo establecido para ello, las mercaderías caen en estado de abandono y deben ser rematadas; de esta manera el Estado ejerce uno de los derechos del acreedor prendario: quedarse con la cosa para procurarse la suma adeudada, quedando a salvo la posibilidad de entregar el remanente que hubiere podido quedar una vez canceladas las deudas fiscales; caso contrario, cuando el producto del remate no fuere suficiente para satisfacer dichos créditos, el consignatario o exportador, si lo hubiere, deberá cancelar la diferencia.²⁹

Posteriormente se tratará en detalle todo lo relativo al abandono y al remate aduanero.

²⁸ Los distritos y los municipios no pueden asumir la cualidad de comerciantes, pero pueden ejecutar actos de comercio; y, en cuanto a estos actos, quedan sujetos a las leyes mercantiles.

²⁹ La figura del sujeto pasivo o deudor se constituye con la aceptación de la consignación.

CAPÍTULO II

Operaciones aduaneras. Visión general

Nuestra legislación aduanera reconoce tres operaciones aduaneras, a saber: la importación, la exportación y el tránsito.

Las operaciones aduaneras son actos jurídicos dirigidos a superar las restricciones al libre tráfico internacional de bienes, impuestas por el Estado en ejercicio de su poder de policía. Como actos jurídicos, dichas operaciones son voluntarias, autorizadas por la ley y dirigidas a producir efectos jurídicos. Como es de todos sabido, nadie está obligado por la ley a importar, exportar o transitar efectos; quien lo hace obedece a su voluntad, pero queda obligado, en virtud de normas legales preexistentes, a realizar trámites y a satisfacer requisitos, cuya inobservancia u omisión puede acarrearle sanciones de variada intensidad.

Dichos actos son autorizados por la ley, es decir, son lícitos y buscan producir efectos jurídicos que, en nuestro caso, es la autorización para el ejercicio de un derecho que, si bien ya existía, estaba mediatizado por la existencia de una traba u obstáculo legal que restringía, en obsequio del bien común, el derecho de propiedad garantizado en el artículo 115 de la Constitución Nacional y definido en el artículo 545 del Código Civil. Justamente, son estos dos textos los que hacen posible que la propiedad esté sujeta a limitaciones y su ejercicio sometido a restricciones que, en todos los casos, deben estar establecidos por ley. De dichos cuerpos legales se desprende que el uso, goce y disposición de los bienes sólo pueden estar condicionados o limitados por ley formal, es decir, por actos que sancionen las Cámaras del Congreso como cuerpos colegisladores. En otros términos, las limitaciones a la propiedad constituyen *materia de reserva legal* o, lo que es lo mismo, no pueden establecerse por vía administrativa o por cualquier otra distinta a la ya señalada, ni ser aplicadas por autoridad alguna sino dentro del marco de

la ley y con sujeción estricta a su espíritu, propósito y razón.

Importación

La *importación* es el acto jurídico mediante el cual mercancías extranjeras adquieren la nacionalidad del país a las cuales van destinadas con carácter definitivo¹. Como se desprende de la definición que hemos intentado, sólo son nacionalizables o, en otras palabras, potenciales objetos de la operación de importación, las mercancías extranjeras que se destinen al uso indefinido o al consumo en el territorio aduanero del país de destino. En criterio de quien esto escribe, la frase *importación temporal*² no es una invención feliz del argot aduanero, pues incurre en una crasa contradicción cuando califica de temporal a lo que es definitivo en su esencia misma. No es por simple casualidad que la Ley Orgánica de Aduanas evita la utilización de esta locución, supliéndola con la frase «*admisión temporal*», así como la Ley de Aduanas promulgada el 23 de diciembre de 1966, prefirió llamarla introducción temporal o, con más propiedad, *introducción de efectos con carácter temporal*.³ En todo caso, consideramos conveniente hacer todo género de esfuerzos para lograr una terminología aduanera uniforme, sencilla, coherente y lógica, ajustada en un todo a los conceptos y definiciones que deben elaborar la doctrina y la jurisprudencia.⁴

¿Por qué somos reiterativos en cuanto al carácter definitivo de las

¹Para Di Lorenzo, «la importación es, en el sentido técnico aduanero, la operación mediante la cual se somete una mercancía extranjera a los permisos y controles prescritos y a las consiguientes fiscalizaciones tributarias, para poderla después, libremente, destinarse a una función económica de uso, producción o consumo». (DI LORENZO, M. Corso di Diritto Doganale. Milano, 1947.) Tomado de «Importación, mercancía, territorio» de Felipe Garre en «Estudios Aduaneros». Pág. 162.

²Entiéndase como importación temporal el régimen aduanero que permite la introducción a un territorio de mercancías con suspensión de los impuestos de importación, internadas con un fin determinado y por un plazo establecido, sin que sean sometidas a transformación, elaboración o reparación, salvo la depreciación derivada de su uso normal. La admisión temporal para perfeccionamiento activo tiene las mismas características temporales y fiscales, pero bajo este régimen las mercancías son transformadas o reparadas.

³Ver el Capítulo IX del Título I de dicha Ley.

⁴El Convenio de Internacional de Kyoto para Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, de fecha 18 de mayo de 1973, en su anexo E.5, utiliza la frase importación temporal y lo define en los siguientes términos: régimen aduanero que permite recibir en un territorio aduanero, con suspensión de los derechos e impuestos de importación, determinadas mercancías importadas para un fin determinado y destinadas a la reexportación, en un plazo

consecuencias producidas por la importación y la exportación? Nuestra Ley Orgánica de Aduanas introduce en su primer artículo la división de las mercancías de acuerdo a su nacionalidad. Tal ordenación implica que las citadas operaciones aduaneras tienen como fin o pretensión modificar la nacionalidad de las mercancías, pues sólo es lícita la permanencia en territorio aduanero nacional de mercaderías nacionales o nacionalizadas o de aquellas admitidas temporalmente, bien para ser destinadas de manera inmediata a territorio extranjero, mediante la ejecución de la operación aduanera de *tránsito* o porque han sido objeto de la figura aduanera (más dilatada en el tiempo) de la *admisión temporal*. Se hace evidente entonces que tanto el *tránsito* como la *admisión temporal* generan consecuencias efímeras, transitorias o de corto plazo y, lo que es más importante, no modifican la nacionalidad de los bienes sujetos a ellas; es razonable que así sea, ya que la brevedad del efecto que se pretende causar no se compadece con el carácter definitivo de la modificación de la nacionalidad, permanente en su esencia.

Este análisis sobre las consecuencias que producen las operaciones y actividades⁵ aduaneras desde el punto de vista de su permanencia en el tiempo, nos invita a separarlas en dos grandes grupos: permanentes y temporales. Al primer grupo corresponderían la importación y la exportación; al segundo el tránsito. Como ya hemos dicho, las permanentes modificarían la nacionalidad de las mercancías, la otra no tendría tal finalidad.

Exportación

La *exportación* es el acto jurídico mediante el cual mercancías nacionales o nacionalizadas abandonan el territorio aduanero con destino a otro territorio aduanero, a título definitivo. En consecuencia, sólo pueden ser sometidas a la operación de exportación las mercancías nacionales o nacionalizadas, entendiendo que son nacionalizados aquellos efectos que, siendo originariamente extranjeros, fueron sometidos a un proceso de nacionalización y, con ello, autorizadas para ingresar libremente al territorio aduanero

determinado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal de las mercancías como consecuencia del uso que se haga de las mismas.

⁵Llamemos actividades aduaneras a los actos que no son tenidos por la Ley como operaciones aduaneras, pero que generan consecuencias jurídicas en virtud de estar establecido así por normas contenidas en la legislación aduanera. Dentro de esta clasificación estarían incluidos el trasbordo, el cabotaje y la admisión y exportación temporales.

⁶ Ver la parte final del artículo 41 de la Ley Orgánica de Aduanas.

de destino. Con la exportación las mercancías pierden su nacionalidad originaria o adquirida y asumen el carácter de extranjeras.

Tránsito

El *tránsito* es el acto jurídico mediante el cual mercancías extranjeras son trasladadas, bajo control aduanero, de una aduana nacional a otra. Tal como ya lo hemos señalado, el tránsito no causa modificación alguna en la nacionalidad de los bienes y su característica principal es la temporalidad, por cuanto no produce ningún efecto jurídico permanente sobre las mercancías a él sometidas.

Mal puede decirse que el tránsito es realizable entre aduanas nacionales y extranjeras o que las mercancías puedan abandonar el territorio nacional por lugares distintos a los habilitados o expresamente autorizados para ello. Lo primero supondría una extraterritorialidad de nuestras normas aduaneras o una imposición de nuestra soberanía sobre autoridades administrativas extranjeras; lo segundo una negación del concepto de *habilitación*, sinónimo de los conceptos jurídicos de *capacidad* o *competencia*.

Si un cargamento ingresa al territorio nacional por lugar distinto al habilitado para ello o es extraído por lugar no autorizado, estaríamos en presencia de un delito de contrabando. Es por ello que consideramos fundamental expresar vigorosamente que el tránsito se inicia y culmina en aduana nacional habilitada, que las mercancías sujetas a esta operación deben ser extranjeras y que su realización no afecta la nacionalidad de los efectos, pues no es ese el fin perseguido con esa operación ni la consecuencia que la legislación le acuerda.

Por lo demás, consideramos pertinente señalar lo difícil que nos resulta admitir la figura de *tránsito nacional* a través del territorio. Según ella, mercancías llegadas a una aduana, tienen como destino otra, en la cual se procederá a la nacionalización. Es de todos sabido que la operación de tránsito a través del territorio demanda esfuerzo tanto para los particulares como para la Administración, quien en buena parte de los casos de tránsito de este tipo, acuerda una custodia permanente de los cargamentos, cuyos gastos deben ser cubiertos por el consignatario. Ese esfuerzo y ese costo tienen que pretender un beneficio que no se vislumbra dentro del marco de la legalidad.

La Ley establece limitaciones a la realización del *tránsito* aduanero, al prohibir que mercancías inflamables, explosivas, de importación prohibida o las señaladas expresamente por el Ministerio de Hacienda sean objetos de esta operación, a la vez que preceptúa que cuando el tránsito se realice a través del territorio nacional y se efectúe con mercaderías sujetas a restricciones, éstas deberán satisfacerse antes del ingreso. Esta disposición ha generado controversias, por cuanto no se percibe con claridad el fin perseguido por el legislador, ya que aplicar contingentamientos –tales como las licencias de importación– a mercancías que no van a permanecer en nuestro territorio, se presenta como un contrasentido. Lo mismo podría decirse de las restricciones sanitarias, las cuales parecen ociosas, por cuanto dichos productos irían destinados a una población distinta a la nacional, con sus propias leyes y regulaciones sanitarias⁶. Pero la exposición de motivos del anteproyecto de Ley Orgánica de Aduanas de 1978 dice: «Con relación al tránsito se incluyen normas novedosas: obligación de cumplir con las restricciones arancelarias si las mercancías idénticas de importación están sujetas a ellas, lo cual se justifica por la falta de seguridad fiscal en lo relacionado con la reexpedición de los efectos; posibilidad de reconocimiento de los efectos, a fin de poder determinar el monto de los derechos causados y la vigencia de restricciones; facultad de nacionalizar la mercancía previa manifestación de voluntad. Se deja al Reglamento todo lo relativo a la garantía exigible si el tránsito de efectúa a través del territorio y se determina que el objeto de la caución no es otro que el de garantizar la salida de los efectos hacia el exterior (y no su llegada al lugar extranjero de destino, como rige actualmente).» No habiendo cambio de criterio con respecto a la exigencia de que se cumplan las restricciones arancelarias, entendemos que el legislador de 1999 consideró válidas las razones esgrimidas en la transcrita exposición de motivos, por lo que éstas mantienen todo su vigor.

El tránsito a través del territorio es susceptible de facilitar la comisión de infracciones y evasiones; por las características que son propias de esta operación, la autoridad aduanera ve disminuida su capacidad de control una vez que los cargamentos abandonan las zonas primarias de las aduanas para internarse en una o más zonas secundarias, muchas veces sin una vigilancia realmente efectiva. Por ello, la Ley exige una garantía que preserve los intereses fiscales en el caso de que los efectos no abandonen el país en el plazo establecido. Esa protección fiscal no puede ser otra que el monto

⁷ Ver artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas.

de los impuestos, tasas, recargos y cualesquiera otras contribuciones a que pudieran estar sujetos los bienes transitados.

Pero además, la Ley establece que las mercancías de tránsito que no fuesen nacionalizadas o reexpedidas dentro del plazo que señale el Reglamento se considerarán abandonadas legalmente⁷ y, por tanto, deben ser rematadas⁸. Cabe preguntarse: ¿este mandato es aplicable a las mercancías que hayan abandonado la aduana de introducción y no hayan llegado a la de salida en el plazo señalado?. Dado que la Ley no hace distinciones, no le está dado al intérprete hacerlas, por lo que debemos concluir que todas las mercancías de tránsito están sujetas a esta disposición, independientemente de su ubicación en zona primaria o secundaria.

Sacadas a remate como hayan sido las mercancías de tránsito a través del territorio legalmente abandonadas y ejecutada la garantía que necesariamente se ha debido prestar *a fin de asegurar⁹ la salida de los efectos hacia su lugar de destino*, nos encontramos con la curiosa situación de que el Fisco Nacional tiene en su haber el monto garantizado y —además— el producto del remate; si el Estado se apropia de ambas cantidades estaría incurriendo en enriquecimiento sin causa y, por ende, ilícito.

Por orden lógico, la declaratoria de abandono y ejecución de la garantía deben acaecer con anterioridad al remate, por lo que debemos entender que para el momento en que se efectúe dicho acto ya el Fisco ha percibido los impuestos, tasas y demás cantidades que se le adeudaban, quedando en consecuencia obligado de reintegrar al consignatario el monto total del

⁸ Ver artículo 67 de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁹ Según el Diccionario de la Real Academia asegurar significa:

1. Dejar firme y seguro; establecer, fijar sólidamente. ASEGURAR el edificio. ASEGURAR el clavo en la pared.
2. Poner a una persona en condiciones que le imposibiliten la huida o la defensa.
3. Librar de cuidado o temor; tranquilizar, infundir confianza. Ú. t. c. prnl.
4. Dejar seguro de la realidad o certeza de alguna cosa.
5. Afirmar la certeza de lo que se refiere. Ú. t. c. prnl.
6. Preservar o resguardar de daño a las personas y las cosas; defenderlas e impedir que pasen a poder de otro. ASEGURAR el reino de las invasiones enemigas. Ú. t. c. prnl.
7. Dar firmeza o seguridad, con hipoteca o prenda que haga cierto el cumplimiento de una obligación.
8. Poner a cubierto una cosa de la pérdida que por naufragio, incendio o cualquier otro accidente o motivo pueda tener en ella su dueño, obligándose a indemnizar a este del importe total o parcial de dicha pérdida, con sujeción a las condiciones pactadas. ASEGURAR un buque, una finca, mercaderías, muebles.

¹⁰La facultad para conferir tal carácter a las oficinas aduaneras es exclusiva del Presidente de

producto del remate.

El Convenio Internacional de Kyoto para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, trata profusamente la operación de *tránsito* en uno de sus anexos, pero con muy marcada tendencia *primermundista* y con evidente influencia de los tratados de comercio multilaterales que son lugar común en Europa y en las zonas más adelantadas del mundo. Ello se hace notorio cuando se reglamenta un tránsito aduanero que se inicia en la aduana de un Estado y termina en la de otro, en tácita referencia a la existencia de un *derecho aduanero uniforme*, ajeno a la realidad latinoamericana.

El tránsito por puertos y aeropuertos nacionales no tiene mayor relevancia práctica ni jurídica, ni presenta los riesgos fiscales que son inherentes al tránsito por territorio nacional. El hecho de que las mercancías sometidas a esta modalidad de operación ingresen a la zona aduanera y la abandonen en vehículos de fácil supervisión por parte de las autoridades competentes y siempre bajo la custodia directa de éstas, hacen que su realización sea más expedita y menos relevante desde el punto de vista del control que deben ejercer las aduanas, control que es el objetivo primario de dichas oficinas.

Las oficinas aduaneras

Las aduanas son oficinas públicas, nacionales, dependientes del Ministerio de Finanzas, en las cuales se realizan las operaciones aduaneras. Dichas oficinas pueden tener carácter de principales o de subalternas, según lo disponga el Presidente de la República en Consejo de Ministros.¹⁰

Por consiguiente, no le es dado a los particulares, a los municipios, ni a los estados establecer aduanas, ni instituir impuestos aduaneros, todo lo cual es competencia del poder público nacional, por expreso mandato contenido en el numeral 15 del artículo 156 de la Constitución.

La oficina aduanera abarca la porción de territorio conocida como *zona primaria* o *zona aduanera* o, en otras palabras, el área de la circunscripción aduanera integrada por las respectivas oficinas, patios, zonas de depósitos, almacenes, atracaderos, fondeaderos, pistas de aterrizaje, avanzadas y, en

la República, la cual debe ser ejercida en Consejo de Ministros, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 3° de la Ley Orgánica de Aduanas.

¹¹ Artículo 78 de la Ley Orgánica de Aduanas: En los casos de arribada forzosa, imposibi-

general, los lugares por donde los vehículos o medios de transporte realizan operaciones inmediatas y conexas con la carga y descarga y donde las mercancías que no hayan sido objeto de desaduanamiento quedan depositadas. Es a estos lugares donde deben llegar las mercancías provenientes del exterior y a donde deben ingresar las mercancías de exportación o tránsito, salvo las excepciones que pueda establecer el Ministerio de Finanzas y los casos de arribada forzosa, imposibilidad para seguir navegando o naufragio.¹¹

Desde hace muchos años la Administración está en deuda con los usuarios de las aduanas, por la imprecisión de los límites de las zonas primarias. Cabe citar el caso de los fondeaderos que, si bien conforman la zona aduanera y al llegar a ellos se causan los impuestos y el régimen legal correspondiente, no han sido ubicados en las cartas de navegación ni en ningún otro instrumento similar, a objeto de conferirle seguridad jurídica a los consignatarios y a los responsables de los vehículos porteadores. Dependiendo de las características particulares de cada aduana, estas imprecisiones se notan en uno u otro lugar, agravadas por el hecho de que las aduanas no han dado cumplimiento al artículo 33 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, relativo a la publicación de la organización administrativa y de los procedimientos de las entidades públicas.¹²

Tanto las aduanas principales como las subalternas están a cargo de un Jefe de Oficina y deben estar dotadas del personal y equipo necesarios para realizar las funciones que le están encomendadas, dentro de los lapsos establecidos por las leyes. Por razones que veremos más adelante, en cada aduana debe haber funcionarios competentes para realizar el acto de reconocimiento, inclusive en aquellas oficinas que sólo se ocupan de la revisión de los equipajes de los pasajeros.

lidad para continuar navegando y naufragio, debidamente justificados, no se aplicarán las disposiciones de esta Ley y su Reglamento relativas a llegada de vehículos procedentes del exterior y ala documentación que debe amparar a los cargamentos, los cuales podrán ser nacionalizados, a solicitud de quien tuviere calidad para ello, previa declaración, reconocimiento y cumplimiento de las demás obligaciones aduaneras aplicables.

¹²Artículo 33 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Todas las entidades públicas sometidas a la presente Ley, prepararán y publicarán en la Gaceta Oficial correspondiente, reglamentos e instrucciones referentes a las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de sus dependencias, asimismo en todas las dependencias al servicio del público, se informará a éste por los medios adecuados, sobre los fines, competencias y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios. Igualmente informarán a los interesados sobre los métodos y procedimientos en uso en la tramitación o consideración de su caso.

El término *habilitación* tiene un significado plural. Por un lado, significa las operaciones que pueden realizarse en una aduana; así, por ejemplo, cuando en una aduana se pueda realizar tránsito aduanero, diremos que esa aduana está habilitada para la realización de dicha operación. *Habilitación* significa también el lapso fuera de horas o días hábiles en el cual se practican operaciones aduaneras y, por último, la prestación del servicio aduanero en lugares distintos a los permanentemente designados para ello o, en otros términos, en lugares diferentes a las zonas primarias.

CAPÍTULO III

POTESTAD ADUANERA Y COMPETENCIA

La Potestad Aduanera

Se entiende por potestad aduanera la facultad de las autoridades competentes para intervenir sobre vehículos o medios de transporte que realicen operaciones de tráfico internacional o interno, sobre las mercancías que contengan, sobre los equipajes de pasajeros y tripulantes y, en general, sobre los bienes señalados en el artículo 7º de la Ley Orgánica de Aduanas.

La potestad aduanera parece ser un intento del legislador de trasladar a este ámbito específico la muy estudiada figura del poder del Estado, explicado por Jellinek en los siguientes términos: toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros. Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante. ¿En qué consiste la distinción entre ambos? El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar órdenes a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar con sus propios medios a la ejecución de sus órdenes. Todo miembro, de una asociación que no posee poder de autoridad, puede en cualquier ocasión substraerse a ella. ¿Debe permanecer en la asociación, o debe, en virtud de los estatutos, y a pesar de su salida de la asociación, satisfacer siempre las obligaciones respecto a ésta? Para lo segundo, sería preciso la autorización o la orden de un poder autoritario que estuviese sobre la asociación misma. Esto es aplicable a todas las asociaciones que no disfrutaban de *imperium* y no sólo para aquellas en que

se ha entrado voluntariamente. Se ve con mucha claridad esta cuestión si se observa la situación de la asociación más poderosa que existe fuera del Estado: la Iglesia católica con respecto a sus miembros. Según la doctrina católica, el bautismo y la ordenación imprimen un carácter indeleble a los que reciben estos Sacramentos. Pero si el Estado no sanciona esta imposibilidad de salirse de la Iglesia o del estado de sacerdote, entonces falta a la Iglesia el medio apropiado para dar validez a sus normas respecto de los que se separan de ella y se reintegran a una situación laica. No obstante el enorme poder de la Iglesia sobre sus miembros, no está hoy dotada de un poder de autoridad, a no ser que el Estado le preste su brazo. Por lejos que pueda ir el poder de una asociación simple en sus órdenes, tiene ésta un límite en lo que respecta a la posibilidad de ejecutar por sí sus normas, límite que se encuentra en la voluntad de los miembros. Le es dable establecer todo un sistema de principios jurídicos para éstos, y hasta fijar determinadas penas. Pero quien no se quiera someter al derecho y a la pena, no puede constreñido por ella a hacerlo. Los medios de que dispone para sancionar sus prescripciones son de un carácter disciplinario. Así, pues, su poder es un poder disciplinario, pero no un poder de dominación. El poder de dominación, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos. El sometido a cualquier poder puede substraerse a él, a menos que se trate del poder de dominación.¹

En síntesis, el poder del Estado se diferencia de todos los demás poderes por su carácter de incondicionado y por su capacidad de ejecutar la coacción para que se cumplan sus mandatos, sin que le sea posible a sus súbditos abandonarlo ni substraerse a su imperio. Así, queda claro que la potestad aduanera no es otra cosa que el poder del Estado aplicado a la regulación del tráfico de mercancías dentro del territorio donde dicho Estado ejerce su poder de dominación o *imperium*.

Siendo el Estado un ser incorpóreo, requiere de los individuos para lograr sus fines; esos individuos, dotados de la autoridad necesaria, son los *órganos* del Estado. Por órganos hay que entender a los hombres que, individual o corporativamente, quedan habilitados por la Constitución y las leyes para querer por la colectividad y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de la colectividad. El órgano es

¹ JELLINEK, G. Teoría General del Estado. Págs.. 348-350.

inmanente al Estado, al punto que ha dicho Jellinek que el Estado no puede existir más que por medio de sus órganos y que si con el pensamiento se le suprimen sus órganos, no quedaría jurídicamente sino la nada, agregando que toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de una asociación, debe ser considerado, en tanto subsista esta relación con la asociación, como instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como *órgano* de la misma.² Es conveniente dejar clara la diferencia entre el órgano y la persona titular del mismo. El órgano como tal no posee personalidad alguna frente al Estado. No existen, pues, dos personas, la del Estado y la del órgano, entre las cuales haya una relación de derecho, sino que Estado y órgano son más bien una unidad. El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Si se eliminan éstos, no nos queda el Estado como titular de ellos, sino que sólo nos resta, jurídicamente, la nada. Por esta razón las relaciones de los órganos se distinguen de toda clase de representaciones; representantes y representados son siempre dos; la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona. El órgano representa al Estado, pero sólo dentro de una cierta competencia. Esta competencia puede, mediante los órganos, llegar a encontrarse frente a frente, esto es, puede haber lucha entre los órganos acerca de los límites de su competencia, y esta competencia puede substanciarse en la forma de un procedimiento judicial, pudiendo el Estado asignar a sus órganos el papel de partes. Jamás los órganos advienen personas: Jefes de Estado, Cámaras, Autoridades, no tienen nunca personalidad jurídica; la única y exclusiva corresponde al Estado. Todas las cuestiones jurídicas suscitadas entre ellos, son cuestiones de competencia nacidas dentro de un solo sujeto. Por lo tanto, son cuestiones de derecho objetivo, no de derecho subjetivo.³ Cuando surjan discrepancias entre dos o más órganos acerca su competencia para conocer de un asunto fiscal, el conflicto será resuelto por el Ministro de Finanzas, si dichos órganos fueran sus subalternos; si uno o varios de ellos no tuvieran esa condición de subalternidad, conocerá del asunto el Tribunal Supremo de Justicia. Si el conflicto de competencia se suscitara entre tribunales que no tengan un tribunal superior común, será dicho Tribunal quien conozca y

² JELLINEK, G. Op. cit. Pág. 441.

³ JELLINEK, G. Op. cit. Pág. 458.

⁴ Artículo 340 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: De los conflictos de jurisdicción o competencia que se susciten entre los funcionarios administrativos, conocerá el Ministro de Hacienda.

decida el asunto.⁴ Si el conflicto se presenta entre una autoridad administrativa y una judicial, el asunto será dirimido por el Máximo Tribunal.⁵

La situación del órgano tiene siempre, naturalmente, como titular a un individuo, que jamás se puede identificar con el órgano mismo. Estado y titular del órgano son, por tanto, dos personalidades separadas, entre las cuales es posible y necesaria una pluralidad de relaciones jurídicas. Así por ejemplo, los derechos y deberes de los funcionarios frente al Estado no son derechos y deberes del órgano, sino del titular del órgano. La retribución la recibe el titular del órgano, no el órgano; del propio modo que las penas disciplinarias se imponen a aquél y no a éste.⁶ La potestad aduanera es, simultáneamente, el poder del Estado aplicado al ámbito aduanero y un conjunto de facultades, asignadas a funcionarios de diverso nivel para que ejerzan ese poder. Para ello, la autoridad u órgano competente podrá, *siempre* en cumplimiento de sus funciones específicas y en procura de lograr los fines que le han sido encomendados, ingresar a almacenes, patios, oficinas, vehículos, y demás lugares sujetos a potestad aduanera, sin autorización especial.

Largamente se ha discutido si el hogar doméstico donde se encuentren mercancías sujetas a potestad aduanera, puede ser visitado por las autoridades aduaneras sin que sea necesaria una autorización judicial. En estos casos, pudiera parecer que existe un conflicto entre la norma que establece la inviolabilidad del hogar y la que autoriza la visita; así es, realmente. La Constitución Nacional preceptúa que el hogar doméstico es inviolable y que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales.⁷ Por su parte, la Ley Orgánica de Aduanas permite la visita sin que sea necesaria autorización especial, cuando el hogar doméstico sirva también de almacén, por lo que estaría está sujeto a potestad aduanera. En primer lugar, debemos notar que la norma constitucional hace solamente dos excepciones a la

Artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: 21. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico. 22. Dirimir las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones, cuando la Ley no atribuya competencia para ello a otra autoridad.

⁵ Ver artículos 74 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

⁶ JELLINEK, G. Op. Cit. Pag. 459

⁷ Ver artículos 225 y 226 del Código Orgánico Procesal Penal.

inviolabilidad: que la visita sea necesaria para impedir la perpetración de un delito y para cumplir decisiones de los Tribunales. La primera de las excepciones no sería aplicable en nuestro caso y la autoridad no podrá realizar la visita sin autorización judicial, pues la condición no es que se haya consumado un delito sino que se vaya a perpetrar y sea menester impedirlo; así, aún cuando las autoridades aduaneras tuvieran pruebas suficientes de que se ha cometido una infracción a las leyes de aduanas y que las mercancías que allí se encuentran son decomisables, no podrán ingresar al lugar por no estar materializado el supuesto de hecho de la norma constitucional; además la norma constitucional es de aplicación preferente y prevalecerá sobre cualquier otra, en virtud del principio de jerarquía de las leyes. En fin, estamos en presencia de un conflicto entre normas de diferente rango que regulan de manera contradictoria un mismo hecho.

Como es lógico, la Ley Orgánica de Aduanas va más allá del simple enunciado de la *potestad aduanera* y faculta a las autoridades aduaneras para realizar una serie de actos materiales⁸ dirigidos a hacer efectiva dicha potestad. Así, nos encontramos con el derecho de ingresar a los sitios públicos o privados donde se encuentren depositadas mercancías; a tomar en prenda los cargamentos hasta tanto hayan sido satisfechos los impuestos, tasas, penas pecuniarias y demás cantidades legalmente exigibles, así como los requisitos legales a que los efectos pudieran estar sujetos, tales como permisos, licencias, certificados u otros señalados en el Arancel de Aduanas; a perseguir y aprehender las mercancías, cuando éstas hubiesen sido retiradas de la zona aduanera sin que se hubieren satisfecho todos los requisitos establecidos en la Ley o en las condiciones a que se sometió su introducción o extracción y no se hubiese pagado el crédito fiscal respectivo; a retener mercancías llegadas a nombre del mismo consignatario o destinatario que estuviese en mora con el Fisco Nacional con motivo del paso de mercancías a través de las aduanas. A lo largo de toda la Ley Orgánica de Aduanas y de las normas de aplicación que de ella se derivan, encontramos al Estado ejerciendo su poder sobre las mercancías, los lugares donde son depositadas y sobre los vehículos que las transportan. Ellos forman la trilogía fundamental sobre la cual operan los servicios aduaneros de todo el orbe; las personas –sujetos de derecho– se vinculan con el derecho aduanero a través de este triángulo,

⁸ Entiéndase por actos materiales aquellos mediante los cuales se realizan o aseguran los fines perseguidos por el derecho. Generalmente, estos actos no producen consecuencias jurídicas.

por lo que podemos afirmar que es a los bienes y no a las personas a los cuales esta rama del derecho público les asigna el papel estelar.

La potestad aduanera en la Ley Orgánica de Aduanas

Nuestro Código Civil establece en su artículo 10 que los bienes muebles o inmuebles, situados en Venezuela, se registrarán por las leyes venezolanas, aunque sobre ellos tengan o pretendan derechos personas extranjeras, mientras que la Convención sobre Derecho Internacional Privado⁹ preceptúa que los bienes –sea cual fuere su clase– están sometidos a la ley de la situación¹⁰.

Convenio y Código coinciden al señalar que las mercancías están sometidas a las leyes del país en el que se encuentran ubicadas, con independencia de los derechos que sobre ellas tengan o pretendan tener personas extranjeras. Así, todas las mercaderías apenas ingresen al espacio aéreo, territorio o mar territorial venezolanos, quedan sujetas a todas y cada una de las normas jurídicas que le sean aplicables y –muy especialmente– a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Aduanas, reglamentos, resoluciones y demás disposiciones aduaneras legalmente dictadas. Para que se efectúe esta sujeción no se requiere una declaración previa del Estado, ni mucho menos de los particulares, por lo que la locución «se someterán a potestad aduanera» que se lee en el artículo 7º de la Ley Orgánica de Aduanas está en tiempo verbal equivocado, futuro en vez de presente. Antes de la reforma, la Ley señalaba que mercancías, equipajes y vehículos «estarán sometidos a potestad aduanera». Con la reforma el imperativo *estarán* es suplido por la forma reflexiva *se someterán*, con lo cual parece indicarse que el sometimiento es un acto a realizarse en el futuro dependiendo del cumplimiento de una oportunidad no señalada.

Los artículos 21 y 9º –en ese mismo orden– de la Ley Orgánica de Aduanas vigente constituyen los polos de la prenda legal a que hicimos referencia anteriormente. El primero dice que las mercancías sólo podrán ser desembarcadas en la zona primaria aduanera, mientras que el segundo señala que no podrán ser retiradas de ella sino mediante el pago de los tributos y el cumplimiento de los requisitos a que pudieran estar sometidas. Uno impone

⁹ Código Bustamante.

¹⁰ Entiéndase la ley de la situación como el conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho positivo de un determinado lugar.

la llegada a zona primaria, mientras que el otro retiene hasta tanto se hayan cumplido los trámites respectivos y satisfechas las obligaciones aduaneras y tributarias.

El ejercicio de la prenda legal no agota la potestad aduanera. Dicha prenda no es más que una de las expresiones de esa potestad, mas no la potestad en sí; este poder no se agota con la orden de retiro emitida por la aduana donde se haya verificado el trámite y ni siquiera en forma automática con el transcurso del tiempo, pues los lapsos señalados en las leyes que regulan la materia son de prescripción y no de caducidad y, por tanto, ésta debe ser alegada, salvo los casos de declaratoria de oficio.

La potestad aduanera opera sobre cosas, ya se llamen vehículos, equipajes, mercancías, semovientes, etc., para autorizar o impedir su desaduanamiento, rematarlas, embargarlas, decomisarlas, perseguirlas y aprehenderlas y, en fin, para hacer que su operación, introducción o extracción se realice con apego a las normas jurídicas aplicables; obra sobre personas, ya se llamen consignatarios, exportadores, agentes de aduana, transportistas, consolidadores, mensajeros internacionales, propietarios reales y tenedores de mercancías, etc., vistos como sujetos de obligaciones aduaneras, deudores o sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria en la que el Estado es el sujeto activo.

Cuando la Ley nos define la potestad aduanera como una *facultad*, lo hace como sinónimo de *poder*, de derecho de hacer o actuar de determinada manera; así, nos encontramos con que la potestad aduanera es el género, mientras que son especies los siguientes derechos:

- Intervenir sobre bienes, equipajes y vehículos de transporte, así como sobre sus aparejos, repuestos, provisiones de a bordo, accesorios e implementos de navegación y movilización de carga y pasajeros;
- Autorizar o impedir el desaduanamiento de mercancías llegadas a las zonas primarias de las aduanas;
- Ejercer los privilegios fiscales, entre los que destacan los señalados en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Aduanas;
- Realizar la determinación tributaria;
- Aplicar las sanciones a que se hagan acreedores los usuarios de las oficinas aduaneras, y;

—Ejercer los controles previstos en la legislación aduanera nacional.

Pero la Ley resulta incoherente y hasta contradictoria en el tratamiento de la potestad aduanera cuando dice en el segundo párrafo del artículo 133: «El jefe de la oficina aduanera podrá relevar de la obligación de caucionar cuando las mercancías cuya importación, exportación o tránsito haya dado lugar a la liquidación recurrida *se encuentren bajo potestad aduanera*»; por su parte, el artículo 14 habla de vehículos excluidos de la potestad aduanera, mientras que el artículo 26 habla de personas que operen recintos, almacenes o depósitos bajo potestad aduanera.

¿Qué es —entonces— para la Ley la potestad aduanera? Los textos señalados nos hacen pensar que la Ley considera que los bienes se encuentran bajo potestad aduanera cuando están depositados en las zonas primarias de las aduanas a la espera de la culminación de los trámites respectivos de y la correspondiente orden de levante. Pero ello no puede ser así, por cuanto la misma Ley en su artículo 6º, al desglosar esa potestad pone como un elemento —entre otros— la de *autorizar o impedir el desaduanamiento*.

Observando el artículo 14 de la Ley Orgánica de Aduanas, surge una obligada pregunta: ¿Cuándo se excluye un vehículo de la potestad aduanera? En criterio de quien esto escribe la potestad cesa cuando el vehículo abandona el territorio nacional y nunca antes, es decir, cuando se encuentra fuera del territorio sobre el cual el Estado ejerce su poder de imperio. Caso contrario, nos encontraríamos con el caso —por demás curioso— de un bien con un estatuto de extralegalidad o, en otra óptica, liberado del vigor de las normas aduaneras.

Con vista al contenido de la Ley, surgen unas preguntas: ¿Cuándo empieza la potestad aduanera y cuándo termina? ¿Es volitiva esta sujeción? Si nos apegamos literalmente al artículo 7º, toda mercancía que en el futuro vaya a ser introducida o extraída del territorio nacional debe someterse a la referida potestad mediante acto o declaración que —textualmente— deben ser previos a esa introducción o extracción. Además, el texto del literal f) del artículo 105 hace pensar que el sometimiento a potestad aduanera es un acto voluntario cuya omisión constituye contrabando agravado.

A título de ejemplo supongamos que unas mercancías son desembarcadas en una playa apartada no habilitada para la importación. Evidentemente los introductores estarían cometiendo delito de contrabando, pero las mercancías no estarían sujetas a potestad aduanera y, en consecuencia,

libres de la aplicación de los controles previstos en la legislación aduanera nacional y de la intervención de las autoridades competentes, lo cual resultaría –a todas luces– un absurdo.

Nos encontramos con la muy ambigua situación de que la Ley define la potestad aduanera de una manera y la aplica de otra. Pero las preguntas no cesan aquí: ¿Cesa la potestad aduanera una vez cumplido el acto de introducción o extracción? En los casos de extracción resulta lógico que el cese ocurra cuando los bienes resulten efectivamente extraídos, es decir, cuando abandonen el territorio nacional, pero ¿Puede aplicarse el mismo criterio a los casos de introducción? La Ley no distingue, pero no es explicable dentro de una concepción lógica que una vez realizada la internación cese el ejercicio de la potestad o, en otros términos, que una vez desaduanados los efectos cese el poder del Estado. De ser así, el control posterior fiscal no tiene asidero y estaremos volviendo a la distante figura del reconocimiento único y definitivo, que tantas situaciones antijurídicas, injustas y absurdas produjo.

El Fisco Nacional

La Hacienda, considerada como persona jurídica, se denomina Fisco Nacional, de acuerdo al texto del artículo 1° de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional; de esta manera, nuestro país acoge la teoría de que el Estado es uno en dos personas: una de poder público que obra por vía de dominio y otra que no está investida de tal poder y hace actos jurídicos ordinarios.

Nuestras leyes utilizan los vocablos Nación y Fisco como sinónimos para referirse a la Hacienda Pública; así, por ejemplo, en el artículo 4° de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional utiliza el término *Fisco*, mientras que en el 8° prefiere utilizar la palabra *Nación*. Por su lado, el artículo 1.335 del Código Civil, al tratar la compensación contra el Fisco, usa esta última voz.

La doctrina señala que el Fisco es el Estado como sujeto de derechos y obligaciones patrimoniales, capaz de realizar las mismas transacciones que realizan los ciudadanos entre sí, bajo la regulación de normas de derecho privado. De esta manera, el Estado puede realizar operaciones tales como arrendar una oficina, comprar unos vehículos, recibir un depósito, etc., sin otras ventajas jurídicas que las que le son acordadas expresamente por las

leyes y que, regularmente, son de naturaleza procesal.

La existencia del Fisco como persona jurídica es de gran relevancia para la relación entre el Estado y los ciudadanos. Antes de que existiera esta ficción, no era posible ninguna exigencia jurídica patrimonial contra el Estado, ya que ellas tendrían, en todo caso, carácter de súplica, pero no de derecho.

La característica fundamental de las personas jurídicas es su capacidad para tener obligaciones y derechos, de la misma manera que los tienen todos los individuos de la especie humana. Mediante una ficción jurídica ampliamente estudiada por la doctrina, es posible que entes colectivos operen como lo harían los seres humanos, con plena capacidad de adquirir obligaciones y ejercer derechos. La condición de persona jurídica del Fisco Nacional opera de pleno derecho, por consagración del artículo 19 de nuestro Código Civil, que establece que son personas jurídicas la Nación, las Entidades políticas que la componen y todos los seres y cuerpos morales de carácter público. A diferencia de las corporaciones, asociaciones y fundaciones lícitas de carácter privado, la personalidad jurídica de la Nación y de los cuerpos morales de carácter público no requieren de protocolización, ya que su condición de tales y su existencia jurídica es establecida directamente por las leyes, sin que se requiera ningún trámite jurídico constitutivo.

Privilegios del Fisco

La persona jurídica *Fisco Nacional*, goza de una serie de privilegios¹¹ establecidos en la legislación civil y en leyes fiscales especiales¹² los cuales, por constituir regímenes de excepción o, en otros términos, excepciones al derecho común, son de aplicación e interpretación restrictiva. Entre esas prerrogativas, podemos citar:

1.- Prohibición de aplicar medidas judiciales preventivas o ejecutivas sobre mercancías, hasta tanto se hayan cumplido los requisitos aduaneros y pagado

¹¹ Artículo 1.866 del Código Civil: Privilegio es el derecho que concede la Ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración a la causa del crédito.

Artículo 1.867 del Código Civil: El crédito privilegiado tiene preferencia sobre todos los demás, inclusive los hipotecarios. Entre varios créditos privilegiados la prelación la determina la Ley, según la calidad del privilegio.

¹² Entre esas leyes fiscales se distinguen la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas.

o garantizado el crédito fiscal correspondiente. En virtud de esta disposición contenida en la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías que se encuentren depositadas en los patios o almacenes de las aduanas, en los almacenes generales de depósito, en almacenes privados fiscalizados o en lugares similares en espera de que se realicen los trámites aduaneros correspondientes y de que se satisfagan los requisitos, impuestos, tasas, intereses moratorios, penas pecuniarias, etc., no podrán ser embargadas, decomisadas, ni sometidas a ninguna otra medida similar. Con esta previsión, el legislador impide que mediante medidas judiciales se puedan extraer mercancías de las zonas de almacenamiento e ingresar a la corriente de bienes, sin que se hayan cumplido los requisitos aduaneros y satisfechos los créditos respectivos.

2.- Derecho a exigir al deudor que le pague con preferencia a otros acreedores, si los hubiere. Así, el Fisco cobra antes que cualquier otro cualquier crédito a su favor que surja con motivo de las operaciones y actos aduaneros. Esta condición privilegiada se mantiene aun cuando las mercancías hayan abandonado las zonas primarias de las aduanas o lugares similares y hasta tanto el crédito fiscal se haya satisfecho o extinguido por prescripción¹³ o por las otras formas establecidas en la ley.

3.- Obligación de los tribunales, registradores y demás funcionarios y autoridades de la República, de prestar gratuitamente los oficios legales de sus ministerios en favor del Fisco Nacional, cuando les sean requeridos por autoridades competentes en razón de sus funciones. Los documentos que dichas autoridades extiendan en favor del Fisco Nacional, se formularán en papel común, sin estampillas y no estarán sujetos a impuestos ni contribuciones.¹⁴

4.- No prestar caución para actuar judicialmente.¹⁵

5.- Inembargabilidad de los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación. Dichos activos tampoco estarán sujetos a secuestro, hipoteca ni ninguna otra medida de ejecución preventiva o ejecutiva. Cuando el juez conozca y resuelva medidas de ejecución contra el Fisco, suspenderán el

juicio y notificarán al Ejecutivo Nacional de tal decisión, a efectos de que

¹³ Ver artículos 39 y 52 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

Artículo 1.952 del Código Civil: La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley.

¹⁴ Ver artículo 14 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

¹⁵ Ver artículo 15 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional

disponga acerca de los términos en que ha de cumplirse lo decidido.

6.- Presunción de que las demandas intentadas contra la Nación y las excepciones que le fueran opuestas han sido contradichas en todas sus partes, cuando sus apoderados o mandatarios no asistan al acto de contestación de la demanda.

7.- Carácter de títulos ejecutivos de las liquidaciones, alcances de cuentas y de las planillas de multas impuestas, las cuales, al ser presentadas en juicio, aparejan embargo de bienes.

8.- Acreedor privilegiado sobre la nave y sus créditos accesorios, por derechos de puerto, pilotaje, canales y otras vías navegables y por otros créditos fiscales distintos a los mencionados.¹⁶

Estos privilegios deben ser ejercidos por las autoridades competentes y el representante, apoderado o mandatario que no los hiciera valer, serán responsables personalmente por los perjuicios que su falta ocasione¹⁷.

El Fisco está exento del pago de impuestos nacionales, por cuanto si en una misma persona se reúnen el deudor y el acreedor, la obligación se extingue por confusión. El Ministerio de Finanzas, de conformidad con el artículo 48 del Código Orgánico Tributario, declarará tal circunstancia cuando resulte aconsejable. Es de hacer notar que esta es la verdadera y única razón por la cual el Fisco no está sujeto al pago de impuestos, pues hasta la fecha no existe texto en nuestro derecho positivo, que lo exceptúe de la obligación de pagar los impuestos a que pudieran quedar sujetas sus actividades patrimoniales.

La competencia en materia de aduanas

¹⁶ Ver artículos 4º y 5º de la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales.

¹⁷ Ver artículos 3º y 8º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

¹⁸ Para José R. Dromi «la competencia es la aptitud legal de los órganos públicos para ejercer las facultades y atribuciones que le corresponden en vista a los fines de la actividad estatal. La competencia es una consecuencia de la organización administrativa, que se materializa en el conjunto de facultades que en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo, puede un órgano legítimamente ejercer.» (Acto Administrativo. Ejecución, Suspensión y Recursos. Pág. 77.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia dice que competencia es la «atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto».

La competencia¹⁸ es «el ámbito de actuación legítimamente reconocida por la Ley a los órganos de la Administración»¹⁹ o, en otras palabras, es la facultad expresa para actuar, conferida por ley a un órgano de la Administración.

Es de tal importancia la competencia, que resulta aconsejable tanto para los funcionarios como para los administrados, revisarla con anterioridad a cualquier trámite o consideración. Los primeros, para conocer los linderos de su capacidad de actuación; los segundos, para evitar dirigirse a órganos de la Administración no investidos de la autoridad necesaria para conocer de su asunto, con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo para todos.

La competencia en materia de aduanas está acordada por nuestra legislación aduanera al Ejecutivo Nacional, al Presidente de la República en Consejo de Ministros, al Ministro de Hacienda, al Jefe de la Administración Aduanera, a los jefes de las aduanas, a los reconocedores y a los Fiscales Nacionales de Finanzas. Los nombrados son los que José Araujo Juárez llama órganos de decisión (decidentes), en contraposición a los llamados órganos de instrucción o tramitación (instructores). Los primeros, a decir de dicho autor, son los titulares de las competencias, mientras que los segundos se limitan a proporcionar al órgano decidente los elementos de juicio para dictar la decisión.²⁰

Usualmente, las atribuciones acordadas al Ministro de Finanzas son delegadas en el funcionario que encabece jerárquicamente el servicio aduanero, lo cual es viable por autorización contenida en la Ley Orgánica de la Administración Central, en lo atinente a las atribuciones comunes a todos los ministros. Además, la firma de ciertos actos se acuerda a éste y a funcionarios de menor jerarquía.

Mientras las leyes autorizan a los citados funcionarios para **hacer** y **actuar**, facultan para **dirimir** los conflictos que pudieran presentarse entre la Administración y los administrados al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa y para aplicar las penas corporales establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas a los tribunales de juicio.²¹

¹⁹ RONDON DE SANZO, Hildegard. Procedimiento Administrativo. Pág. 222.

²⁰ ARAUJO JUAREZ, José. Principios Generales del Derecho Administrativo Formal. Pág. 158.

²¹ Ver artículo 103 del Código Orgánico Procesal Penal.

Competencia del Tribunal Supremo de Justicia

El Tribunal Supremo de Justicia es el más alto tribunal de la República y la máxima representación del Poder Judicial. Contra las decisiones que dicte en Pleno o en alguna de sus Salas, no se oirá ni admitirá recurso alguno.²² A este altísimo tribunal le está acordado conocer, entre otros, la *acción de nulidad* contra los actos aduaneros de la Administración dirigidos a un número indeterminado de personas (actos de efectos generales), como podría ser el que establezca o modifique una tasa o imponga una restricción al tránsito por territorio nacional. Es también competencia de la Corte conocer de las demandas intentadas contra los actos de la administración aduanera de efectos particulares, mediante el denominado *recurso contencioso-administrativo de anulación*, cuya interposición es procedente cuando el acto administrativo adolezca de alguna irregularidad, ya sea con respecto a la competencia, a los trámites esenciales de procedimiento o a la forma o cuando el órgano administrativo haya incurrido en *desviación de poder*, es decir, haya utilizado voluntariamente su poder con el objeto de lograr un fin distinto a aquel para el cual le ha sido conferido. Además, al Tribunal Supremo le está acordado conocer el *recurso de plena jurisdicción*, que procede para reparar daños y perjuicios causados a las personas en oportunidad del ejercicio de las funciones públicas o cuando es menester restablecer situaciones jurídicas subjetivas lesionados por la actividad de la Administración.

Compete también al Tribunal Supremo de Justicia conocer en tercera y última instancia de las causas por contravención a las leyes fiscales que se tramiten por el **juicio ordinario** a que se refiere el Capítulo III del Título XII de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, por mandato expreso de su artículo 273 y, además, conocer de las apelaciones y recursos de hecho contra las decisiones de las Cortes de Apelación.

Competencia del Presidente de la República

El Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y el Jefe de la Administración Aduanera son los funcionarios con mayor cúmulo de atribuciones en el ramo aduanero, correspondiendo al primero, en Consejo de Ministros:

²² Art. 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

- *Crear y eliminar aduanas*

El Presidente está facultado para crear o eliminar aduanas, ya sean principales o subalternas, determinar las operaciones y actividades aduaneras que en ellas se puedan realizar (habilitarlas) y establecer la porción de territorio sobre la cual tendrán jurisdicción (zonas primaria y secundaria).

La competencia para habilitar las aduanas no debe ser confundida con la atribución del Ministro de Hacienda de permitir que actividades y operaciones aduaneras se efectúen en sitios distintos a los señalados por el derecho positivo. Este funcionario puede autorizar que operaciones y actividades aduaneras se realicen en lugares diferentes a las zonas primarias, sin que ello deba entenderse como que esos lugares quedan habilitados, ni siquiera temporalmente; lo contrario sería admitir las operaciones y actividades aduaneras pueden realizarse general y permanentemente fuera de las zonas primarias. Si observamos ambas atribuciones desde el ángulo del derecho administrativo, no nos será difícil establecer que esta competencia del Presidente de la República se manifiesta mediante acto administrativo de carácter general, mientras que la del Ministro hace lo propio a través de acto de carácter particular, previo análisis de los alegatos y circunstancias expuestas por el peticionario.

La Ley Orgánica de Aduanas establece que las operaciones aduaneras relativas al transporte multimodal, carga consolidada y mensajería internacional deben realizarse en los lugares y rutas habilitados para ello. La adición del término rutas que hizo la Ley de Reforma produce una situación anfibológica que obliga a un comentario. ¿Qué quiere decir la Ley? Acaso que cuando las importaciones, exportaciones o tránsitos se realicen utilizando transporte multimodal, carga consolidada o mensajería internacional los lugares deben estar habilitados para la operación de que se trate o —por el contrario— que los lugares donde se realicen operaciones aduaneras con tales modalidades deben estar habilitados para admitir dichas peculiaridades. De ser lo primero, el artículo resultaría ocioso por obvio; de ser lo otro, nos encontramos con la curiosa situación de que tales actividades se vienen realizando en lugares no habilitados y, por ende, con prescindencia de importantes requisitos legales.

- *Promulgar el Arancel de Aduanas*

En este caso el Presidente de la República produce el acto administrativo *decreto* a que se contrae el artículo 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. El término *promulgar* debe entenderse, en este caso, en un doble sentido: uno, como aprobación conforme a derecho y, otro, como publicación, resultando conveniente distinguir la facultad de promulgación, exclusiva del Presidente, de la de modificación que le compete al Ministro de Hacienda. Así, un nuevo Arancel de Aduanas debe ser promulgado por el Presidente, pero las modificaciones a dicho instrumento son competencia del Ministro de Hacienda previo informe al Consejo de Ministros y sin que se requiera su transcripción íntegra, a pesar del señalamiento en sentido contrario del artículo 5º de la Ley de Publicaciones Oficiales. Estamos ante la legal pero poco ortodoxa circunstancia de que un Decreto pueda ser modificado por un acto administrativo de menor jerarquía (Resolución), pero sometido a informe previo al Consejo de Ministros y exceptuado de la obligación de publicación completa con las reformas que hubiere sufrido. De esta manera el legislador resolvió asuntos prácticos derivados de la dinámica del comercio internacional, que impone a las autoridades decisiones cuya efectividad dependen en gran medida de su celeridad. Por otra parte, se tomó en cuenta que la publicación íntegra del Arancel de Aduanas cada vez que se reforme resultaría en extremo onerosa y complicada, dado el gran volumen de dicho instrumento y la perentoriedad del inicio de la vigencia de las modificaciones acordadas.

- *Crear zonas francas y puertos libres*

Corresponde a este funcionario lo relativo a la creación de zonas francas y puertos libres, figuras de carácter aduanero utilizadas por el Estado para aprovechar, en buena parte de los casos, ubicaciones territoriales privilegiadas o para impulsar el desarrollo de territorios económicamente deprimidos. Estas zonas, bien industriales o comerciales, son porciones del territorio nacional sujetas a un régimen aduanero especial consistente en la exención de impuestos de importación y de supresión total o parcial de restricciones a dicha operación. En las zonas francas industriales los efectos son sujetos a perfeccionamiento y pueden ser exportados, o internados al resto del territorio mediante el pago de los impuestos correspondientes a la porción extranjera. En las zonas francas comerciales las mercancías apenas

son sujetas a las manipulaciones necesarias para su conservación o para el mejoramiento de su presentación; por lo demás, es usual que los bienes producidos en el resto del territorio nacional y destinados a estas zonas, sean liberados del pago de impuestos internos, tales como los que pechan a licores, fósforos, cigarrillos, etc.

Esta atribución es —cuando menos— de dudosa constitucionalidad, pues otorga a un funcionario de la Administración una competencia que está constitucionalmente reservada a la ley, dado que la creación de zonas francas y puertos libres constituye una concesión de exenciones y exoneraciones de carácter general. Este fue el criterio que privó con motivo del establecimiento de la desaparecida zona franca del Estado Nueva Esparta, en cuya oportunidad el Congreso Nacional dictó una Ley que autorizaba al Ejecutivo para crearla.

- *Reglamentar establecimientos y almacenes aduaneros*

Compete también al Presidente de la República lo relativo a la reglamentación de establecimientos y almacenes aduaneros cuyos impuestos y tasas hayan sido liberados, o suspendidos los requisitos a que pudieran estar sujetos. Esta atribución parece ser innecesaria por redundante, por estar previamente establecida en la Constitución Nacional;²³ nadie niega que la liberación de impuestos y las limitaciones y regulaciones a la libertad son materias de reserva legal, es decir, atribuidas exclusivamente a la ley, como tampoco que la atribución presidencial de reglamentarlas es de carácter constitucional.

- *Fijar las tasas*

Corresponde también al Primer Magistrado fijar las tasas que deban pagar los usuarios por servicios prestados fuera de las horas y días hábiles, así como las remuneraciones que deban recibir los funcionarios prestatarios de dicho servicio; fijar la tasa por servicios de aduana, es decir, la que deben pagar los usuarios por la determinación del régimen al que están sometidas las mercancías objeto de operación aduanera; establecer la tasa de almacenaje o, en otras palabras, las cantidades que se deban pagar por el uso de almacenes, patios y demás dependencias de la aduana para el almacenamiento de

²³ La reglamentación de las leyes es una inveterada atribución presidencial.

mercancías y determinar las tasas que deben pagar los contribuyentes por las clasificaciones arancelarias consultadas.

La unidad de cuenta para la fijación de las tasas es la unidad tributaria (UT), en lugar del bolívar o unidad monetaria.²⁴ De esta manera se evita que con el transcurso del tiempo las cantidades a pagar por los usuarios de los servicios pierdan la debida relación con los gastos en que debe incurrir la Administración para prestarlos. Sirva como ejemplo de esta circunstancia el artículo 125 *in fine* de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual dice: «Por las copias certificadas se cobrarán dos bolívars por el primer folio y cincuenta céntimos por cada uno de los restantes, en beneficio de los empleados que hayan intervenido en su expedición.»

- *Aumentar, rebajar y suprimir tarifas arancelarias*

Es competencia del Presidente aumentar hasta el límite máximo legalmente permitido, rebajar o suprimir las tarifas de importación, exportación o tránsito de mercancías originarias, procedentes o destinadas a determinado país, países o personas. A través de esta facultad presidencial, el Estado venezolano puede favorecer o restringir el comercio internacional con otros estados, de acuerdo a los intereses internacionales de la República. Cabe resaltar que esta facultad lo que permite es aplicar a uno o varios estados un tratamiento distinto al aplicable a la generalidad de ellos; entendamos que esta facultad atiende a la procedencia o destino de los bienes y no a los bienes en sí, por lo que se percibe como un instrumento de política internacional cónsono con la competencia de dirigir la política internacional de la Nación otorgada por la Constitución al Jefe del Estado.²⁵ En cuanto a la posibilidad de que esa atribución esté dirigida ya no a países si no a personas, es una

²⁴ Artículo 229 del Código Orgánico Tributario: A los efectos tributarios se crea la unidad tributaria que se fija en el monto de un mil bolívars (Bs. 1.000,00). Esta cantidad se reajustará a comienzos de cada año por resolución de la Administración Tributaria, previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del senado y de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, sobre la base de la variación producida en el índice de Precios al Consumidor (IPC) en el área metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, que publicará el Banco Central de Venezuela antes del 15 de enero de cada año.

En consecuencia, se convierten en unidades tributarias o fracciones de las mismas, los montos establecidos en las diferentes leyes y reglamentos tributarios, con inclusión de este Código.

²⁵ Artículo 236 de la Constitución: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 4º- Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

²⁶ «Cláusula: Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier

sabía previsión del legislador, quien tuvo en cuenta la posibilidad de que un grupo de personas no constituidas en país, pero sí como factores de política internacional, pudieran ser beneficiados o reprimidos. Por otra parte, dicha previsión legislativa deja abierta la posibilidad –por ejemplo– de que venezolanos residentes en el extranjero puedan ser beneficiarios de tratamientos preferenciales en cuanto a las mercaderías producidas por ellos y destinadas al consumo en territorio nacional.

- *Establecer cláusulas de salvaguardia*

Son restricciones a los beneficios pautados a favor de terceros mediante tratados, convenios o acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales, aplicables en caso de necesidades de la balanza de pagos, problemas en un sector de la economía interna, dificultades en el abastecimiento, inconvenientes en el área de seguridad nacional o para contrarrestar prácticas desleales en el comercio internacional.

Estas medidas pueden tener carácter de contingentamientos, prohibiciones, establecimiento aumento de impuestos, derechos compensatorios, gravámenes antidumping u otras similares dirigidas a defender, amparar o proteger intereses nacionales.

Cuando las cláusulas revistan carácter de contribuciones, éstas deberán adecuarse a los límites establecidos en la ley; de esta forma se reitera el principio de que la ley fija la franja impositiva y la Administración queda autorizada para fijar la alícuota correspondiente.

Por definición, las cláusulas²⁶ de salvaguardia son parte de los tratados, acuerdos o convenios internacionales y su aplicación constituye medida excepcional que debe ser justificada ante la otra u otras partes contratantes; tienen carácter temporal y pueden ser invocadas y aplicadas no sólo ante un daño ocurrido, sino ante la inminencia de un perjuicio. Así, las cláusulas de salvaguardia pueden tener carácter corrector cuando erradican una situación dañina, o preventivo, cuando impiden anticipadamente que el inminente perjuicio ocurra.

Así –por ejemplo– si un país realiza una fuerte devaluación de su

otro documento análogo, público o particular.» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

²⁷ Según el Diccionario de la Real Academia, Reglamento significa «Colección ordenada de

moneda, las demás partes contratantes, previendo los efectos de este hecho, pueden invocar las cláusulas correspondientes, hasta tanto la situación cese o se produzcan correctivos de más largo alcance. Si el problema planteado no tuviera solución previsible en un plazo prudencial, siempre queda expedita la vía de la denuncia del tratado, acuerdo o convenio, por razones de interés nacional y en ejercicio de la soberanía que es característica inherente al Estado.

- *Crear zonas de vigilancia aduanera*

Las zonas de vigilancia aduanera son porciones del territorio nacional dentro de las cuales la permanencia y movilización de mercancías están sujetas a medidas especiales de vigilancia aduanera, destinadas a evitar la comisión de contravenciones a la normativa correspondiente.

En estas zonas pueden prohibirse determinadas actividades, tales como la movilización de determinadas mercancías, la producción o depósito de otras, el ingreso de ciertos vehículos o la realización de algunas actividades económicas propensas a la comisión de ilícitos aduaneros.

Dentro de estos ámbitos geográficos pueden establecerse requisitos especiales para la movilización de bienes, tales como permisos previos, utilización de determinados contenedores, precintado, contingentamientos y similares.

Estas zonas pueden ser herramientas valiosas en la lucha contra el contrabando de extracción, dado que para el momento en que éste se consuma ya el cargamento se encuentra fuera de la jurisdicción de las autoridades nacionales, salvedad hecha de los casos de frustración. Se dificultaría la comisión de este delito si se prohibiera el traslado de mercancías por vías cercanas a las fronteras que no condujeran a una oficina aduanera habilitada para la exportación, o si se establecen registros de transportistas que faciliten su plena identificación o si se tomaran medidas similares de regulación de movilización de mercancías.

Estas áreas deben estar perfectamente delimitadas, no sólo mediante las necesarias cartas geográficas, sino también mediante puestos de control y señales en las vías regulares de acceso que indiquen inequívocamente su existencia; caso contrario, este régimen de supervigilancia puede prestarse a todo género de abusos y ser fuente de innumerables agresiones al ejercicio

el derecho de propiedad, de comercio y tránsito.

- *Modificar el lapso para que se produzca el abandono legal*

La Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para que modifique el lapso señalado en ella para que se produzca el abandono legal, es decir, el abandono que se produce por la inacción del consignatario o exportador en el retiro de los cargamentos de las zonas primarias o de los lugares donde se encuentren almacenados a la espera del cumplimiento del trámite aduanero respectivo. Esta modificación deberá hacerse mediante Decreto que deberá firmar el Presidente de la República y refrendar el o los ministros a quienes corresponda la materia.

- *Establecer, mediante Reglamento²⁷, las causales de suspensión de autorizaciones para actuar como Agente de Aduana*

Por mandato constitucional el Presidente de la República puede reglamentar las leyes sin alterar su espíritu, propósito o razón. Tal facultad presupone la existencia de una ley, pues en su ausencia esta facultad rebasaría los límites del precepto constitucional e invadiría la función legislativa que es propia de las Cámaras del Congreso Nacional como cuerpos colegisladores. Tal parece ser el caso planteado por la Ley Orgánica de Aduanas, con el agravante de que la definición de los tipos penales es materia de reserva legal.

Pero lo que es peor, esta disposición legal arremete frontalmente contra el principio de que no hay delito sin tipicidad y nos retrotrae a la prehistoria del derecho penal pues «antes de la revolución liberal, que surgió con los albores del Siglo XVIII, el arbitrio judicial era tan amplio que cualquier comportamiento considerado lesivo de intereses humanos, a juicio del juzgador, era susceptible de sanción. La inseguridad jurídica que una tal concepción implicaba, creó una beligerante reacción que se concretó más tarde, por obra de juristas y pensadores liberales, en la normativización de ciertas conductas (matar a alguien, sustraer cosa ajena, etc.) a las cuales se adscribió una determinada sanción; fue este el comienzo de una corriente

reglas o preceptos, que por autoridad competente se da para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio.»

²⁸ Reyes E., Alfonso. La Tipicidad. Pag. 17.

de humanización del derecho penal que cada vez amplió y mejor concretó aquellos hechos humanos susceptibles de punición. Por esta vía se llegó, hasta los comienzos del siglo XIX, a la conquista de dos principios fundamentales, a saber: 1º) Las penas deben estar precisamente señaladas en la ley; 2º) Sólo es punible el hecho descrito en la ley y sancionado con una pena.»²⁸

La Ley Orgánica de Aduanas, antes y después de la reforma, se empeña en preterir la máxima penal *nullum crimen, nulla poenae sine lege*, así como los más elevados principios del derecho penal moderno: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*. Es doctrina universal que no puede aplicarse una pena por un delito o falta cometidos sin la existencia previa de una ley que describa en abstracto esa conducta humana como tal delito o tal falta. Así, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice en su numeral 2 «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.»²⁹ En el mismo sentido se pronuncia la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa: «VIII. La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.»

En conclusión, a la ley formal y solamente a ella le corresponde definir el tipo penal, es decir, «la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.»³⁰

Otro asunto que debe ser observado es que la Ley en análisis fue reformada mediante Decreto con fuerza y rango de ley dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la habilitación que le confirió el Congreso de la República para legislar en materia económica y financiera. Como es obvio, la descripción de los tipos delictivos realizada no encaja dentro de los límites de la habilitación; esta facultad presidencial –como cualquier otro régimen de excepción– debe ser interpretada y aplicada restrictivamente, para no incurrir en el desaguisado de hacer excepciones a lo que ya es de por sí excepcional.

²⁹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

³⁰ Reyes E., Alfonso. Op. Cit. Pág. 23.

Por último, es conveniente resaltar que el Presidente de la República al modificar los derechos aduaneros, no vulnera la reserva legal a que están sometidos los impuestos y contribuciones, pues es el caso que la Ley que confiere la atribución fija el hecho imponible,³¹ la alícuota, la base imponible y el sujeto pasivo³² de la obligación, dejando al funcionario la fijar la alícuota entre un límite máximo y uno mínimo. Así, por ejemplo, cuando la Ley Orgánica de Aduanas confiere la atribución de fijar la tasa por servicios de aduana, establece que la alícuota podrá oscilar entre un máximo y un mínimo, que la base imponible es el valor de las mercancías y que el sujeto pasivo es el usuario del servicio, adecuándose de un todo a las exigencias constitucionales y a los requerimientos legales.

Además, no basta que los citados actos administrativos del Presidente sean realizados con estricto apego a la competencia conferida; además de ello, es menester que dichos actos sean conocidos por todos, dado que a todos van dirigidos, por lo que son de publicación obligatoria en la Gaceta Oficial, por disposición expresa del artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Competencia del Ministro de Hacienda

La Exposición de Motivos³³ de la Ley Orgánica de Aduanas trata lo relativo a la competencia aduanera del Ministro de Hacienda, así: «Desarrollando el principio contenido en el ordinal 9º del artículo 136 de la Constitución, se atribuye luego al Ministerio de Hacienda lo relativo a la organización, funcionamiento y régimen del servicio, precisándose cuáles actividades lo conforman. El objetivo principal de las correspondientes disposiciones radica en evitar dualidades y confusiones causadas hasta ahora por la

~~Artículo 36 del Código Orgánico Tributario: El hecho imponible es el presupuesto establecido por la Ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación.~~

³² Artículo 19 del Código Orgánico Tributario: Es sujeto pasivo el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.

³³ Tómesese nota de que la Ley Orgánica de Aduanas vigente desde enero de 1999 es la misma promulgada el 18/9/78, reformada mediante Decreto con fuerza y rango de Ley. Por ello seguiremos tomando en cuenta la Exposición de Motivos en todo cuanto no haya sido suprimido o modificado.

Artículo 156 de la Constitución: Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...15.El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.

Posteriormente, esta facultad fue conferida al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

³⁴ Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Aun cuando una

multitud de organismos públicos que intervienen con ocasión del tráfico de mercancías a través de las oficinas aduaneras. En este sentido se ha reservado al Ministerio de Hacienda lo que directamente concierne al control fiscal en aduanas: ejercicio de la máxima autoridad sobre los funcionarios que le están adscritos, entre los cuales se ratifica la inclusión de los miembros del resguardo; creación y eliminación de oficinas aduaneras; dirección, supervisión, inspección y fiscalización en el ramo; prevención, persecución y represión del contrabando y otras irregularidades; experticias y análisis técnicos sobre clasificación arancelaria y valoración aduanera; capacitación, selección y supervisión del personal técnico; actuaciones administrativas referentes a los instrumentos jurídicos aduaneros; intervención en materias de carácter internacional relacionadas con los asuntos de su competencia; participación directa en esas materias cuando se trate de acuerdos de carácter exclusivamente aduaneros; e instrucciones al personal del servicio exterior cuyas labores ordinarias se relacionen con el control fiscal respectivo, a fin de detectar posibles evasiones y hechos ilícitos, cuya represión exige acciones urgentes. Especial significación dentro de estos aspectos adquiere la facultad de implantar unidades para la tramitación de determinados procedimientos administrativos: con ello se persigue abrir la posibilidad, de acuerdo a la naturaleza e importancia del asunto, de canalizar el trámite en oficinas especializadas, como podría ser una unidad de contraloría interna, o para el procesamiento de los juicios administrativos, o para los trámites sobre remuneraciones a denunciantes y aprehensores de contrabandos, o para el control de los convenios internacionales del ramo, o para la supervisión de determinadas personas beneficiarias de un régimen aduanero preferencial o excepcional. Otra norma que requiere especial aclaración es la que permite dictar las normas aduaneras requeridas por las nuevas modalidades del transporte internacional; es tal el dinamismo y variedad que presenta este tópico, que la prudencia exige dejar al Ministerio de Hacienda una facultad para acometer las futuras reformas y dictar las medidas necesarias en estos casos; ejemplos concretos del avance logrado hasta ahora, están configurados por las recientes prácticas internacionales sobre furgones o contenedores, consolidación de carga y transporte multimodal o intermodal.»

Son muchas las previsiones legislativas con respecto a las facultades del Ministro de Hacienda en materia de aduanas, pero sólo abordaremos algunas de manera directa, tomando en consideración su importancia o complejidad; acogiéndonos a esta idea, nos encontramos con lo siguiente:

- *Rebajar y eximir penas incorpóreas*

La Ley Orgánica de Aduanas cuya vigencia cesó en enero de 1999, autorizaba al Ministro de Hacienda a rebajar o eximir las penas de multa, comiso y demás sanciones previstas en dicha Ley, previa demostración de ausencia de intención dolosa en el contraventor. La reforma del 04/11/98, elimina esa facultad y con ello nos retrotrae a la situación establecida por la Ley de Aduanas de 1957, que nada establecía respecto a la gracia administrativa.

Este perdón es en casi todas las legislaciones del mundo una forma de atenuar el rigor de las penas establecidas las leyes fiscales, cuya aplicación sin *sindéresis* puede dar lugar a situaciones de verdadera injusticia. No obstante, la eliminación de esa atribución ministerial no debe verse como absoluta, pues si bien desaparece con motivo de la reforma, subsiste en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública como facultad del Ejecutivo Nacional.

Por lo demás, el ejercicio de la atribución en estudio no es absolutamente discrecional, como no lo es ningún acto de la Administración; en el caso que nos ocupa la rebaja y exención de las penas y sanciones establecidas en las leyes fiscales queda estrictamente sometida a la concurrencia de circunstancias que demuestren falta de intención dolosa en el contraventor, las cuales deben quedar claramente establecidas y comprobadas en el cuerpo del expediente que se levante al efecto. La comprobación de la ausencia de intención de dañar es paso previo e imprescindible para que proceda la gracia, pues la facultad del funcionario está condicionada, sin lugar a dudas, a la ausencia de intención y a la comprobación de esa ausencia por parte de la Administración.

Anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia universales y ahora el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³⁴ establecen límites a la discrecionalidad del funcionario, al imponerle que su actuación debe, en todos los casos, mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma. Jean Rivero,

disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

³⁵ RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Pág. 88.

en su Derecho Administrativo, expresa, al referirse a la discrecionalidad: «Ya no existen más *actos administrativos enteramente discrecionales*. Se designa así al acto respecto del cual la legalidad no impondría ninguna condición a la administración, y que escaparía, por consiguiente, a todo control jurisdiccional; el Consejo de Estado ha dejado de admitir la existencia de tales actos desde comienzos del siglo XX (C. E., 31 de enero de 1902, Grazietti, S., 1903, III, P. 113, nota Hauriou). Todo acto, en efecto, está sometido como mínimo a dos condiciones impuestas por el derecho; una, relativa a la autoridad competente para dictarlo; y la otra, relativa al fin que él debe perseguir, y que necesariamente es el interés público; en relación a estos dos puntos, al menos, la administración está siempre reglada».³⁵ Así pues, la concesión de la gracia administrativa no puede ser producto de la apreciación arbitraria del funcionario sino que, por el contrario, el supuesto de hecho (hecho que produce un efecto jurídico) debe ser probado y adecuadamente calificado, para no incurrir en *vicio en la causa*. Por otra parte, el Ministro queda sometido a la obligación de adecuar su actuación a la finalidad perseguida por la norma legal, so pena de caer en *desviación de poder*,³⁶ lo cual hace el acto anulable, de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

- *Conceder exoneraciones totales o parciales de impuestos aduaneros*

Corresponde al Ministro de Hacienda ser órgano del Ejecutivo Nacional en la concesión de exoneraciones totales o parciales de impuestos aduaneros, es decir, de los impuestos que se causen con motivo de la verificación de los presupuestos de hecho determinados por la ley en virtud de las operaciones de importación, exportación o tránsito de mercancías.

Por cuanto el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República y los demás funcionarios que determinen la Constitución y las leyes, debemos entender que es el Ejecutivo quien concede el beneficio, mientras que es el Ministro de Hacienda quien en nombre y representación del primero evalúa las circunstancias de hecho y derecho expuestas por el petionario y otorga o niega el beneficio.

Las exoneraciones se conceden en ejercicio de una competencia eminentemente condicionada o, en otras palabras, especialmente reglada;

³⁶ Incurre en desviación de poder el funcionario que aparta su actuación del fin que la norma pretende alcanzar.

³⁷ Artículo 1.394 del Código Civil: Las presunciones son las consecuencias que la ley o el

el otorgante debe verificar que están dados todos los supuestos de hecho señalados en la Ley, que el solicitante tiene las cualidades legalmente exigidas y que la situación agroindustrial del país aconsejan —cuando se trate de bienes agrícolas o industriales— el sacrificio fiscal.

- *Fijar precios oficiales*

La Ley faculta a este Ministro para fijar, precios oficiales que sirvan de base imponible mínima para el cálculo de los impuestos *ad valorem*. Esta facultad deberá ejercerse mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial, con un término previo a su aplicación (*vacatio legis*), por cuanto modifica un impuesto al afectar su base imponible; caso contrario, se aplicará el término establecido en la Constitución. Cabe preguntarse si los precios oficiales obligan al contribuyente y si la declaración de una base imponible inferior a la establecida por ellos, conlleva la aplicación de la multa de *dobles derechos* establecida la Ley Orgánica de Aduanas. En primer lugar, la resolución del Ministro de Hacienda que fija precios oficiales es un acto administrativo de carácter general, de obligatorio cumplimiento desde el inicio mismo de su vigencia, cuyo contenido —por haber sido oficialmente publicado— se presume³⁷ (presunción *iure et de iure*) conocido por todos, y cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento.

Dado que la Ley establece que la fijación de precios oficiales tiene carácter excepcional, las resoluciones que los establezcan deben expresar las razones tenidas por el Ministro para considerar que la situación reviste tal carácter; así, estamos en presencia de un acto administrativo reglado, sujeto a la existencia comprobable de circunstancias excepcionales, que sólo puede ser dictado cuando el conjunto de circunstancias indiquen que se está en presencia de una situación de precios fuera de lo común. Además, si a estos precios se les confiere carácter temporal por vía reglamentaria, el lapso de su vigencia es de caducidad, independientemente de que puedan ser prorrogados una o múltiples veces.

Debemos cuidarnos de confundir el precio oficial y el precio mínimo de referencia. El primero es público y obligatorio, pero el segundo tiene carácter ~~reservado para la administración~~, no constituye acto administrativo ni se Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.

Artículo 1.395 del Código Civil: La presunción legal es la que una disposición especial de la ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos.

³⁸ Artículo 3 del Código Orgánico Tributario: Las órdenes e instrucciones internas impar-

puede presumir conocido, por no haber sido publicado con las formalidades establecidas en la ley; por consiguiente, los precios mínimos de referencia no sirven de fundamento para presumir obligaciones ni para aplicar sanciones,³⁸ dado que son simples circulares o instrucciones de servicio, a las que no se les puede conferir otra importancia que la de ser útiles a los reconocedores y a los funcionarios encargados del control posterior del valor para facilitar la detección de fraudes. Al respecto se ha dicho: «Con el nombre de circulares, o de *instrucciones de servicio*, se designan las comunicaciones por las cuales un superior jerárquico, normalmente el Ministro, hace del conocimiento de sus subordinados sus intenciones sobre un punto relativo a la ejecución del servicio o a la interpretación de una ley o de un reglamento. La circular es, en principio, un acto puramente interno destinado solamente a los agentes del servicio que deben sujetarse a la misma, en virtud de la obediencia jerárquica, pero sin efecto, en relación con los administrados, quienes seguramente los ignoraban antes de que la ley del 17 de julio de 1978 viniera a organizar su publicación. Sin embargo, aunque ellos estén informados, de las circulares, no pueden prevalecerse de su violación, ni pedir su anulación. De todos modos, ha sucedido que mediante la forma de circulares, Ministros hayan modificado la situación de los administrados; en este caso, el Consejo de Estado no ha dudado en encontrar, en la circular, una verdadera decisión reglamentaria, contra la cual ha declarado admisible el recurso por exceso de poder...»³⁹ Al respecto, opina Carre de Malberg: el principio constitucional que prohíbe a la autoridad administrativa actuar sin poder legal, entraña, según determinada doctrina, una limitación importante en lo que concierne al funcionamiento interno de los servicios administrativos. Esta doctrina, que ha tenido su principal desarrollo en la literatura alemana, consiste en distinguir dos clases de actos u órdenes administrativas: unos que han de producir efecto con respecto a los administrados, bien sea que se refieran al conjunto de los administrados o que solamente afecten a uno de ellos; y otros que se refieren únicamente a los agentes administrativos y no conciernen sino a los asuntos interiores de la administración. Ahora bien, se ha dicho que únicamente en las relaciones de la autoridad administrativa con los ciudadanos es donde la actividad administrativa se subordina a la condición de fundarse en una determinación y autorización de la ley. En cuanto a los

tidas por los órganos administrativos a sus subordinados jerárquicos no son de obligatoria observancia para los contribuyentes y los responsables.

³⁹ RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Págs. 101 y 102.

ciudadanos, en efecto, el actual régimen del Estado legal implica esencialmente que nada podrá ordenárseles sino en virtud de una prescripción legislativa, pues la ley constituye la única base de la relación de sujeción y del deber de obediencia que obliga a los ciudadanos con respecto a la autoridad administrativa y les impone la obligación de conformarse a los mandamientos de esta última; por consiguiente, cualquier medida administrativa que por su naturaleza pueda afectar a los administrados ha de tener su fuente en la ley y sólo de ella puede tomar su fundamento obligatorio. Otra cosa ocurre en lo que se refiere a las medidas de administración que sólo deben aplicarse en el interior del organismo administrativo, particularmente en lo que se refiere a los mandamientos que reciben los agentes administrativos de sus superiores jerárquicos, al menos cuando dichos mandamientos sólo se refieren a los agentes y sólo a ellos obligan. Se trata de aquí de órdenes de servicio que emite la autoridad administrativa superior en virtud de su poder jerárquico, pues los impone no ya al público, sino a sus propios subordinados. Puede tratarse de órdenes generales, que tengan carácter reglamentario, o de órdenes individuales, que prescriban a un agente tal o cual acto determinado. Los agentes tienen la obligación de ejecutar esas órdenes aun cuando el superior que las emita no pueda fundarlas en ningún texto legal. A diferencia de los demás ciudadanos, el agente administrativo, en efecto, no solamente se encuentra obligado por el deber de obediencia cívica que subordina a todos los súbditos a la potestad general del Estado, bajo la condición, por lo demás, de que dicha potestad sea de un Estado legal, sino que, como agente del orden administrativo, se encuentra además colocado en una relación de sujeción particular que proviene de sus deberes jerárquicos, al implicar la jerarquía, para los jefes de servicio, el poder de mandar a sus subordinados dentro del servicio. Resulta de aquí que las medidas administrativas cuyo efecto no ha de extenderse fuera de la esfera de acción interna de la administración, no necesitan depender de una habilitación legislativa, pues el mandamiento administrativo adquiere aquí su fundamento en la potestad propia de la autoridad administrativa, y saca su fuerza jurídica del especial deber de obediencia de los agentes llamados a ejecutar. Pero, entiéndase bien, esta orden de servicio, al no tener valor más que en virtud de la sujeción particular en que se encuentran los agentes administrativos, no puede producir efecto respecto a los administrados.⁴⁰ Sin embargo, debe observarse que estas órdenes o circulares van construyendo una práctica administrativa y una forma de interpretación de la ley tributaria

que de alguna manera pueden afectar al contribuyente, aun cuando no resulte directamente sujeto a ellas. Esta dilatada teoría ha sido plenamente acogida por el Código Orgánico Tributario, al señalar en su artículo 3 que las órdenes e instrucciones internas impartidas por los órganos administrativos a sus subordinados jerárquicos no son de obligatoria observancia para los contribuyentes y los responsables.

- *Establecer estímulos a la exportación*

Las exportaciones son promovidas por casi todos los países del mundo, en virtud del cúmulo de beneficios que reportan a sus economías: disminución de los costos de producción, mediante la más amplia distribución de los costos fijos; aumento de la demanda de mano de obra; mejoras de sus balanzas comercial y de pago y, en fin, una serie de dividendos que se traducen en mayor bienestar para la población. Por ello, la Ley atribuye al Ministro de Hacienda el establecimiento de incentivos a esta operación que se pueden traducir en liberación, anulación y reintegro de gravámenes, eliminación de restricciones y de otras obligaciones de carácter aduanero, así como regímenes de reposición, de depósito aduanero y demás estímulos aplicables en aduanas.

Entre dichos mecanismos de promoción de las exportaciones, destaca por su universalidad e importancia el mecanismo de reintegro de impuestos de aduanas conocido como *drawback*, explicado con gran claridad en el anexo E.4 del Convenio Internacional para la Simplificación y Modernización de los Regímenes Aduaneros, así: «Cuando los productos importados han pagado los derechos e impuestos de importación y se han exportado posteriormente después de haber experimentado una transformación, una elaboración (o en ciertos casos, una reparación), podrán con frecuencia ponerse a la venta en los mercados extranjeros a precios más competitivos si dichos derechos e impuestos han sido reembolsados en el momento de la exportación. El régimen del *drawback* prevé facilidades a este respecto. Dado, si embargo, que dicho reembolso podrá fomentar la importación de mercancías de origen extranjero cuyo equivalente exista en el mercado interior, podrá ser necesario combinar este derecho al reembolso con ciertas restricciones que afecten a determinadas categorías de mercancías o a determinadas operaciones de transformación o de elaboración. Corresponderá a cada país precisar, en la

⁴⁰ CARRE DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. Págs. 473 y 474.

medida necesaria, el campo de aplicación del drawback.»

Si intentamos una definición del *drawback*, podríamos decir que es un régimen aduanero consistente en el reintegro total o parcial de los impuestos pagados por la importación de mercancías, cuando dichas mercancías son transformadas o utilizadas en la producción o transformación de bienes efectivamente exportados.

La doctrina comenta la posibilidad de que dicho reintegro se haga en virtud de la reexportación de efectos en el mismo estado en que fueron importados, pero con sujeción a ciertos requisitos y condiciones especiales que, a criterio de quien esto escribe, deben establecerse taxativamente en actos administrativos de carácter general, pues la discrecionalidad en asuntos tan sensibles puede derivar en gruesas pérdidas para el Fisco Nacional.

Esta figura aduanera presenta el especial inconveniente de requerir controles muy precisos ejercidos por una administración aduanera muy eficiente y organizada, capaz de detectar con toda exactitud la veracidad de las declaraciones de los administrados que pretendan disfrutar de dicho tratamiento. Por su parte, los usufructuarios deben cumplir cabalmente con obligaciones que coadyuven a la labor fiscalizadora de las autoridades encargadas de administrar el incentivo, quienes podrán exigir una contabilidad con el grado de detalle necesario y las cuentas que se requieran para la determinación de la procedencia del beneficio. En todo caso, corresponderá al peticionario probar suficientemente que se inscribe dentro los supuestos de hecho para que su solicitud, en este sentido, sea atendida favorablemente.

Para el establecimiento del *drawback*, debe atenderse a dos premisas fundamentales: que su aplicación resulte beneficiosa para la economía nacional y que no sea atentatoria contra los intereses de la industria venezolana, dado que una mala implementación de esta figura puede inducir a la sustitución de productos nacionales por los importados, revirtiéndose en negativa la pretendida intención de beneficiarla.

- *Inhabilitar aduanas temporalmente*

Mientras la Ley acuerda al Presidente de la República la facultad de crear y eliminar aduanas, deja al Ministro de Hacienda la atribución de inhabilitarlas *temporalmente* en lo referente a los actos y operaciones que

se señalen en la Resolución que se dicte al efecto. Del texto mismo de la norma se deduce que la inhabilitación no puede ser total, sino dirigida a determinados actos u operaciones; así, una aduana originalmente habilitada para realizar operaciones de importación, exportación y tránsito puede, en virtud del texto comentado, ser restringida *temporalmente* a efectuar sólo las operaciones de importación y exportación. Igualmente, la oficina aduanera (principal o subalterna, indiferentemente) podría ser restringida, de manera igualmente temporal, a realizar actos tales como la habilitación para trabajar fuera de días y horas hábiles, o para prestar servicios en sitios distintos a la zona primaria, etc.

- *Organizar los servicios aduaneros de inspección, fiscalización y resguardo*

Corresponde también a este funcionario la organización, programación y ejercicio de la inspección, fiscalización y resguardo aduaneros. A decir del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el servicio de inspección comprende las medidas adoptadas para hacer cumplir las leyes y los reglamentos fiscales por las oficinas y empleados encargados de su ejecución, mientras que el servicio de fiscalización comprende las medidas adoptadas para que estas mismas disposiciones legales sean cumplidas por los contribuyentes, es decir, por los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifica el hecho imponible de la obligación tributaria, ya sean personas físicas o jurídicas, o entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional.

En sentido estricto, el resguardo es el cuerpo de empleados que custodian un sitio, litoral o frontera para que no introduzca contrabando o matute.⁴¹ A este respecto dice la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional:

- *Establecer de regímenes aduaneros especiales*

Una de las atribuciones más complejas e interesantes otorgadas por la Ley Orgánica de Aduanas al Ministro de Finanzas, es la relativa al establecimiento de regímenes especiales en determinadas aduanas o secciones del territorio aduanero nacional, ya sea respecto a todas o algunas mercancías,

⁴¹ Ver el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴² Artículo 3 de la Ley relativa a la Informática, los Archivos y las Libertades (Francia): «Toda

operaciones aduaneras, transportistas, unidades de transporte, destinatarios y usuarios.

¿Qué debemos entender por régimen aduanero especial? Para analizar este asunto, vamos a contrastar lo ordinario y lo especial. Por ordinario debemos tener el régimen regular o usual a que están sometidas mercancías, territorios, operaciones aduaneras, transportistas, unidades de transporte, destinatarios y usuarios o, lo que en otras palabras, podríamos llamar régimen aduanero general; sería entonces régimen especial aquel que por disposición de las autoridades competentes y con autorización de la ley, se aplica a mercancías, territorios, operaciones aduaneras, transportistas, unidades de transporte, destinatarios y usuarios, con prescindencia y/o sustitución total o parcial de las regulaciones que, en su conjunto constituyen, el régimen ordinario. Cabe aclarar que la especialidad queda limitada por la condición de que no constituya pérdida o disminución del irrenunciable control a que están obligadas las aduanas de la República.

Analizando esta atribución a la luz del contexto del derecho positivo aduanero y de sus instituciones fundamentales, consideramos procedente ser reiterativos en cuanto a que los regímenes especiales afectan las formas, pero no el fondo de la actividad aduanera, pues caso contrario podría resultar que la implantación de tales regímenes derivara en menoscabo del control aduanero, produciendo un cúmulo de calamidades de toda índole.

- *Autorizar a la Administración Aduanera para que las operaciones y actividades aduaneras se efectúen mediante el uso de medios electrónicos*

El empleo de computadoras y otras herramientas electrónicas e informáticas para el tratamiento y archivo de la información que se produzca con motivo de la realización de operaciones y actividades aduaneras, debe aprobar las pruebas de la legalidad y de la seguridad jurídica y preservar los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad que deben caracterizar la actividad administrativa.

Tal como dicen los franceses en su Ley relativa a la Informática, los Archivos y las Libertades, la informática deberá estar al servicio del ciudadano y no deberá atentar contra la identidad humana, ni los derechos del hombre, ni la vida privada ni las libertades individuales o públicas

Tentativamente y siguiendo el modelo francés, consideraremos

tratamiento automatizado de información aduanera el conjunto de operaciones realizadas por medios automáticos, relativas a la colecta, registro, elaboración, modificación y destrucción de informaciones, así como al conjunto de actividades de igual naturaleza que hicieran referencia a la explotación de archivos de computadora o bases de datos y las interconexiones e integraciones, consultas o comunicaciones aduaneras.

El derecho a la defensa no debe sufrir mengua por la informatización del servicio aduanero y con tal fin deben tomarse las previsiones necesarias para que quienes tengan que ejercer recursos administrativos o jurisdiccionales gocen de todos los derechos y garantías que establecen la Constitución, las leyes orgánicas de Procedimientos Administrativos y de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otra norma legal que garantice o perfeccione el ejercicio de este derecho. En este orden de ideas, el acceso al expediente⁴² y su impresión sobre papel deben quedar garantizados; el sistema que se estructure debe ser capaz de facilitar la producción de actos administrativos que llenen todas las formalidades establecidas en la legislación y producir documentos físicos que permitan probar ante las autoridades que lo requieran que las mercancías fueron lícitamente internadas al país.

Venezuela adolece de normas jurídicas que regulen el fenómeno informático, pero las leyes de países tales como Francia, España, Suecia, Portugal, Alemania y Estados Unidos de Norteamérica, además del Convenio de Estrasburgo⁴³ del 28 de enero de 1981, abordan el asunto con sentido humanístico y muestran su disposición de que el uso masivo de las computadoras no atente contra los derechos humanos ni lesione la vida privada de los ciudadanos.

persona tiene derecho a conocer e impugnar las informaciones y los razonamientos utilizados en tratamientos automatizados cuyos resultados fueren invocados en contra de la misma.»

⁴³ El Convenio para la Protección de las Personas en Relación con el Tratamiento Automatizado de datos de Carácter Personal (Estrasburgo, 28/01/81), dice en su artículo 1: El fin del Presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada parte, a toda persona física, cualesquiera que fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y en especial de su derecho a la intimidad, con respecto al tratamiento automático de los datos de carácter personal que le concernieren.

⁴⁴ El término reexportación, si bien es impropio desde el punto de vista gramatical, pues induce a pensar que significa volver a exportar, ha sido adoptado por el argot aduanero para

Competencia del Jefe de la Administración Aduanera

La Ley acuerda al Jefe de la Administración Aduanera competencia para dirigir, supervisar, planificar, ejecutar, coordinar, organizar, programar, autorizar, conceder y diseñar diversas actividades del Servicio y situaciones aduaneras. De todas ellas veremos sólo las que consideramos relevantes en la medida en que ponen a la Administración a decidir sobre asuntos externos a la Administración Aduanera, es decir, sobre tópicos que afectan la actividad de los consignatarios y exportadores, pero no sin antes señalar que la Ley aborda una serie de asuntos que son más propios de reglamentos e instrucciones referentes a las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de las dependencias aduaneras que a una ley con rango de orgánica.

- *Autorizar la enajenación, con fines distintos a los autorizados, de efectos importados con liberaciones o suspensiones de impuestos*

En otra parte de este libro, al tratar las operaciones aduaneras que versen sobre mercancías exentas, liberadas o restringidas, se hicieron consideraciones de fondo acerca de la propiedad real y la propiedad aduanera de las mercancías. La primera adquiere importancia cuando la operación aduanera se realice a la sombra de un régimen de excepción que acuerde beneficios tributarios o exija requisitos extraordinarios para su perfeccionamiento, pues son las cualidades del propietario real las que se toman en cuenta para conceder los beneficios o extender las autorizaciones necesarias.

De allí que la disposición de los efectos cuyos impuestos hayan sido liberados o suspendidos en condiciones diferentes a las esgrimidas en la oportunidad en que se hizo la solicitud de liberación o suspensión y se otorgó el beneficio, provoque una nueva intervención del Estado a través de su órgano competente para evaluar la nueva situación y tomar las providencias del caso.

La Ley sanciona severamente el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se concedió la liberación de gravámenes aduaneros. Si tal previsión legal no hubiese sido tomada, se produciría un tráfico indebido de mercancías liberadas entre quienes cumplan los requisitos para obtener el beneficio y los que no lo hagan, con lo cual quedaría desvirtuada la potestad estatal de utilizar este medio para incentivar algunas actividades económicas

beneficiosas para el desarrollo del país cediéndolo a un comercio ilegal de liberaciones ajeno a toda idea de expansión económica.

- *Reexportación⁴⁴ con promesa de anulación o reintegro de impuestos*

La Ley faculta al Jefe de la Administración Aduanera para conceder autorización para reexportar mercancías bajo promesa de anulación o reintegro del monto de los impuestos arancelarios causados y de las penas pecuniarias que pudieran haber sido aplicadas, cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. Esta atribución sólo versa sobre mercancías cuya consignación haya sido aceptada, es decir, que tenga un consignatario aceptante; caso contrario, el derecho de reexportar se ejerce mediante la simple manifestación de voluntad del consignatario expresada ante el Jefe la aduana respectiva, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas.

Del texto en cuestión se desprenden varios asuntos que vale la pena comentar. La norma habla de *promesa* de anulación o reintegro del monto de los impuestos arancelarios causados; ello significa que el funcionario queda autorizado a prometer la anulación o reintegro, promesa que se hará efectiva una vez realizada la reexportación y nunca antes. Estamos en presencia de un acto administrativo cuyos efectos quedan sujetos al cumplimiento de una condición por parte del interesado; de ahí que el legislador haya utilizado la palabra *promesa*, expresando con ella la condición futura de la anulación o reintegro solicitados. El texto legal deja claro también que el derecho a reexportar bajo dicha figura, procede aun cuando se hayan cancelado los impuestos arancelarios, quedando también claramente precisado que las tasas y otros impuestos deberán ser satisfechos, así como las penas pecuniarias que se hubieren aplicado, si estas últimas no quedaran expresamente comprendidas como anulables o reintegrables en la decisión administrativa correspondiente. Cabe señalar, además, que esta atribución únicamente puede ejercerse sobre mercancías de importación que no hayan sido retiradas de la zona aduanera o de otros lugares bajo control aduanero directo, tales como Almacenes Generales de Depósito, almacenes privados fiscalizados, etc.

significar exportación de mercancía importada, y en ese sentido lo utilizamos en este libro.

⁴⁴ Lo usual es llamar Administradores de Aduana a los jefes de las aduanas principales y jefes

Pero, ¿qué sucedería si una vez autorizada la reexportación, ésta no se efectúa por razones atribuibles al administrado? ¿Debe la Administración esperar indefinidamente que el beneficiario de la concesión proceda a cumplir la parte que le corresponde? Los actos administrativos son susceptibles de extinción por omisiones del interesado, suscitándose lo que la doctrina llama caducidad del acto. En el caso concreto analizado, si el beneficiario de la promesa no acciona para reexportar los efectos, éstos caerán en estado de abandono legal una vez transcurrido el lapso correspondiente, consumándose en ese momento la caducidad o extinción del acto que acordaba el beneficio.

- *Autorizar la realización de operaciones aduaneras en sitios distintos a los establecidos*

En principio, todas y cada una de las actividades que en su conjunto conforman las operaciones aduaneras, deben realizarse en las zonas primarias de las aduanas, ya sean éstas principales o subalternas. Pero se da el caso de que por razones de oportunidad y conveniencia puede resultar necesario que esas tareas tengan que efectuarse en lugares no habilitados, en cuyo caso es necesario contar con la autorización del órgano competente.

El ejercicio de esta facultad no constituye creación temporal de aduanas y ni siquiera habilitación momentánea de una porción del territorio. Es, simple y llanamente, la capacidad para autorizar que un embarque específico sea internado o extraído en un lugar distinto a la zona primaria de una aduana, pero siempre bajo la supervigilancia de la oficina aduanera principal en cuya zona secundaria se realice la respectiva operación.

Competencia de los jefes de las oficinas aduaneras⁴⁵

Dejando a un lado las atribuciones que otras leyes le confieren al jefe de la aduana, en su condición de supervisor del personal de su oficina aduanera, o como funcionario público sujeto a los preceptos de variadas leyes, nos

de oficina a los de las aduanas subalternas. En virtud de que la Ley Orgánica de Aduanas no usa la frase Administrador de Aduana, sino la de Jefe de la Aduana, independientemente de la calidad de principal o subalterna de ella, nos apegaremos, a lo largo de este libro, a los términos utilizados por el legislador.

⁴⁶ Artículo 68 de la Ley Orgánica de Aduanas: Las mercancías no podrán ser rematadas sin que se haya efectuado su reconocimiento.

referiremos únicamente a las atribuciones que se le son conferidas por la Ley Orgánica de Aduanas. Corresponde a este funcionario:

1. Ordenar la realización de nuevos reconocimientos cuando lo considere necesario, o bien a solicitud razonada del consignatario, o cuando los efectos presenten condiciones de peligrosidad o estén sujetos a inmediata descomposición o deterioro o cuando se sospeche la existencia de alguna incorrección o ilicitud, ya fuese en el acto anterior o sobrevenida.

Aun cuando la Ley no lo dice expresamente, debemos entender que el consignatario deberá tener y expresar razones suficientes para influir en el ánimo del Jefe de la Aduana a objeto de que ordene un nuevo reconocimiento. No basta que considere que los resultados del acto le son desfavorables; deberá alegar razones técnicas, de hecho y de derecho, con la entidad suficiente para lograr su cometido. De no ser así, los segundos reconocimientos estarían determinados por el capricho o el interés del peticionario y no por su derecho a exigir la plena y correcta aplicación de la ley.

2. Ordenar el reconocimiento de mercancías que vayan a ser rematadas.⁴⁶ Este reconocimiento tiene como objeto determinar la base imponible, tarifa y régimen legal que correspondan a los efectos, pues de ellos depende tanto el monto del crédito fiscal como su adjudicación al Fisco cuando los bienes estén afectados por prohibiciones o restricciones.

3. Ordenar los remates de mercancías abandonadas y cuidar de que dicho acto se realice con estricto apego a la normativa legal correspondiente. Además, deberá hacer lo conducente para que el consignatario aceptante reciba el monto de dinero que resulte de sustraer al producto del remate los gastos y créditos fiscales; cuando dicho producto no cubra cuanto se adeude, deberá ordenar la emisión de las planillas de liquidación a cargo del consignatario aceptante y realizar las gestiones de cobro necesarias para satisfacer los créditos. Tanto el pago como el cobro sólo serán procedentes cuando exista sujeto pasivo constituido por haber aceptado la consignación o haber declarado las mercancías ante la aduana con carácter de exportador.

4. Aplicar las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas, que no estuviesen atribuidas a otras autoridades judiciales o administrativas.

5. Autorizar, cuando sea procedente, la devolución de los depósitos efectua-

⁴⁶ Artículo 143 de la Ley Orgánica de Aduanas: Los depósitos deberán efectuarse en una oficina receptora de Fondos Nacionales. Las cantidades depositadas no ingresarán al Tesoro

dos en las oficinas receptoras de fondos nacionales por los consignatarios o exportadores.⁴⁷

6. Informar al Ministerio de Hacienda acerca de las fianzas permanentes que le sean presentadas, y aceptar las eventuales cuando resultaran procedentes.

7. Firmar los actos que sean resultados del ejercicio de su competencia.

8. Autorizar el levante⁴⁸ de mercancías, una vez realizados todos los actos preparatorios que –en su conjunto– conformen la operación aduanera en desarrollo. En este caso y ante los particulares, el Jefe de la Oficina representa al Estado y la autorización que concede constituye un acto administrativo que únicamente puede ser atacado o modificado por los medios establecidos en las leyes. Así, es este funcionario quien actuando como órgano del Estado, queriendo por el Estado, se pronuncia a favor del ingreso de los cargamentos a las zonas secundarias, realizados como hayan sido los trámites respectivos y satisfechas las correspondientes obligaciones tributarias. Caso contrario, incurre en responsabilidad civil, penal y administrativa y deberá –entre otras cosas– resarcir al Fisco de los daños materiales causados por su negligencia o imprudencia.

9. Ordenar el reconocimiento de efectos que presenten condiciones de peligrosidad, amenacen la integridad de otras mercancías o de las personas, instalaciones y equipos o estén sujetas a descomposición o deterioro, aun cuando éstas no hayan sido declaradas o no se haya aceptado aún la consignación.

10. Tomar las medidas necesarias para la protección de los intereses fiscales, en los casos de accidentes de navegación y conocer de ellos, en los términos establecidos por la legislación.

11. Autorizar el retiro de mercancías sobre las que pesen sanciones pecuniarias y se hayan interpuesto recursos, «previa cancelación o garantía del monto correspondiente a los impuestos de importación, tasa por servicios

Nacional hasta tanto no sean directamente imputadas al pago de las respectivas planillas de liquidación, pero no podrán ser devueltas al depositante sin autorización del jefe de la aduana, cuando ello sea procedente.

⁴⁸ El término levante es utilizado aquí, como el acto mediante el cual la aduana autoriza al consignatario o exportador para retirar las mercancías de la zona primaria de la aduana, una vez realizados los trámites y cumplidas las obligaciones respectivas.

de aduana y demás impuestos y recargos adicionales».

12. Releva a los recurrentes de la obligación de caucionar la liquidación, contribución o multa cuando las mercancías «se encuentren bajo potestad aduanera». Como veremos más adelante, las mercancías que se encuentran en el territorio nacional siempre están bajo dicha potestad, al igual que bajo el imperio de las demás leyes vigentes que les sean aplicables.

Competencia de los funcionarios reconocedores

1. Efectuar, de manera exclusiva y como condición imprescindible para su validez, el reconocimiento de mercancías, en cuyo acto tendrán carácter de fiscales de la Hacienda Pública Nacional. Tal carácter los constituye en representantes naturales del Fisco y les confiere las atribuciones señaladas en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, entre las que destaca la de exigir la presentación de libros, facturas, conocimientos, correspondencia y demás documentos cuando tengan indicios de que se defraude al Fisco o de que ejercen clandestinamente industrias gravadas.

Los reconocedores gozan del carácter de Fiscales Nacionales sólo durante el reconocimiento, por lo que no les está dado ejercer como tales fuera de tal circunstancia; así, si un reconocedor realiza visitas de fiscalización a empresas aduciendo para ello cualidad de Fiscal, excedería los límites de su competencia y los actos administrativos que produjera resultarían nulos.

2. Aplicar las sanciones a que se hagan acreedores los consignatarios aceptantes, remitentes, transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, mensajeros internacionales y exportadores y fijar su cuantía cuando aquéllas se encuentren comprendidas entre un límite mínimo y otro máximo.

3. Firmar los documentos resultados de los actos de su competencia.

Competencia de los fiscales nacionales de hacienda

Sin perjuicio de las atribuciones conferidas a los Fiscales de Hacienda por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y otras leyes, corresponde a estos funcionarios:

1.- Seguir el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional para los casos de contrabando.

-
- 2.- Remitir al juez competente, los expedientes que hubieren incoado en casos de contrabando.
 - 3.- Aplicar por sí mismo las penas incorpóreas cuando no se trate de casos de contrabando.
 - 4.- Formular reparos cuando se hubiesen cancelado derechos aduaneros inferiores a los exigibles y ordenar la liquidación de los derechos diferenciales.

CAPITULO IV VEHICULOS DE TRANSPORTE

Tráfico de Mercancías

Las mercancías sometidas operaciones aduaneras deben movilizarse o ser movilizadas de un territorio aduanero a otro, traspasar la frontera de uno o varios países y ser objeto de variadas actividades materiales y legales. En la realización de ese traslado intervienen diferentes personas, cada una de las cuales juega un papel coadyuvante a la realización del proceso.

Las personas y vehículos que realizan tráfico internacional de mercancías, entendiendo como tráfico la movilización de los efectos de un país a otro, son tratados por la normativa aduanera sólo en cuanto es necesario para el ejercicio de los controles respectivos. No podría ser de otra manera, por cuanto esa movilización se produce en buena parte en territorios extranjeros o en espacios internacionales, no sujetos a la soberanía del Estado en el cual se haya de realizar la operación aduanera de que se trate. Muchas de esas actividades son reputadas por las legislaciones como actos de comercio y, en consecuencia, reguladas por las leyes aplicables a los comerciantes, sin que ello obste para que influyan, en mayor o menor grado, en el régimen jurídico-aduanero aplicable a las mercancías.

Tipos de vehículos

Los vehículos utilizados para el transporte internacional de mercancías pueden ser aéreos, terrestres o acuáticos.

Son aeronaves todos los vehículos capaces de elevarse, sostenerse y transitar en el aire, destinados al transporte de personas o cosas¹

¹ Ver artículo 17 de la Ley de Aviación Civil.

Son vehículos de carga terrestre los diseñados para el transporte de mercancías sobre vías carreteras.

Son buques o naves² todas las embarcaciones que tengan medios fijos de propulsión y estén destinadas al tráfico por las aguas territoriales o interiores o por el mar libre entre puertos nacionales o del extranjero o entre éstos y aquellos. Las gabarras, grúas, botes y diques, casas, embarcaderos y dragas flotantes y demás construcciones sin autonomía de movimiento, no se considerarán como buques sino como accesorios de navegación.

Nuestra Ley de Navegación, en su artículo 10, clasifica a las naves o buques, de la siguiente manera:

De vapor: todo buque o nave mayor de cien (100) toneladas, impulsado por máquina de vapor, aun cuando simultáneamente emplee velas con el mismo fin.

Motonave: todo buque o nave mayor de cien (100) toneladas cuya propulsión sea por medio de cualquier clase de motor que no sea de vapor, aun cuando simultáneamente emplee velas con el mismo fin.

De vela: todo buque que emplee la fuerza del viento como medio de propulsión, aunque ocasionalmente, para entrar o salir del puerto, efectuar maniobras o recorrer porciones de agua de difícil travesía, utilice motores de borda.

Lancha a vapor: todo buque o embarcación menor de cien (100) toneladas, cuya propulsión sea por máquina de vapor, aun cuando al mismo tiempo emplee velas.

Lancha a motor: todo buque o embarcación menor de cien (100) toneladas, que use para su propulsión cualquier clase de motor, aun cuando simultáneamente emplee velas con el mismo fin.

² Artículo 612 del Código de Comercio: Se considera nave, para los efectos de este Libro, (Libro Segundo) todo buque destinado a traficar por mar, de un puerto a otro del país o del extranjero.

Bajo la palabra nave se comprenden, además del casco y quilla del buque, los aparejos correspondientes a él.

El nombre aparejo designa los palos, botes, anclas, cables, jarcias, velamen, mástiles, vergas y todos los demás objetos fijos y sueltos que, sin formar parte del cuerpo de la nave, son indispensables para su servicio, maniobra y navegación. No se comprende en él el armamento que no sea de uso habitual de la nave, ni las vituallas ni pertrechos.

La nacionalidad de los vehículos

A los efectos de nuestro estudio, los vehículos de transporte quedarán distinguidos como nacionales o extranjeros.

Las aeronaves tendrán la nacionalidad del Estado en que estén matriculadas, según lo establecido en el artículo 17 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, aprobado por Venezuela en 1977 ; por mandato legal, sólo las personas naturales o jurídicas de nacionalidad venezolana, pueden inscribir en el Registro Aéreo de la República de Venezuela y matricular aeronaves destinadas a servicios públicos de transporte aéreo.

Son buques mercantes venezolanos, los inscritos en la Marina Mercante Nacional (artículo 13 de la Ley de Navegación); para realizar tal inscripción, la propiedad del buque debe corresponder a un ciudadano venezolano o a una comunidad donde, por lo menos, un cincuenta por ciento (50%) sea propiedad plena de ciudadanos venezolanos domiciliados en el país, haberse satisfecho todos los requisitos aduaneros establecidos en la legislación para la importación de este tipo de bien y pagados los derechos correspondientes. En virtud del privilegio, preferente a cualquier otro, establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Aduanas, las autoridades marítimas de la República deberán abstenerse de inscribir en el Registro de la Marina Mercante Nacional a los buques o naves originarios del extranjero que no hayan sido nacionalizados desde el punto de vista aduanero, es decir, cumplido con todos los trámites inherentes a la importación de mercaderías. Debe observarse que la única diferencia, desde la óptica aduanera, entre la nacionalización de una nave llegada al país por su propio impulso y la de cualquier otra mercancía, es que en el primer caso no existe ni será exigible el conocimiento de embarque pues, como es obvio, no se produce la relación entre cargador y Capitán, ni los demás supuestos que son necesarios para la emisión de este documento.

El artículo 21 de la Ley de Navegación es del tenor siguiente: En el caso de buques construidos o adquiridos en el exterior, las formalidades para la inscripción en el Registro de la Marina Mercante Nacional serán cumplidas ante el respectivo Cónsul de Venezuela, quien remitirá a la Capitanía de Puerto donde debe inscribirse, todos los datos relacionados con dicha inscripción. El Cónsul de Venezuela, una vez concluidas aquellas formalidades, expedirá al buque un pasavante que surtirá los efectos de Patente o Licencia de Navegación hasta la llegada del buque a un puerto nacional. El

buque provisto del respectivo pasavante usará la bandera venezolana en el viaje a Venezuela desde el país extranjero en que aquél le fue expedido por el Cónsul respectivo. Al arribar el buque a puerto venezolano, se procederá a su inscripción ante la correspondiente Capitanía de Puerto y a solicitar la Patente, Licencia de Navegación o Permiso Especial, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Capítulo.

El texto legal transcrito, facilita sobremanera el control de las aduanas sobre las naves adquiridas en el exterior con el objeto de ser incorporadas en el Registro de la Marina Mercante Nacional. Por una parte, deben viajar a Venezuela bajo bandera venezolana, pero como está dicho, sin patente, licencia o permiso especial de navegación; por otro lado, deben obtener del Cónsul venezolano respectivo y portar un pasavante que suple dichos documentos durante ese viaje. Entonces, cuando la correspondiente oficina aduanera observe que un buque abanderado no tiene licencia, patente ni permiso especial, debe deducir que se trata de un *destino a consumo* y no de una operación de transporte de carga destinada a puerto nacional. De inmediato debe acordar las medidas que estime pertinentes en resguardo de los intereses fiscales e impedir la salida del buque de la zona aduanera hasta que se hayan realizado los trámites aduaneros para su nacionalización.

Además, cabe observar que el Capitán, al hacer la solicitud de permiso de zarpe ante el Capitán de Puerto, debe, en todos los casos, anexar el Despacho Aduanero, en cuya ausencia no le está permitido a la autoridad marítima conceder lo solicitado.³

Desde tiempos remotos, la nacionalidad de los buques ha sido tomada muy en cuenta por los estados y por los individuos y, en la actualidad, dicha característica puede tener repercusiones económicas y jurídicas de variada entidad, tales como:

- a.- La navegación de cabotaje está reservada a las embarcaciones de matrícula nacional que, además, cumplan con lo establecido en el artículo 7º de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional.
- b.- Los cargamentos sujetos a *reserva de carga*, únicamente podrán ser transportados en buques mercantes nacionales, salvo las excepciones establecidas en la Ley.

³ Ver el Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de la República, de fecha 20 de julio de 1.951.

⁴ Esta figura es conocida por el derecho marítimo como *monopolio del pabellón*.

- c.- Los importadores y exportadores de carga general, deberán transportar, por lo menos, la mitad de ellas, en buques de matrícula nacional.⁴
- d.- Las importaciones realizadas por órganos del Poder Público nacional, estatal o municipal, o por intermedio de organismos crediticios del Estado, deberán efectuarse en buques de su propiedad o de empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva. Asimismo, quedan sujetas a este requisito, las importaciones sujetas a licencia previa, las favorecidas con el denominado *aforo estadístico*, así como las que gocen de exoneraciones, franquicias o beneficios de tipo cambiario, impositivo, aduanero o de cualquier otra índole, incluyendo aquellas provenientes de radicaciones de capital, en cuya virtud se concedan tales exoneraciones, franquicias o beneficios.
- e.- Todo lo relativo al derecho de *paso inocente*, regulado por la Sección III de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, aprobada por Venezuela el 26 de julio de 1961.
- f.- El derecho a ser protegidos por el gobierno de su país, a que les sea prestado el concurso de las autoridades administrativas y militares del mismo y a ser asistidos por los buques de guerra de su nación.
- g.- A disfrutar del privilegio de extraterritorialidad, de tal forma que los delitos cometidos a bordo del buque quedan sometidos a las leyes de su país, aun cuando hubiesen sido cometidos en puertos extranjeros.⁵
- h.- Los buques venezolanos –particularmente– tienen la obligación de recoger a bordo, de acuerdo con los medios de que dispongan, a los tripulantes venezolanos que se encuentren abandonados en puerto extranjero donde no haya oficina consular venezolana.
- i.- Obligación de izar la bandera de su nacionalidad.
- j.- En caso de guerra, cada uno de los países beligerantes puede apoderarse de los buques del otro, ya fueran éstos oficiales o privados, pero no deberán hacerlo con los buques neutrales.

⁵ Artículo 5º de la Ley de Aviación Civil: Se someterán a las leyes venezolanas los hechos y actos jurídicos que ocurran a bordo de las aeronaves venezolanas durante el vuelo, fuera del territorio venezolano, a menos que aquellos sean de tal naturaleza que atenten contra la seguridad y el orden público del Estado extranjero subyacente; los actos delictuosos de cualquier aeronave sobre territorio extranjero, cuando produzcan efecto en territorio venezolano o se pretenda que lo tengan en éste, y los actos jurídicos ocurridos en aeronaves extranjeras que vuelen sobre territorio venezolano.

⁸ Artículo 94 del Código de Comercio: Factor es el gerente de una empresa o establecimiento

k.- Las situaciones jurídicas a que la explotación de los buques puedan dar lugar, pueden resultar influenciadas desde el punto de vista del derecho internacional, tanto por la nacionalidad del buque como de las personas intervinientes en la relación.

El Capitán

El Capitán es el encargado del gobierno y dirección de la nave⁷, es factor de su propietario y representante de los cargadores, en todo lo relacionado con la nave misma y con la carga en ella contenida. Al ser *factor*⁸ del propietario, es un mandatario con representación, actuando por cuenta y en nombre de aquél.

Pero la figura del Capitán va más allá de la de simple gobernante de la nave y representante del armador; las leyes le confieren ciertas atribuciones y responsabilidades que trascienden la simple relación contractual con su empleador. Hay quien ha dicho que *«es el dueño, después de Dios, del navío»*.

En cierta forma, la figura del Capitán ha perdido importancia con motivo de los espectaculares avances de las comunicaciones, la velocidad del transporte y por la manera en que están organizadas las empresas dedicadas al tráfico internacional de mercancías que tienen, en cada puerto importante del mundo, representantes que se encargan de una serie de asuntos que antes correspondían al Capitán de la nave. Pero, aunque parezca contradictorio esta figura ha ganado, simultáneamente, trascendencia, en atención al elevado valor de las naves, de los cargamentos que transportan, así como del número de tripulantes y pasajeros que se encuentran bajo su responsabilidad.

La exigencia establecida en la Ley Orgánica de Aduanas, en el sentido de que todo vehículo que practique operaciones de tráfico internacional marino y aéreo debe contar con un representante domiciliado en el lugar donde vayan a efectuarse dichas operaciones, no exime de responsabilidad al Capitán como representante del propietario de la nave, dado el carácter solidario que la ley otorga a la responsabilidad de los porteadores y su

⁷ Artículo 101 de la Ley de Navegación: A bordo de los buques mercantes, el Capitán ejercerá la autoridad superior y están subordinados a él los individuos de la tripulación y los pasajeros, quienes en todo momento le deben respeto y obediencia en lo relativo a las funciones de su cargo.

mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño.

⁸Ver artículos 20 y 21 del Código Orgánico Tributario y 1.221 y siguientes del código Civil.

representante en la cobertura de las obligaciones que, para con el Fisco Nacional, se pudieran derivar del ejercicio de su actividad.⁹

Pero donde la presencia del Capitán se presenta sin disminución alguna desde el punto de vista aduanero, es en los casos de arribada forzosa, imposibilidad para seguir navegando, naufragio, y hechazón en lugares donde el porteador no tenga representante, ausencia muy comprensible, dado el carácter involuntario e inesperado de los accidentes de navegación. Situación similar se presentaría si el Capitán, para salvar la nave de enemigos o piratas o tratando de evitar peligros producidos de fenómenos atmosféricos, conduce su nave a lugar no habilitado para que se efectúen operaciones aduaneras y donde, por consiguiente, los porteadores no tendrían razón para mantener un representante. En tales circunstancias y otras similares fortuitas o de fuerza mayor, el Capitán es el único responsable ante el Fisco, en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Orgánico Tributario.¹⁰

El Capitán es civilmente responsable por culpa, impericia o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio del procedimiento criminal a que se haga acreedor por fraude o dolo. Es también responsable por los hurtos cometidos por la tripulación, salvo sus derechos contra los culpables; y de los daños causados por las riñas de la gente de mar, y por sus faltas en el servicio de la nave, a menos que justifique que puso en ejercicio su autoridad para precaverlas, impedir las o corregirlas oportunamente.¹¹

Es obligación del Capitán llevar un diario¹² donde, entre otras cosas, se anotará la carga o material de a bordo, expresando la fecha y lugares de la carga, la naturaleza, calidad y cantidad de las cosas cargadas, su destino, nombre de los cargadores y de los destinatarios, lugar y fecha de la entrega y todo lo correspondiente al cargamento. Asimismo, es su obligación portar en la nave los comprobantes de pago o certificaciones de fianza de aduana, el despacho aduanero, el certificado de matrícula, el certificado de arqueo, los manifiestos de carga y los conocimientos de embarque, amén de otros para dar cumplimiento al Código de Comercio, a la Ley de Navegación, a los

¹⁰Artículo 25 del Código Orgánico Tributario: Responsables son los sujetos pasivos que sin tener el carácter de contribuyentes deben, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éstos.

¹¹Artículo 630 del Código de Comercio.

¹²Según el artículo 641 del Código de Comercio, este diario no es exigible a las naves que hagan simple comercio de cabotaje.

¹³Artículo 126 del Código de Comercio: Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de

reglamentos de marina y a las leyes de hacienda. Todos estos documentos, en su conjunto o por separado, contrastados con los efectos que se encuentren a bordo del buque mediante el acto de *requisa*, le permiten a las autoridades competentes detectar la presencia de efectos no destinados al comercio lícito con el país o con el exterior.

Los accidentes de navegación

Durante el traslado de mercancías, los vehículos están expuestos a una serie de contingencias que pueden impedir o retardar la conclusión del viaje y la entrega de los cargamentos en los lugares convenidos.

En principio, a ningún Capitán le está permitido entrar voluntariamente en puerto diferente al de destino, sino en caso de accidente de navegación, previsto la Ley Orgánica de Aduanas.

Constituye arribada forzosa la entrada o arribo de una embarcación a puerto distinto al de destino, a objeto de refugiarse de peligros humanos o naturales.

La Ley Orgánica de Aduanas confiere relevancia jurídica únicamente a tres contingencias, a saber: la arribada forzosa, la imposibilidad para seguir navegando y al naufragio. En tales casos no se aplicarán las disposiciones relativas a la llegada de vehículos procedentes del exterior ni a los documentos que deban amparar a los cargamentos; en virtud de tales excepciones, la nave accidentada podía arribar a un lugar distinto de los habilitados para realizar operaciones aduaneras, sin que ello diera lugar la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento aduanero.

Es evidente que la Ley admite como accidentes de navegación únicamente los casos contemplados, pero tal rigurosidad que antes encontraba moderación en la última parte del literal f) de su artículo 121, al dispensar de la pena cuando estuvieren presentes circunstancias fortuitas o de causa mayor, extrema su blandura con motivo de la reforma al eliminar la pena, por lo que la llegada de vehículos procedentes del extranjero a lugar no habilitado no tiene sanción prevista, a pesar de que constituye violación flagrante de una disposición jurídica vigente.

Pero no basta alegar la existencia de eventos que impidan la continuación regular del viaje; la Ley exige justificación de tales circunstancias, es decir, pruebas de que la actuación irregular del vehículo obedeció a motivos

ajenos a la voluntad de su tripulación y que, además, se encuadren dentro los hechos que constituyen arribada forzosa, naufragio o imposibilidad para seguir navegando. Esas pruebas deben ser presentadas por el Capitán de la nave, quien debe excepcionarse, poniendo en conocimiento de la autoridad aduanera los hechos que le impidieron una actuación acorde a la esperada. En otras palabras, la carga de la prueba corresponde al Capitán, pues incumbe probar a quien afirma la existencia de un hecho que, en el caso concreto bajo análisis, sería la ocurrencia de daños al vehículo o eventos insalvables que lo hubiesen sometido a grave peligro en caso de continuar la navegación.

Como es obvio, los hechos del mar no constituyen materia de la especialidad de la Ley Orgánica de Aduanas, encontrándose regulados por la Ley de Navegación y por los reglamentos de marinería. Por ello, la arribada forzosa y sus causas deben estudiarse a la luz de estos instrumentos; la Ley de Navegación señala sus causas, así:

- 1ª.- Daño en el casco, arboladura, aparejos, velamen, maquinarias u otra avería que impida al buque continuar navegando sin grave peligro.
- 2ª.- Enfermedad no contagiosa de la mayor parte de la tripulación o el hecho de presentarse a bordo alguna enfermedad contagiosa.
- 3ª.- Toda circunstancia de fuerza mayor que impida absolutamente la continuación del viaje.

La tercera causa coloca en situación redundante a la Ley Orgánica de Aduanas, al darle tratamiento independiente a la imposibilidad para seguir navegando, cuando tal imposibilidad está inmersa o le es propia a la arribada forzosa.

La imposibilidad para seguir navegando puede obedecer a un sin número de circunstancias que deben ser estudiadas, valoradas y probadas en cada caso particular; entre muchas otras, puede configurar esta circunstancia la falta de combustible, de fluidos requeridos por la maquinaria de la nave, de agua potable, etc., por causas surgidas con posterioridad al inicio del viaje. Pero lo que determina la existencia de la imposibilidad es la magnitud del hecho, que en todos los casos debe tener la entidad suficiente para impedir la navegación sin grave riesgo para la nave, tripulación y pasajeros. Una segunda característica que debe presentarse y comprobarse en todos los casos, es el carácter involuntario del hecho que impide la navegación, es decir, ajeno a la voluntad del Capitán, del armador, del propietario y de cualquier otra persona con capacidad para establecer el origen y destino del

vehículo. Esta salvedad se hace necesaria, por cuanto la imposibilidad para seguir navegando puede ser producto de un hecho voluntario ejecutado por persona distinta a las referidas, como sucedería en el caso de secuestro, sabotaje y otros similares.

El naufragio es la pérdida total del buque, aunque no necesariamente de las mercancías por él transportadas. Para que este hecho de mar pueda interesarnos desde el punto de vista aduanero, debe acaecer dentro de aguas territoriales o en la zona contigua, es decir, en la porción de mar sobre la cual el Estado ejerza su poder de imperio y donde sus leyes sean de obligatorio acatamiento.

El naufragio no se asimila, necesariamente, al hundimiento de la nave; ocurre naufragio cuando los daños sufridos por la nave son de tal entidad que hacen imposible o injustificado su rescate. En los casos de hundimiento del buque y de las mercancías a bordo, el asunto no tiene relevancia aduanera. Lo tiene, sí, cuando el cargamento es rescatado parcial o totalmente y trasladado a tierra. En tales circunstancias, las autoridades aduaneras deben proceder a someter a custodia los efectos y a depositarlos en lugar seguro y apropiado, a objeto de salvaguardar los intereses fiscales.

En todos los casos de arribada forzosa, imposibilidad para seguir navegando y de naufragio —cuando sea posible— debe pasarse requisa al vehículo, a efecto de comprobar la licitud del cargamento y, caso contrario, aplicar las medidas y sanciones procedentes.

En criterio del autor, no debe tenerse como accidente de navegación ni legítima la arribada forzosa o declaración de imposibilidad para seguir navegando, en los siguientes casos:

- a.- Cuando la falta de víveres sea el resultado de no haberse hecho el aprovisionamiento necesario para la navegación, de acuerdo a los usos, costumbres y consejos de la prudencia.
- b.- Cuando el agua y los víveres se hubiesen corrompido por negligencia o descuido en su custodia y conservación.
- c.- Cuando los problemas surgidos en la nave se deriven de falta de reparación oportuna, pertrechamiento o equipamiento acordes con el viaje que se pretenda realizar.

En síntesis, no procederá la calificación aduanera de accidente de navegación, cuando medie dolo o negligencia en la preparación del buque

para el viaje. En todos los casos, como ya comentamos, la prueba de los hechos eximentes corresponde al Capitán.

En los casos de arribada forzosa y de imposibilidad para continuar la navegación, la práctica internacional sugiere que las mercancías solamente puedan ser descargadas cuando sea necesario e imprescindible para efectuar las reparaciones que requiera la nave o para evitar daños al cargamento. Por su parte, la Ley Orgánica de Aduanas autoriza la nacionalización de los efectos, a solicitud de quien tenga cualidad para ello. Tal cualidad corresponde al consignatario, es decir, a quien aparezca como destinatario del cargamento (el destinatario es el legítimo portador del conocimiento de embarque) o al Capitán de la nave accidentada, en su carácter de representante de los cargadores y del dueño de la nave. Por otra parte, es de hacer notar por cuanto podría presentarse el caso, que casi todos los códigos de comercio del orbe autorizan al Capitán para vender las mercancías porteadas por su nave, cuando requiera dinero para realizar reparaciones o adquirir vituallas necesarias para la continuación del viaje. Resulta, entonces, comprensible, que el Capitán tenga la cualidad para dar todos los pasos necesarios para efectuar esa venta, como sería el de solicitar de la nacionalización de los efectos. Esta autorización para vender está contenida en el artículo 645 del Código de Comercio, en los siguientes términos: «Siempre que el Capitán, durante el viaje, se halle sin medios para costear en casos urgentes las reparaciones o la provisión de cosas necesarias a la nave, después de hacer constar la urgencia en una diligencia firmada por los principales individuos de la tripulación, podrá tomar prestado a la gruesa sobre el casco, quilla y aparejo se la nave, o vender o empeñar mercancías suficientes, del propietario con preferencia, y en su defecto, de otros, previa autorización del Juez en Venezuela, y del Cónsul venezolano, en país extranjero, y en su defecto de la autoridad que conozca en materias mercantiles. El propietario de la nave es responsable de las mercancías empeñadas o vendidas con arreglo al precio corriente de las de igual especie y calidad en el lugar y tiempo de la descarga; o con arreglo al precio en que fueron vendidas, si no llegare la nave a su destino.»

Otro hecho de mar que, si bien no es considerado por la Ley como accidente de navegación, tiene relevancia desde el punto de vista aduanero es la *hechazón*, vocablo utilizado para significar el lanzamiento al mar de efectos diversos portados por la nave, a objeto de aligerarla para sustraerse a un peligro o a un impedimento para la navegación. Así, por ejemplo, si un

buque es sorprendido por una tempestad cerca de la costa y necesita *alijarse* para evitar un encallamiento, o perseguido por enemigos o piratas requiere perder peso para navegar con más velocidad, el Capitán, previa deliberación con los individuos de mayor jerarquía de su tripulación, puede tomar la decisión de lanzar al mar todo cuanto considere necesario.

Si el hecho ocurriera en alta mar y los efectos lanzados se hundieran o resultaren destruidos, la ocurrencia no tendría ninguna relevancia jurídica desde el punto de vista aduanero; pero si los hechos ocurren en nuestro mar territorial o zona contigua, es decir, en lugares sometidos a la soberanía venezolana, o si el mar arroja los efectos a nuestras costas, las autoridades aduaneras deben conocer del caso, a objeto de ejercer los controles respectivos.

Lo primero que deberá determinarse es si los hechos constituyen *hechazón*, es decir, si en realidad se presentaron circunstancias que hicieron que el Capitán se creyere obligado al lanzamiento de los efectos al mar y si fueron cumplidos los pasos previos que ordena la legislación.

Según el artículo 760 del Código de Comercio, la hechazón es procedente sólo en caso de persecución del enemigo o de tempestad, entendiéndose por esta última toda acción del viento o de las olas que pongan en peligro la nave; antes de tomar una decisión de este tipo, el Capitán deberá intercambiar opiniones con los principales de su tripulación, debiendo asentar los resultados en el registro de la nave, con mención expresa de los motivos de la deliberación, la relación de las cosas arrojadas y dañadas y la firma de los deliberantes o los motivos de su negativa a firmar. Deberán constatar las autoridades el cumplimiento del artículo 761 del Código de Comercio o, lo que es lo mismo, si primero fueron lanzadas las cosas menos necesarias, más pesadas y de menos precio, con anterioridad a las que se encontraban en el primer puente.

Hechas todas las constataciones del caso, se hace evidente que, desde el punto aduanero nos encontramos ante un caso fortuito o de fuerza mayor. Si hechos y circunstancias en su conjunto constituyeran *hechazón*, no procederá la aplicación de multa ni se configurará el supuesto de hecho relativo al delito de contrabando.

Documentos de los vehículos de transporte

La documentación exigida por la legislación nacional a los vehículos sobre los cuales se movilizan mercancías, se inscribe dentro la misión aduanera fundamental de control, de protección a los intereses del Fisco Nacional, de lucha contra el fraude y de persecución y represión del delito aduanero. Los vehículos de transporte, aéreos, marítimos o terrestres, juegan un papel estelar en el comercio internacional de mercaderías y, por consiguiente, quedan sujetos a una serie de requisitos que forman parte de la esencia misma de la actividad aduanera.

Quedan exentos del cumplimiento de requisitos aduaneros los vehículos y transportes de guerra, pero no aquellos que, si bien pudieran estar destinados en forma primaria a la actividad bélica, sean utilizados para el tráfico nacional o internacional de mercancías, en cuyo caso deberán cumplir con los mismos requisitos aduanales que sus semejantes de uso civil.

Por vía marítima

■ *El conocimiento de embarque*

El conocimiento de embarque (bill of lading o B/L) juega un papel de gran importancia en el comercio marítimo y en el campo aduanero. Tanto en uno como en el otro, hace prueba de la propiedad de las mercancías, además de que prueba la remesa de las mercancías por el cargador al armador, constituye título del fletante y del Capitán para el flete y es modo de prueba del contrato de fletamento, da información al consignatario sobre las condiciones en que serán transportados los efectos y, lo cual es muy importante, representa a las mercancías transportadas, al conferir a su poseedor la posesión civil de las mercaderías que se encuentran en camino. Esta cualidad permite al propietario de los bienes negociarlos (venderlos, darlos en prenda, etc.), mediante la cesión del documento.

El B/L es de gran importancia para todas las personas que intervienen en el tráfico internacional de mercancías por vía marítima. Para el cargador es un recibo de las mercancías entregadas al Capitán; para el destinatario es el medio para reclamar el cargamento y para el Capitán es el instrumento para hacerse pagar el flete.

El conocimiento es un documento privado y para que haga fe entre

las partes interesadas en el cargamento y entre ellas y los aseguradores, debe ser elaborado cumpliendo ciertas formalidades:

a.–Debe ser hecho por escrito en número no menor de cuatro ejemplares, cada uno de los cuales deberá ser firmado por el Capitán y por el cargador.¹³

b.–Deberá expresar:

1. El número de ejemplares que se firman.
2. La fecha, con expresión de lugar, día, mes y año.¹⁴
3. El nombre y el domicilio del Capitán.
4. La clase, nacionalidad, nombre y toneladas de la nave.
5. El nombre del cargador y del consignatario.
6. El lugar de la carga y el de su destino.
7. La naturaleza y cantidad de los objetos que se han de transportar y sus marcas y números.
8. El flete convenido.

Estas enumeraciones no obstan para que en dicho título se hagan otras menciones, ni para que el flete se estipule en documento separado, como es costumbre ampliamente difundida.

Si el Capitán no recibiere los efectos contados, pesados o medidos, podrá indicar que ignora su especie, número, peso o medida.

El conocimiento puede ser a la orden, al portador o a favor de persona determinada (nominativo).

Cuando el B/L es nominativo, designa al destinatario personalmente y su cesión exige de un trámite especial; cuando es al portador, no indica el nombre del destinatario y se puede ceder por la simple tradición de mano a mano; cuando es a la orden, contiene el nombre del destinatario con la *cláusula a la orden* para indicar que está creado a la orden del destinatario. Pero no tendrá tal mención si estuviera creado a la orden del mismo cargador, en cuyo caso el nombre del destinatario aparecerá en el endoso que haría el cargador. Esta última modalidad tiene la ventaja de que el titular del

forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado.

¹⁴Ver artículo 127 del Código de Comercio.

¹⁵Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VI, Tomo I, Pág. 248.

conocimiento puede disponer libremente de las mercancías mientras están en camino; además, confiere al conocimiento carácter de crédito y lo hace cesible por el simple endoso escrito en el dorso del título.

Nuestra legislación aduanera, como casi todas las del resto del mundo, reconoce al *bill of lading* el carácter de título probatorio de la propiedad de las mercancías; de allí que sólo pueda aceptar la consignación quien originalmente, o por endoso o renuncia, tenga su posesión legítima. Pero no basta una copia facsimilar o de otro tipo; es necesario que el documento sea presentado en original, tal como ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia nacional. El legislador, cuando se refiere a los documentos privados y a su fuerza probatoria, contenida en el artículo 1.363 y siguientes del Código Civil, lo está haciendo con aquellos suscritos con firma autógrafa original, no por copia de ellos o de su contenido mediante fotografías, como lo es una copia facsimilar; por tal motivo no es posible asimilar una fotocopia a un instrumento privado, que sería el único medio de prueba en que se podría subsumir dicha copia. El legislador ha sido celoso en establecer los medios de pruebas admisibles en juicio, no dándole cabida sino a aquellos que no dejan lugar a dudas acerca de la veracidad e intención de las partes contratantes.¹⁵

Si no existieran aduanas que controlaran el tráfico internacional de mercancías, el poseedor legítimo del conocimiento se presentaría al Capitán del buque y le exigiría la entrega del cargamento. Pero en virtud de la intervención aduanera sobre los efectos, ello no es posible, pues los transportistas quedan obligados a transportar los bienes hasta un lugar habilitado para la operación de que se trate, donde son retenidas mientras se realizan los trámites respectivos; pero el Estado, al igual que el Capitán, no puede entregar el cargamento a quien no pruebe fehacientemente ser su propietario mediante la presentación del conocimiento de embarque original o, en su defecto, de constancia de pago emitida por entidad bancaria, por el exportador o por el proveedor. Si ello no fuera posible, quien pretenda el retiro deberá presentar garantía que cubra el valor C.I.F. del cargamento, garantía que deberá revestir la forma de depósito, de fianza o, en casos justificados, de otro tipo (garantías reales, por ejemplo), a juicio del Ministerio de Hacienda.

Con la exigencia de la presentación del documento de embarque,

¹⁶Artículo 1.844 del Código Civil: El acreedor no podrá apropiarse la cosa recibida en

constancia de pago o garantía, la autoridad administrativa evita, en primer término, entregar las mercancías a quien no corresponda y, por último, resguardarse de los daños patrimoniales que pudiera acarrearle la entrega a personas distintas a los legítimos propietarios. Cabe recordar que el Fisco no es propietario de las mercancías depositadas en las zonas primarias de las aduanas en espera de la culminación de los trámites procedentes; él responde por ellos como respondería por la prenda legal cualquier acreedor prendario, quien está obligado a la restitución de la prenda¹⁶ al quedar extinguida la obligación. Así, en caso de que la entrega se realice a unos, y otros resultaren ser los dueños, el Fisco deberá resarcir los daños causados, pero, a la vez, se resarce a sí mismo, mediante la ejecución de la garantía que le fuera prestada.

En la Ley de Aduanas derogada con entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Aduanas del 18/09/1978, se trataba la responsabilidad fiscal con motivo de la entrega de mercancías, diciendo en su artículo 84 que cuando el consignatario no hubiese recibido el conocimiento de embarque, o la guía aérea, según el caso, los jefes de oficinas aduaneras podían ordenar el despacho de la mercancía a solicitud del consignatario, si éste presentaba fianza por el valor de la mercancía anotada en la factura, para responder de la presentación dentro del plazo de sesenta días del conocimiento, de la guía aérea o de cualquier otro documento eximente de responsabilidad para el Fisco Nacional. La fianza se haría exigible al surgir responsabilidad con motivo del despacho o al vencerse el referido plazo.

La manera en que la antigua Ley trataba el asunto, no valdría la pena recordarse de no ser porque era posible que la fianza se ejecutara y, posteriormente, el consignatario hiciera entrega del B/L original o de cualquier otro documento capaz de demostrar su calidad de propietario y, por consiguiente, eximiera al Fisco de toda responsabilidad por la entrega. La apropiación por el Fisco del monto afianzado quedaba en una situación jurídica sumamente precaria, pues no hubo forma de establecer si tal apropiación constituía una sanción, o un impuesto, o una tasa o cualquier otra figura penal o fiscal.

Con vista a la dudosa juridicidad de la ejecución de la garantía por el sólo transcurso del tiempo y a las engorrosas situaciones que se pudieran derivar de una tardía pero efectiva presentación de la documentación proba-

prenda ni disponer de ella, aunque así se hubiere estipulado.

¹⁷El autor citado se refiere al Código de Comercio francés. Nuestro Código de comercio tiene

toria de la propiedad civil del consignatario aceptante, la Ley Orgánica de Aduanas trató el asunto desechando por completo el tiempo como dispositivo para accionar la ejecución de la garantía prestada, sin perder con ello el debido respaldo al interés fiscal.

La aduana admite plenamente la fuerza probatoria del conocimiento de embarque respecto a la propiedad de las mercancías, no solamente en virtud de los preceptos del derecho civil respecto a esa fuerza, que no es otra que la que se reconoce a los documentos privados, sino porque la reconoce expresamente en su normativa. Así, salvo casos excepcionales ya comentados, no permite que la consignación sea aceptada por alguien distinto del poseedor legítimo de dicho documento.

Se ha discutido profusamente sobre los efectos jurídicos de las modificaciones de los conocimientos de embarque realizados por el Capitán o su representante en el puerto de destino o, en todo caso, con posterioridad a la firma por parte del cargador; a primera vista, tales modificaciones parecen incorrectas, por cuanto el conocimiento en su forma original lleva las firmas del cargador y del Capitán y el modificado únicamente la de este último. Desde el punto de vista de la relación contractual, si el Capitán o su representante entregan a la aduana un B/L modificado o lo modifican posteriormente y por su lado, el consignatario muestra su tácita conformidad con dicha modificación al presentar un conocimiento con igual modificación, las normas legales no resultan contrariadas ni los intereses fiscales afectados, en lo relativo a la posibilidad de una entrega a persona distinta de la autorizada. Cabe observar que la administración aduanera recibe la mercancía y los documentos que le señalan, a lo menos en forma primaria, a la persona capacitada para exigirle la entrega; si esa persona (u otra por endoso o renuncia) admite su conformidad con los cambios y exige la entrega, mal podría reclamar posteriormente supuestas incorrecciones y, mucho menos, indemnizaciones por error en la entrega. En estos casos, la aduana es un tercero ante una relación contractual y si los cocontratantes deciden modificar los términos de su acuerdo, no le está dado a la Administración desconocerlos, ni tratar de impedirlos.

Respecto a estos casos, resulta conveniente oír la opinión del experto en derecho marítimo Daniel Danjon, quien sostiene lo siguiente: La mayoría de los autores no pueden llegar a admitir que el conocimiento al cual falte la firma del cargador haga prueba respecto a los terceros, especialmente de los fiadores. El texto de la ley, dicen, es decisivo; hablando de un conocimiento

«redactado en la forma prescrita», el Art. 283 del Código de Comercio¹⁷ declara que dicho conocimiento hace fe; luego el conocimiento donde falta la firma del cargador no hace fe respecto a los terceros. Esto se explica muy bien, añaden los autores, porque la firma del cargador es para los terceros una garantía de exactitud del conocimiento; sirve para certificar el contenido de los bultos, ya que el Capitán sólo ha podido confirmar su estado exterior.

Esta opinión siempre ha sido rechazada por la jurisprudencia, y con razón, pues nada tiene de lógica. Si se ha de apreciar la fuerza probatoria del conocimiento según los términos literales del Código de Comercio, hay que rechazar esta fuerza al conocimiento sin la firma del cargador, lo mismo entre las partes que respecto a terceros, pues el Art. 283 reúne a unos y otros en la misma disposición; desde el momento en que se considera el texto como insignificante en las relaciones de las partes, no se ve la razón de darle otro sentido respecto a los terceros: o es todo o nada. Para intentar justificar una distinción que no está en ley, se presenta la firma del cargador como constituyendo una garantía de exactitud que sólo interesa a los terceros; pero se pierde de vista que casi siempre es el cargador (o el destinatario en su lugar) quien invoca el conocimiento contra los terceros, por ejemplo, contra el fiador de las mercancías; y, entonces, ¿cómo y en qué la firma del cargador sería para los terceros una garantía contra inexactitudes que serían la obra del mismo cargador? Es una pura ilusión. Además, si la firma del cargador fue reemplazada por la aceptación que él mismo (o el destinatario) hace del conocimiento invocándolo, es porque lo tiene por conforme a la verdad. Luego el conocimiento hace prueba, por sólo la fuerza de la firma del armador o sus agentes, tanto para los terceros como para el armador y el Capitán.

Si el conocimiento no firmado por el cargador puede hacer prueba en provecho del mismo y del destinatario, parece cierto, al menos, que no haría prueba contra ellos en provecho del armador y del Capitán, ¿cómo éstos podrían invocarlo para probar la existencia en el contrato de fletamento, de cláusulas desfavorables del cargador o al destinatario, si no está revestido de la firma del cargador? Aun desde este punto de vista, la firma del cargador no es indispensable y puede suplirse por la adhesión que el cargador o el

su equivalente en el artículo 739, el cual es del tenor siguiente: Los conocimientos hechos según las disposiciones anteriores hacen fe entre las partes interesadas en el cargamento, y entre ellas y los aseguradores.

¹⁸DANJON, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo. Tomo II. Págs.. 375-377.

destinatario haya dado al conocimiento al recibirlo sin reservas, haciendo uso de él, pues siempre resulta cierto que, reclamando las ventajas, se aceptan las cargas. También los conocimientos llevan con frecuencia una cláusula, según la cual, «aceptando el presente conocimiento, el cargador reconoce y acepta expresamente las cláusulas y condiciones».¹⁸

Lo que no pueden hacer los transportistas, consolidadores o porteadores mediante la modificación de los documentos que están obligados a presentar a la oficina aduanera, es substraerse a las penas establecidas para ellos en la Ley Orgánica de Aduanas. Una actuación en tal sentido, se asimilaría al cambio de declaración por parte del consignatario aceptante, para corregirla y no ser sancionado con las multas estipuladas en el ordenamiento legal.

No es mucho lo que se ha legislado nacional o internacionalmente sobre los conocimientos de embarque. En la legislación venezolana apenas si se le menciona en unos pocos artículos del Código de Comercio y en una que otra ley o reglamento; en el ámbito externo tenemos la Ley de Transporte de Mercaderías por Mar (Londres, 1924), para la unificación de ciertas reglas referentes a dichos documentos y la Ley Americana de Transporte de Mercaderías por Mar (Washington, 15/07/1936), evidentemente fundamentada en su predecesora londinense.

En síntesis, podemos decir que el conocimiento de embarque constituye un recibo de las mercancías, una vez firmado por el Capitán; es un documento de titularidad de los bienes en él mencionados y hace fe entre las partes respecto a las condiciones de transporte convenidas entre ellas; ante la aduana, su posesión legítima hace presumir propiedad y su presentación es requisito, salvo casos excepcionales, para que sea posible la aceptación de la consignación.

Según la Ley de Transporte de Mercaderías por Mar (artículo III, numerales 3 y 7), que constituye derecho positivo para un gran número de países,¹⁹ los transportistas están sujetos a las siguientes obligaciones:

3. Después de recibir las mercaderías a su cargo, el Transportista, o el Capitán o el Agente del Transportista, deberá, a pedido del embarcador, extender al embarcador un C/E. que muestre entre otras cosas:

(a) Las principales marcas necesarias para la identificación de

¹⁹Venezuela no es parte de este Convenio.

las mercaderías tal como las mismas han sido dadas por escrito por el cargador antes de que la carga de tales mercaderías comience, siempre que tales marcas estén estampadas o indicadas de otra forma claramente sobre las mercaderías si no están embaladas, o en las cajas o embalajes en que tales mercaderías estén contenidas, en tal forma que se mantengan legibles corrientemente hasta el fin del viaje.

(b) Bien el número de bultos o de piezas, o la cantidad, o peso, según sea el caso, tal como son dadas por escrito por el embarcador.

(c) El orden y condición aparente de las mercaderías:

Provisto que ningún Transportista, Capitán o Agente del Transportista estará obligado a declarar o indicar en el C/E. ninguna marca, número, cantidad o peso que él tenga base razonable para sospechar que no sean exactas para representar las mercaderías recibidas en verdad, o que él no haya tenido medios razonables de comprobar.

7. Después que las mercaderías sean cargadas, el C/E. que ha de extenderse por el Transportista, Capitán o Agente del Transportista al Cargador será, si el Cargador lo pide así, un C/E. «embarcado», provisto que si el Cargador ha recibido previamente cualquier documento de título sobre tales mercaderías él deberá entregarlo contra la extensión del C/E. «embarcado», pero a opción del Transportista tal documento de título puede ser anotado en el puerto de embarque por el Transportista, Capitán o Agente con el nombre o nombres del buque o buques en los cuales las mercaderías hayan sido embarcadas y la fecha o fechas del embarque, y una vez anotados así los mismos serán para el objeto de este artículo considerados que equivalen a conocimiento de embarque «embarcado».

■ *El manifiesto de carga (sobordo)*

Este documento, exigido tanto por las leyes de aduanas como de navegación de casi todos los países del mundo, no es otra cosa que el listado general del cargamento transportado por el buque de un puerto a otro. Por ello, si un buque recoge carga para La Guaira en Liverpool, Nueva York

²⁰Ver el literal b) del artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas.

y Cartagena, deberá formular tres sobordos: Liverpool-La Guaira, Nueva York-La Guaira y Cartagena-La Guaira; si además, embarcó mercancías en Nueva York con destino a Cumaná, deberá elaborar un cuarto sobordo: Nueva York-Cumaná. Así, deberán hacerse tantos sobordos como parejas de puertos (carga-descarga) estén involucrados en el transporte.

El sobordo, también conocido como manifiesto de carga, debe contener en forma detallada las especificaciones de las mercancías transportadas y, en este sentido, deberá expresar:

- 1.- Nombre del buque.
- 2.- Puerto de carga y fecha de salida.
- 3.- Puerto de destino.
- 4.- Números de los conocimientos de embarque.
- 5.- Marcas de los bultos.
- 6.- Número de los bultos y sus contenidos.
- 7.- Nombres de los cargadores y consignatarios.
- 8.- Direcciones para notificar, si las hubiese.
- 9.- Peso y cubicación.
- 10.- Tipo de flete por unidad.
- 11.- Flete total, descuentos y flete neto.

Estas menciones pueden variar de acuerdo con la legislación de cada país, alguno de los cuales establecen requisitos especiales a cumplir sobre este documento, tal como el visado consular, etc.

Desde un punto de vista eminentemente aduanero, el manifiesto de carga juega un rol muy importante para el control de la licitud del cargamento de un buque; en principio, y dejando a salvo el rancho, el mobiliario, los efectos propios de una nave marítima y los implementos de navegación, todas las mercancías a bordo deben encontrarse relacionadas en los manifiestos y estar respaldadas por conocimientos de embarque, pues la conducción de mercancías extranjeras en buques de cualquier nacionalidad en aguas venezolanas, sin que estén destinadas al comercio legítimo con Venezuela o con alguna otra nación, constituye delito de contrabando agravado.²⁰

Los manifiestos de carga de las mercancías despachadas con destino a un puerto, deben ser entregados por los transportistas a la oficina aduanera

respectiva, en número, características y en la oportunidad señalados en la legislación reglamentaria, so pena de sufrir multas establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas.²¹ Pero además de satisfacer esa obligación legal, el manifiesto constituye un auxiliar indispensable para el personal, tanto privado como oficial, encargado de la descarga de los buques, al servir de información veraz respecto a las mercancías que deben ser descargadas en cada destino; también es útil sobremanera a la aduana, al facilitar el control de los conocimientos de embarque presentados, de las mercancías descargadas en exceso o en defecto (sobrantes y faltantes en descarga) y del cumplimiento de la causa del abandono legal. Por el lado del Capitán y de los transportistas, es medio de prueba de la legalidad del contenido de la nave en el momento de la requisa o de cualquier otro donde tal prueba sea requerida por las autoridades; facilita el control del desembarque y orienta a los estibadores al cargar, por cuanto deben situar los bultos en orden inverso al de descarga.

■ *Otros documentos*

Hay unos que deben portar los buques que, si bien no son requeridos por la normativa aduanera, pueden, en un determinado momento, adquirir relevancia para la solución de un asunto o para el ejercicio del control aduanero. Tal es el caso del rol de tripulantes a que se refiere el Capítulo VIII (Artículos 35 y siguientes) de la Ley de Navegación, el cual puede resultar en extremo útil para el control de la pena accesoria a que se refiere la Ley Orgánica de Aduanas, referente a la prohibición para el ejercicio de la navegación a quienes hayan sufrido pena corporal por condena de contrabando.

La Autorización de zarpe, cuya negativa a los barcos llegados por vez primera al país al amparo de pasavante emitido por el Cónsul venezolano del lugar de origen, cuando no se hubiesen cumplidos los trámites referentes a la nacionalización aduanera de la nave, puede resultar un medio singular para obligar al cumplimiento de dichas exigencias.

El Diario de Navegación señala si la nave tocó puertos y tomó carga en lugares sobre los cuales pesan restricciones o recargos arancelarios y, como

²¹Ver en el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, la sección referente a los documentos de los vehículos.

ya hemos comentado, la Patente o Licencia de Navegación, como medio de prueba de la nacionalidad del buque, puede dar lugar a tratamientos especiales por parte del servicio aduanero nacional.

Por vía aérea

Existe una gran similitud entre los documentos de los vehículos marítimos y aéreos que transportan carga, lo cual es comprensible si observamos la influencia que el antiquísimo transporte marítimo ha ejercido sobre el aéreo, de mucha más reciente data.

Así, el manifiesto de carga de las aeronaves juega el mismo rol que sus similares marítimos y deberá contener las mismas menciones y las guías aéreas juegan –mutatis mutandis– igual papel que los conocimientos de embarque del transporte marítimo. Al igual que aquellos, las guías aéreas son contratos privados, son endosables y su legítima posesión hace fe ante la aduana de la propiedad de las mercaderías. Su propiedad es, salvo iguales excepciones que las señaladas para los B/L, requisito legal para la aceptación de la consignación.

Además de los manifiestos y de las guías, el artículo 29 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, establece que los vehículos aéreos deben portar los siguientes documentos: los certificados de matrícula y de aeronavegabilidad; las licencias apropiadas para cada miembro de la tripulación; el diario de a bordo; la licencia de estación de radio de la aeronave, si la portare y el listado de los nombres de los pasajeros, con mención de los lugares de embarque y destino.

Por vía terrestre

Los vehículos terrestres que realicen operaciones de tráfico internacional, deberán portar manifiestos carga y conocimientos de embarque terrestres, o los manifiestos y guías de encomienda, según se trate de transporte de carga o de encomienda. Los manifiestos deberán contener la siguiente información: nombre del transportista, cuando se trate de una persona natural o razón social cuando sea persona jurídica; marca, modelo, color y cualesquiera otros datos que identifiquen el vehículo, así como en número de su matrícula y nacionalidad; nombre de los miembros de la tripulación y los números de las licencias de conducir de los conductores; sitios de carga

y descarga; número de los conocimientos de embarque; marca y números, clase, cantidad, peso, volumen y contenido de los bultos; fecha de emisión del documento y firma del transportista o de la persona capaz de obligar a la empresa, según se trate de persona natural o jurídica.

Sin que ello obste para que tenga otras menciones, el conocimiento de embarque terrestre contendrá: nombre o razón social, según sea el caso, del transportista; nombre y dirección del remitente, así como la fecha y lugar en que se efectuaron las operaciones de carga; lugar de entrega del cargamento; identificación del destinatario, con señalamiento de su nombre y dirección; cantidad, clase, marcas y números de los bultos, peso bruto o, en su defecto, volumen u otro tipo de medida, (caso de rolas de madera, mercancía a granel, etc.) valor declarado, flete y otros gastos. En caso de mercancías peligrosas, se dejará constancia de ello en este documento, utilizando los términos comúnmente utilizados. El flete y los gastos suplementarios, podrán constar en documento separado.

Una modalidad del transporte terrestre de mercancías es el transporte de encomienda, el cual consiste en el traslado en vehículos de pasajeros de pequeños bultos que no podrán superar los veinte kilogramos de peso ni los cien decímetros cúbicos de volumen, con exclusión de los animales vivos, explosivos u otras materias o sustancias que pudieran poner en peligro la seguridad de los pasajeros. Para amparar las mercancías así transportadas, se prevén dos documentos: el manifiesto de encomienda y la guía de encomienda.

El primero tendrá las mismas menciones que el manifiesto de carga terrestre y las guías información similar a la contenida en los conocimientos de embarque terrestres.

Las mercancías transportadas por tierra sobre las cuales se esté efectuando la operación de tránsito aduanero, deberán estar amparados por un documento de declaración de tránsito, en cuyo cuerpo se deberá señalar la ruta que obligatoriamente deberá seguir el vehículo respectivo. Es evidente que este documento tiene por objeto facilitar el control sobre las mercancías y el vehículo, así como de hacer prueba que el cargamento ha llegado efectivamente al destino convenido con las autoridades, requisito *sine qua non* para la liberación de la garantía prestada ante la aduana de entrada.

CAPÍTULO V

EL AGENTE DE ADUANAS

Concepción general

Durante muchas décadas, el mundo aduanero venezolano utilizó el vocablo *comisionista* para referirse a la persona natural o jurídica encargada de realizar trámites de diverso tipo ante las oficinas aduaneras. Pero, lo que es más, muchos importadores hacían aparecer a esta figura como consignatario aceptante de los cargamentos, con lo cual se generaban múltiples problemas para el ejercicio del debido control aduanero.

Con el claro objeto de eliminar las anomalías producidas por esta vieja práctica y de adecuar la terminología al verdadero carácter de esta especialísima figura de intermediación en los asuntos aduaneros, la Ley Orgánica de Aduanas crea la figura del agente de aduanas y la define, establece los requisitos para su constitución y las sanciones que se le pudieran imponer por incumplimiento de sus obligaciones.

Siempre a nombre y en representación de otra persona, el agente de aduanas puede aceptar la consignación de mercancías, declarar los efectos de exportación y efectuar los diversos trámites, solicitudes y procedimientos relacionados con las operaciones aduaneras para las cuales estuviera autorizado; como es obvio, podrá también dirigir instancias o peticiones a las autoridades administrativas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 2º, 25 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La Ley define al agente de aduanas como la persona autorizada por el Ministerio de Hacienda para actuar ante las autoridades competentes a nombre y por cuenta de aquél que contrata sus servicios, en cumplimiento de un trámite, solicitud o procedimiento relacionado con una actividad aduanera. De esta definición se desprende lo siguiente: que el agente de aduanas puede actuar ante cualquier autoridad nacional, pero no ante las estatales ni municipales; ello es comprensible, dado que los asuntos

aduaneros de la República son competencia del Poder Nacional y, por ende, vedados a los estados y municipios.

El agente de aduanas no puede actuar a nombre propio y, en consecuencia, no podrá *a su propio nombre* aceptar la consignación, ni declarar los efectos de exportación, ni realizar trámites relacionados con las operaciones aduaneras. Esta disposición de actuar *a nombre de cualquier interesado* y no en el propio niega toda posibilidad de que la relación que se forma entre el agente y su representado constituya un contrato de comisión, pues a decir del artículo 376 del Código de Comercio, el comisionista ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente. No es tampoco un mandato mercantil, pues ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia que para que el mandato sea comercial se requiere que éste haya sido concebido para la realización de un acto esencialmente mercantil, esto es, para que se represente al mandante en uno de los actos objetivos o subjetivos de comercio estipulados en los artículos 2º y 3º del Código de Comercio. Además, cabe resaltar, aun cuando parezca obvio, que los actos que realiza el agente aduanas ante la oficina aduanera no son de comercio, ni la Nación comerciante.¹

El Código Civil establece que el mandato es un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente, o mediante salario, a ejecutar uno más negocios por cuenta de otra, que la ha encargado de ello.² Es a esta figura y no a la mercantil, a la que se adecúa el vínculo que se crea entre el agente de aduanas y su mandante. Por una parte, el agente, en su carácter de mandatario, actúa a nombre y en representación de su mandante, dentro de los límites fijados en el mandato; de allí que al sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria que se establece con motivo de la ejecución de operaciones aduaneras, sea el consignatario aceptante y no su agente, como tampoco es el agente de aduanas el poseedor de los derechos que a favor de ese sujeto pasivo surjan con motivo de las operaciones aduaneras. Cuando el agente de aduanas actúa dentro de los límites del mandato que le ha sido conferido, obliga a su representado, pero no a sí mismo, por lo que en ningún momento queda obligado a pagar derechos ni a satisfacer ninguna obligación que la ley haga pesar sobre los consignatarios aceptantes o sobre los exportadores.

Por cuanto el mandato es un contrato, no es suficiente que el mandante exprese su voluntad de conferir el mandato; es necesario que, expresa o

¹ Ver artículo 7º del Código de Comercio.

² Artículo 1.684 del Código Civil.

tácitamente, el mandatario acepte el mandato que le ha sido conferido. La manera citada en último término se dará, por ejemplo, si el agente se presenta ante la aduana y deposita el documento y si actúa de cualquier otra forma que haga entender, sin lugar a dudas, su aceptación de ejecutar los asuntos encomendados.

El mandato civil es gratuito por su naturaleza, aunque admite conveni- ción en contrario, a diferencia del mercantil que es asalariado. Por lo tanto, para que el mandante quede sujeto al pago de los servicios prestados por el agente de aduanas, ello debe quedar expresamente convenido entre las partes; caso contrario, se entenderán realizados a título gratuito.

El poder del agente de aduanas debe constar en forma auténtica, salvo las excepciones establecidas por la legislación y que deberán ser ponderadas, en cada caso, por el jefe de la aduana respectiva. Con esta exigencia, el Estado evita una serie de problemas de orden jurídico que pudieran presentarse si admitiera documentos privados, los cuales consumirían una cuantiosa energía administrativa utilizable en asuntos de mayor provecho. Por lo demás, este requerimiento es comprensible desde el punto de vista práctico, si tomamos en cuenta los altos valores que suelen tener las mercancías objeto de operaciones aduaneras y la obligación del ente público de tratar con la persona realmente autorizada para ello y entregar los efectos a su propietario legal por intermedio de su legítimo representante.

Con motivo del mandato que el usuario del servicio aduanero confiere al agente de aduanas, surge una tupida red de obligaciones y derechos mu- tuos. Por su parte, el agente de aduanas no puede exceder los límites fijados en el mandato y deberá ejecutarlo con la diligencia de un buen padre de familia. Por ello, si la autorización es para actuar en determinadas operacio- nes o actividades, o ante determinados oficinas aduaneras, no podrá actuar en operaciones o ante unidades administrativas distintas a las señaladas; en todos los casos deberá actuar en nombre del usuario (mandante), pues caso contrario queda obligado directamente y personalmente por su gestión; el agente de aduanas es responsable por dolo y culpa en la ejecución del mandato y debe dar cuenta al mandante de sus operaciones y entregarle los cargamentos cuya tramitación le haya sido encomendada; si por cualquier razón el agente de aduanas se hace sustituir por otro sin estar autorizado para ello, responde de aquél en quien ha sustituido su gestión; pero si existiendo dicha autorización no se le indica la persona del sustituto, responde solamente de la culpa cometida en la elección y en las instrucciones que necesariamente

debió comunicar al sustituto.

Por su lado, el consignatario, exportador o representado (mandante), debe cumplir las obligaciones para con el agente de aduanas dentro de los límites del mandato, no quedando obligado por lo hecho fuera de ellos, a menos que haga ratificación expresa o tácita de los actos no autorizados; el mandante debe pagar al agente todos los gastos en que éste haya incurrido para realizar las actividades que le hayan sido encomendadas, aun cuando el asunto encomendado no haya tenido un desenlace satisfactorio; así, por ejemplo, si las mercancías resultan decomisadas en el acto de reconocimiento sin que hubiere culpa imputable al agente, el cliente no puede excusarse de realizar dichos pagos ni exigir la reducción de su monto; de conformidad con lo establecido en el artículo 1.701 del Código Civil, el mandante debe al mandatario los intereses de las cantidades que éste ha avanzado, a contar del día en que se hayan hecho los avances; si el mandante no diere cumplimiento a las obligaciones para con el mandatario, éste podrá retener en garantía las mercancías objeto del mandato, hasta tanto el mandante cumpla con sus obligaciones, sin que ello obste para que este último pueda sustituir dichas mercancías por otros bienes o ejercer los derechos que le confiere el artículo 1.702 del Código Civil.

El mandante y el agente de aduanas pueden destruir su vínculo contractual voluntaria o involuntariamente, ya sea por revocación del mandato, obviamente efectuada por el mandante; por renuncia del agente de aduanas a seguir actuando en nombre y representación del cliente; por muerte (caso de personas naturales), interdicción, quiebra o cesión de bienes de ambos o de alguno de los dos; por inhabilitación del mandante o por revocatoria del permiso para actuar como agente de aduanas.³ No queda a la libre voluntad del consignatario, exportador o de quien realice tránsito aduanero, actuar personalmente ante la oficina respectiva o mediante representante. La ley Orgánica de Aduanas establece de forma expresa que en todos los casos, salvo las excepciones establecidas por vía reglamentaria, la aceptación de la consignación, la declaración de los efectos de exportación y el cumplimiento de los diversos trámites relacionados con las operaciones aduaneras, deberán ser realizados a través de un agente de aduanas.

Los ciudadanos pueden dirigirse a la Administración por sí o por medio de representante, por mandato del artículo 2º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, fundamentado en el artículo 51 de la Constitución

³ Ver artículo 1.704 del Código Civil.

Nacional. Pero así como la Ley de Abogados establece que para comparecer por otro en juicio, evacuar consultas jurídicas y realizar gestiones inherentes a la abogacía se requiere el título de abogado, la Ley Orgánica de Aduanas consideró pertinente reducir esa amplia facultad de representación, obligando a los particulares a utilizar la intermediación de un agente de aduanas para el cumplimiento de los diversos trámites relacionados con las operaciones aduaneras. Es bueno notar que la restricción comentada procede exclusivamente para la realización de trámites aduaneros relacionados con la importación, exportación y tránsito de mercancías, relación que necesariamente debe entenderse como directa, pues los asuntos indirectamente relacionados con dichas operaciones escapan a las posibilidades técnicas y materiales de un agente de aduanas, son realizadas en buena parte en el exterior y pertenecen más al mundo del comercio que al de la técnica aduanera.

Es necesario distinguir la obligación que impone el artículo 28 de la Ley orgánica de Aduanas promulgada en 1978, de la facultad implícita en el artículo siguiente. El primero se refiere a los trámites que deben ser realizados a través de un agente de aduanas, de manera coactiva; el segundo, de los trámites, solicitudes o procedimientos ante las autoridades nacionales, en los cuales puede actuar dicho agente *a nombre de cualquier interesado*.

Es posible que el referido artículo 29, analizado a la luz de nuestro derecho positivo actual, ya vigente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, parezca redundante e inútil en lo que respecta a las instancias o peticiones que puedan hacer los agentes de aduana ante las autoridades nacionales, pero para el momento de su redacción y promulgación era necesario y así lo entendió el legislador aduanero.

Requisitos para obtener la autorización para actuar como agente de aduanas.

Los diversos trámites y procedimientos que deben realizarse para adelantar las operaciones aduaneras, requieren una serie de conocimientos muy especializados en las áreas de legislación, valoración de mercancías y técnica arancelaria. Por ello, el legislador consideró necesario crear la figura del agente de aduanas y establecer la obligatoriedad de su intervención en los asuntos ya comentados, pues del texto mismo del articulado se desprende que el redactor legal quiso, además de crear la representación obligatoria, procurar a la Administración un auxiliar eficaz y eficiente para

que resultara más rápida, económica y sencilla la tramitación aduanera para la nacionalización, exportación y tránsito de mercancías. El objetivo planteado impuso, necesariamente, que quienes pretendieran actuar como agentes de aduanas cumplieran requisitos de nacionalidad, capacidad de obrar ante la Administración, idoneidad técnica, honorabilidad y solvencia económica.

El texto legal nos señala que pueden ser agentes de aduana tanto las personas naturales, es decir, los individuos de la especie humana, como las personas jurídicas a que se refiere el artículo 19 del Código Civil.

Desde el punto de vista de nacionalidad, es requisito que la persona natural sea venezolana, no requiriendo serlo por nacimiento, o en el caso de las personas jurídicas empresa nacional en los términos del Acuerdo de Cartagena o, en otras palabras, que haya sido constituida en el país y que su capital pertenezca en más del ochenta por ciento (80%) a inversionistas nacionales y siempre que, a juicio de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.⁴ Desde la óptica de la capacidad de ejercicio, solamente puede ser autorizado para ejercer como agente de aduanas quien sea capaz para todos los actos de la vida civil, por lo que no podrán serlo los menores, los entredichos, los inhabilitados y todos aquellos que no tengan capacidad para obligarse. Entre los inhabilitados, cabe mencionar especialmente a quienes hayan sido condenados a pena corporal por la comisión de delito de contrabando.

Quien pretenda ser autorizado para actuar como agente de aduanas, deberá solicitarlo ante el Ministerio de Hacienda, debiendo acreditar condiciones de capacidad técnica, honorabilidad y solvencia económica, en grado suficiente. En respuesta a dicha solicitud y si todos los requisitos fueran debidamente satisfechos, se autorizará lo conducente, con indicación de las operaciones sobre las cuales se podrá actuar, el carácter temporal o permanente de dicha autorización, las oficinas aduaneras ante las cuales se podrá gestionar y cualesquiera otras circunstancias determinadas por vía reglamentaria; de manera inmediata, el Ministerio de Hacienda procederá a registrar la autorización conferida en el Registro de Agentes de Aduanas.

De esta manera, la persona autorizada para operar como agente de aduanas, recibe una habilitación especial para actuar frente la Administración

⁴ Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, sobre Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

en asuntos que le son reservados exclusivamente a ellos, por⁵ disposición expresa de la Ley (Ver el artículo 24 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). La referida autorización amplía la capacidad de ejercicio de la persona, pues sin afectar la que le reconoce la legislación civil, hace surgir una nueva de índole administrativa.

Del texto mismo de la Ley se desprende que la obligación de utilizar los servicios de un agente de aduanas se circunscribe a la importación, a la exportación y al tránsito. El trasbordo y el cabotaje, tratados en la antigua Ley de Aduanas como operaciones, ya no lo son en la actualidad, por lo que su ejecución no amerita la intervención del agente a que nos hemos venido refiriendo. Igualmente, no se requiere tal intervención cuando la operación verse sobre determinados bienes, tales como los que constituyan equipaje de pasajeros o tripulantes o deba ser realizada en virtud de circunstancias excepcionales, como los efectos de auxilio o socorro requeridos en ocasión de catástrofes. La excepción que venimos comentando procede también, atendiendo a las cualidades especiales del consignatario aceptante, como es el caso de los funcionarios diplomáticos y consulares extranjeros y de los nacionales⁶ con motivo de la conclusión de sus misiones permanentes, para la importación de efectos para el servicio público por parte de la Administración Pública y los consignados a instituciones religiosas, siempre y cuando los efectos estén destinados al ejercicio del culto respectivo.

Sanciones a los agentes de aduanas

La Ley Orgánica de Aduanas establece tres penas aplicables a los agentes de aduanas: suspensión, revocación y multa.⁷ La primera es, en su esencia, temporal y no podrá exceder de un año; la segunda tiene carácter definitivo.

Decimos que son penas tanto la suspensión como la revocación, atendiendo al texto del numeral 4° del artículo 10 del Código Penal, que a la letra expresa: Las penas no corporales son: ..4° Inhabilitación para ejercer alguna

⁵ En el caso de los funcionarios del Servicio Exterior de la República, la excepción procede, exclusivamente, para los efectos usados y cuando se trate de cese de la misión o traslado del funcionario.

⁶ En el caso de los funcionarios del Servicio Exterior de la República, la excepción procede, exclusivamente, para los efectos usados y cuando se trate de cese de la misión o traslado del funcionario.

profesión, industria o cargo. En igual sentido se pronuncia el artículo 306 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, referente a las penas por infracción a las leyes fiscales.

Por su lado, el Código Orgánico Tributario y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dicen, respectivamente: Artículo 4°.- Sólo la Ley puede: .. 5. Tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones. Artículo 10: Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes.. Es evidente que el artículo respectivo de la Ley Orgánica de Aduanas establece la sanción, pero no tipifica la infracción, conformándose con señalar que revocatoria y suspensión serán procedentes «cuando a juicio del Ministerio de Hacienda concurren circunstancias que lo justifiquen o cuando haya desaparecido alguna de las condiciones que debieron tomarse en cuenta para otorgarla.»

El artículo comentado trata dos circunstancias completamente distintas; por un lado, la suspensión y la revocatoria como penas y, por el otro, esas mismas suspensión y revocatoria sin que haya mediado delito o falta, como sería el caso del agente de aduanas que adquiriera nueva nacionalidad, o del que hubiese sido declarado incapaz para los actos de la vida civil por causa de enfermedad.

En cuanto a los casos tratados en último término, es decir, los relativos a la desaparición de las condiciones tomadas en cuenta para el otorgamiento de la autorización, la Ley no podía tratar el asunto de otra manera, pues los requisitos por ella establecidos no son productos del capricho del legislador sino, por el contrario, requerimientos inherentes al ejercicio de la profesión de agente de aduanas, excepción hecha de la nacionalidad.

Si un agente pierde su capacidad de ejercicio o si, por el paso del tiempo a falta de estudios sus conocimientos caen en obsolescencia com-probable, o si se insolventa, la revocatoria procede, no sólo por establecerlo así la Ley, sino también por consejo de la lógica. Pero los casos de la revocación o de la suspensión como sanción o pena, sin que medie tipificación de la infracción en ley formal, nos llevan a pensar que estamos en presencia de un irrespeto a la reserva legal del delito y de la pena establecida por la Constitución (numeral 6 del artículo 49) y las leyes y acogida sin titubeos por la doctrina y la jurisprudencia universales.

⁷ Ver artículo 121 de la ley Orgánica de Aduanas.

La amplísima habilitación que el legislador pretendió conferirle al Ministro de Finanzas para tipificar las infracciones –pues no es otro el caso– desbordó el ámbito de su competencia constitucional y somete a los agentes de aduanas a un estado de inseguridad jurídica y a una situación de minusvalía ante el poder público, tan proclive a incurrir en excesos y arbitrariedades.⁸

No basta que la ley establezca sanciones para hechos genéricamente considerados delitos o faltas; es menester que señale de manera expresa e inequívoca cuáles son esas actuaciones merecedoras de penalización, que haga su descripción legal o, en otras palabras, las tipifique.

Si observamos el artículo que establece la pena desde el lente de la estructura lógica de la norma jurídica, no encontramos *tesis* –supuesto de hecho– a menos que como tal se tenga la *existencia de ciertas circunstancias*, lo cual no es admisible, por cuanto las leyes sancionan hechos concretos contenidos, de manera precisa, en la tesis de la norma. Universalmente, el supuesto en la norma penal es un hecho, una conducta tenida por la ley como ilícita y, en consecuencia, acreedora de castigo. El simple juicio del Ministerio Hacienda de que se han configurado circunstancias que hace recomendable aplicar la pena, carece de juridicidad, por cuanto nadie puede ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.⁹

⁸ Al respecto se hacen otras consideraciones al tratar la competencia del Ministro de Finanzas.

CAPITULO VI

TRIBUTOS Y TRIBUTACION ADUANERA

La obligación aduanera, es decir, la prestación que el sujeto pasivo debe al activo, va mucho más allá que el pago de los impuestos y tasas liquidados a su cargo. Ello no obsta para que analicemos esos derechos a la luz del derecho tributario formal y material.

Fuente del tributo

La obligación de tributar que nace con motivo de la realización de operaciones aduaneras, tiene su fuente, exclusivamente, en la ley. Siempre es una norma legislativa, ya sea con el carácter de ley formal, de decreto-ley o de decreto con rango y fuerza de ley, de ley delegada o de convenio internacional (ratificado por ley aprobatoria), quien establece el nacimiento, la modificación o la extinción de la obligación tributaria. La Constitución (artículo 317) preceptúa que no podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos sino en los casos por ella previstos.

La dinámica que pertenece a la esencia misma de los servicios aduaneros del mundo, ha reservado a la ley el establecimiento de los límites del impuesto, dejando la fijación de la tarifa aplicable al Arancel de Aduanas y los elementos para la determinación de la base imponible a disposiciones reglamentarias.

Causa

La fundamentación ética de los tributos en general ha sido ampliamente debatida a nivel mundial, pero ninguno de los tributaristas participantes en el debate parece haberse interesado especialmente en la causa de la tributación aduanera.

El concepto de *causa* fue elaborado ante todo por Griziotti, quien afirma que la causa del impuesto, o sea el fundamento jurídico último de la obligación de los ciudadanos de pagar el impuesto, se encuentra en los servicios y bienes capaces de dar satisfacción a las necesidades públicas, o sea, de manera más amplia, en las ventajas que el contribuyente obtiene por pertenecer a la colectividad, directa o indirectamente, por medio de los servicios públicos, o de los beneficios que recibe de la vida social. En otros términos, la causa del impuesto está en los beneficios que el contribuyente recibe del Estado, traducidos en seguridad, atención hospitalaria, salubridad, defensa, etc.

Parte de la doctrina señala que el Estado debe incurrir en una serie de gastos para la satisfacción de las necesidades comunes de la población; esos gastos le imponen la necesidad de agenciar recursos por diferentes medios, entre los que destacan la exigencia coactiva a la ciudadanía de pagar los tributos establecidos en la ley.

Montesquieu y Bodin consideraban el impuesto como un pago en contraprestación a la seguridad que ofrecía el Estado a los poseedores de bienes (*prima de seguro*).

Laferriere y Waline, franceses, sostienen que la obligación de pagar tributos es consecuencia de la solidaridad social. Según esta teoría, la obligación tributaria de cada uno no se mide por el beneficio recibido del Estado, sino por su capacidad particular para contribuir a los gastos de la comunidad.

Según Pugliese, en el impuesto la obligación tributaria dimana directamente de la ley y encuentra su causa genérica en las utilidades y servicios generales que el ciudadano obtiene de su pertenencia al consorcio social, y la causa específica en la capacidad contributiva que posee concretamente. En la tasa, la obligación tributaria encuentra su causa en una utilidad particular que el contribuyente pide y obtiene del Estado.¹

Como es notorio, ninguna de estas teorías se adecua a la causa de los tributos aduaneros, por cuanto los impuestos y tasas que deben satisfacer los consignatarios y exportadores tienen su fundamentación en el ámbito económico y no en el tributario. El fin buscado modernamente con los tributos aduaneros está muy lejos de procurar recursos para el Estado,

¹PUGLIESE, Mario. *Derecho Financiero*. Pag. 31.

como pudo haberlo sido en los lejanos tiempos del *portorium* romano o de la aun más antigua *liturgia* griega. Los aranceles de aduanas están plagados de prohibiciones, restricciones y tarifas evidentemente dirigidas a desestimular la realización de operaciones con ciertos productos; y, lo que es más, si comparamos las tarifas de los aranceles de aduanas de los países desarrollados con los de los países en vías de desarrollo, notamos que los segundos, con fiscos mucho más pobres y necesitados de recursos, procuran de diversas maneras y en mayor o menor grado disminuir ciertas importaciones, con la consecuente renuncia a la percepción de los tributos correspondientes. Como dice el tratadista argentino Héctor Villegas,² especialmente en cuenta la finalidad predominantemente extrafiscal de este impuesto. Conforme a tal finalidad, las tarifas pueden ser fijadas por circunstancias originadas en objetivos de política económica, tales como protección a la industria nacional, incentivos a la inversión extranjera, lucha contra las prácticas monopólicas y contra el dumping internacional, etc.. Por su lado, Antonio Márquez observa en el gravamen aduanero, además de la tarea específica recaudadora, el deber de instrumentar la política industrial y agrícola encomendada a otros Departamentos Ministeriales, por medio del control de las importaciones y exportaciones. De ahí que la importancia de la renta aduanera en relación con los demás tributos de nuestro sistema no pueda basarse exclusivamente en su aportación financiera al Tesoro Público, que con ser relevante todavía, no constituye índice inequívoco y completo de la eficacia del servicio.³

En términos breves podemos decir que la causa del impuesto aduanero es el aumento del costo de los productos para lograr efectos económicos. El ingreso que percibe el Fisco y que constituye lo que se ha llamado la renta aduanera no es más que un subproducto, tal como lo veremos más adelante, aun cuando en ocasiones puede ser de gran importancia para las finanzas públicas. A través del tiempo y en mayor o menor proporción, este impuesto ha sido un instrumento de política comercial; por ello, resulta tan atípico cuando se enfoca desde el punto de vista del derecho tributario, acostumbrado como está a observar los impuestos como medios de sufragar los gastos públicos.

En cuanto al fin que se persigue con los impuestos de importación, debemos mencionar, fundamentalmente, los derechos protectores y los

²VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Pág. 716.

³MARQUEZ, Antonio. *Estudios Aduaneros*. Pág. 255.

derechos fiscalistas; los primeros tienen una función de política comercial, al encarecer las mercancías extranjeras, confiriendo de esa forma una ventaja al productor nacional que se traduce en la garantía de un precio acorde con sus costos de producción (generalmente más altos), o una ganancia dirigida a fortalecer las industrias existentes o a promover la creación de nuevas. Los derechos fiscalistas están dirigidos a completar o ampliar la tributación. Es bueno señalar que un impuesto establecido con fines fiscales puede, indirectamente, producir un efecto protector, como sería el caso de un gravamen al azúcar que lograría, sin proponérselo, un efecto de arancel protector respecto a sus sucedáneos.

Tributos y tributos aduaneros

Llámanse tributos las prestaciones monetarias o cosas de valor pecuniario que las entidades públicas obtienen coactivamente y por decisión unilateral, de las personas y grupos de personas a quienes afectan las disposiciones legales.⁴ Para otro, son las prestaciones en dinero que el Estado exige, en ejercicio de su poder de imperio y en virtud de una ley, para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines.⁵ Carlos Giuliani Fonrouge concibe los tributos como una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público.⁶ Blumenstein —citado por Giuliani— dice que tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado, o un ente público autorizado al efecto por aquél, en virtud de su soberanía territorial, exige de sujetos económicos sometidos a la misma.

Afincándonos en las definiciones de tan eminentes tratadistas, podemos decir que los tributos aduaneros *son prestaciones monetarias o en especie que el Estado exige de los consignatarios y exportadores, en virtud de ley preexistente y en ejercicio de su poder de imperio, para el cumplimiento de fines de naturaleza fiscal y/o económica.*

La definición intentada establece un claro deslinde entre los tributos en general y los aduaneros. Mientras los impuestos sobre la renta, timbres, fósforos, cigarrillos, alcoholes, donaciones, cigarrillos, y otros de similar

⁴EHEBERG/BOESLER. *Principios de Hacienda*. Pág. 136.

⁵VILLEGAS, Héctor B. Op. cit. Pág. 67.

⁶GIULIANI F., Carlos. *Derecho Financiero*. Tomo I. Pág. 255.

naturaleza y que son llamados genéricamente impuestos internos, persiguen el acopio del dinero que requiere el Estado para solventar los gastos públicos, los derechos de aduana orientan sus efectos —de muy diversa manera y en buena parte de los casos— hacia la economía. No por ello la renta producida por esta actividad deja de ser importante; específicamente, en nuestro país, ella cubre una parte sustancial del presupuesto de gastos y parece estar llamada a jugar un rol de creciente importancia en las finanzas públicas, pero sin que tal importancia modifique su condición fundamental.

Los tributos aduaneros son prestaciones en dinero o en especie; lo primero en la mayoría de los casos, cuando se pagan en las oficinas bancarias habilitadas al efecto las planillas de liquidación emitidas a cargo del contribuyente; en especie, con ocasión del abandono voluntario, cuando el Fisco recibe los efectos abandonados y libera al consignatario o exportador del cumplimiento de las obligaciones causadas con motivo de la aplicación de la Ley Orgánica de Aduanas.

El Estado exige el pago del tributo con prescindencia de la voluntad del obligado; lo hace en virtud de su potestad tributaria y en ejercicio de su poder de imperio.

El hecho imponible y los límites de los tributos aduaneros están establecidos en ley formal, obedeciendo al aforismo *nullum tributum sine lege*, recogido por la Constitución Nacional. (Art. 317)

Los tributos aduaneros, a diferencia de los otros, persiguen un doble objetivo. Por una parte, coadyuvar a la satisfacción de los gastos en que necesariamente debe incurrir el Estado para el cumplimiento de sus fines (objetivo fiscal); por la otra, de naturaleza esencialmente económica, como instrumento regulador de la política económica y comercial del país. Respecto a este tema, acota Héctor Villegas: el tributo puede perseguir también fines extrafiscales, o sea, ajenos a la obtención de ingresos. Así vemos los casos de tributos aduaneros protectores, de impuestos con fines de desaliento o incentivo a determinadas actividades privadas, etc.. Sin embargo, este objetivo extrafiscal adicional (aun siendo la motivación prevaleciente de alguna determinada medida tributaria) no constituye la esencia jurídica de la institución del tributo, sino la utilización para objetivos económicos-sociales de una herramienta de intervencionismo. El Estado puede intervenir activamente en la economía nacional orientándola en virtud de medidas tributarias, y es lógico que así lo haga si de ello se generan beneficios a la

comunidad organizada.⁷

Antes de iniciar un estudio del impuesto aduanero, es conveniente hacerlo con respecto al impuesto en general. Según la Ordenanza Tributaria del Reich, citada por Eheberg, son impuestos las prestaciones en dinero, por una sola vez o continuas, que no representan el pago de un servicio especial, y que una corporación de derecho público impone para la obtención de recursos a todos aquellos a quienes afecta la situación de hecho por la cual la ley impone la obligación de la prestación. Para dicho autor, particularmente, los impuestos son prestaciones al Estado y demás entidades de derecho público, que las mismas reclaman, en virtud de su poder coactivo, en forma y cuantía determinados unilateralmente y sin contraprestación especial, con el fin de satisfacer las necesidades colectivas.⁸ El Modelo de Código Tributario para la América Latina dice que el impuesto es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente (art. 15). El tratadista argentino Héctor Villegas B. lo define como el tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles, siendo estos hechos imponibles ajenos a toda actividad estatal relativa al obligado. Carlos Giuliani afirma que son impuestos las prestaciones en dinero o en especie, exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio, a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles. El Código Fiscal mexicano los conceptúa como prestaciones en dinero o en especie, que el Estado fija unilateralmente y con carácter obligatorio a todos aquellos individuos cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal. Rafael Bielsa lo define «como la parte de riqueza con que todo habitante del Estado, provincia o comuna debe obligatoriamente contribuir para proveer a la realización de los servicios públicos o necesidades colectivas.»⁹

Todos los conceptos anotados son coincidentes acerca del carácter obligatorio del impuesto y sobre la necesidad de sufragar los gastos públicos, de que el Estado o un ente similar disponga de un fondo para enfrentar los compromisos dinerarios en los que tiene que incurrir para el logro de los fines que le son propios.

Volviendo al tema específico que nos interesa, tenemos que la Ley

⁷VILLEGAS, Héctor. Op. cit. Pág. 68.

⁸EHEBERG/BOESLER. *Principios de Hacienda*. Pág. 160.

⁹BIELSA, Rafael. *Ciencia de la Administración*. Pág. 171

Orgánica de Aduanas establece dos tipos de tributos: los impuestos y las tasas.

Clasificación de los impuestos

Los impuestos pueden clasificarse de la más diversa y disímil manera, dependiendo, como es natural, de la óptica del analista; ello hace que sean innumerables las clasificaciones elaboradas, como numerosas las controversias por ellas suscitadas; en consecuencia, sólo referiremos aquellas más relevantes a juicio de los tributaristas más eminentes.

Una primera clasificación es la que los divide en internos y externos. Los primeros serían los que se imponen a actividades realizadas dentro del país y los externos serían los aduaneros, es decir, los que se derivan del ingreso y salida de mercancías del país. Esta clasificación, amén de irrelevante desde el punto de vista práctico, adolece de cierta ilogicidad, pues todos los impuestos son, en realidad, internos, tanto en sus hechos imponibles como en los procesos de determinación y recaudación.

Desde el punto de vista que su producto se dedique a satisfacer necesidades habituales del conglomerado social o a enfrentar situaciones de emergencia, se han dividido en ordinarios y extraordinarios. Con el desarrollo del derecho tributario, se ha mantenido esta clasificación, pero atendiendo al carácter permanente o transitorio del impuesto y no al tipo de necesidad colectiva satisfecha con ellos.

Desde otro ángulo, los impuestos pueden ser reales u objetivos y personales o subjetivos. Dícese de los primeros los que consideran exclusivamente la naturaleza gravada, sin mirar la situación del contribuyente. Los segundos, por el contrario, toman en cuenta tal situación, valorando la capacidad contributiva de aquellos a quienes va dirigido.

Distintos autores (Eheberg entre ellos), dicen que los impuestos personales son los que gravan la capacidad tributaria del contribuyente, tomando en cuenta las circunstancias personales o familiares. En los impuestos reales el impuesto se calcula sólo por determinados caracteres del objeto tributario, sin tener en cuenta la participación individual del sujeto económico ni la situación económica general del sujeto obligado al pago.

Los impuestos se han clasificado también en indirectos y directos. Los primeros son aquellos susceptibles de ser trasladados, es decir, aquellos en

los cuales los contribuyentes de derecho (responsables) y de hecho (contribuyentes) suelen ser personas diferentes, en virtud del traslado de la carga de los primeros a los segundos. En estos casos, el responsable es quien paga al Fisco, pero luego lo pagado es cobrado al contribuyente de hecho, resultando este último quien en definitiva soporta la carga. Son directos los no trasladables o de traslado en extremo dificultoso.

Al respecto dice Duverger que no hay una única distinción científica del impuesto directo y del indirecto. El impuesto directo se apoya sobre el simple hecho de la existencia de una renta o un capital: se debe pagar si se percibe esa renta, si se es propietario de este capital. Por el contrario el impuesto indirecto se basa en el empleo hecho de la renta o del capital. (Distinción de la existencia y del empleo). Desde el punto de vista de la incidencia y repercusión del impuesto —sigue Duverger— hay incidencia directa cuando el que paga el impuesto al Fisco es también el que soporta su peso sobre su capital o su renta. Hay incidencia indirecta —o repercusión— si el que paga el impuesto al Estado no es realmente el que soporta su peso. Por ejemplo, si el comerciante que paga un impuesto sobre un producto incorpora su importe al precio del producto, lo recupera a costa del comprador; asimismo, se distingue el impuesto directo del indirecto por los citados fenómenos de la incidencia y la repercusión. El impuesto directo sería el que tiene incidencia directa, es decir, cuando el que lo paga y el que lo soporta son una sola y única persona, de manera que el impuesto es pagado al Fisco directamente por el contribuyente. Por su parte, el impuesto indirecto sería el impuesto con incidencia indirecta, en el que el Fisco utiliza el fenómeno de la repercusión, de manera que el contribuyente soporta el impuesto *indirectamente* por el hecho de que quien paga el impuesto recupera lo pagado al cobrárselo al comprador.

Para Eheberg, son impuestos directos los que se cobran directamente del destinatario; los indirectos, por el contrario, se cobran a una persona distinta de la que debe soportarlos. Para este autor y en el caso de los impuestos indirectos, el productor o negociante es sólo un recaudador del impuesto en nombre del Estado o de las demás entidades que puedan establecerlo.

De acuerdo a las clasificaciones precedentes, el impuesto aduanero es externo, ordinario, real u objetivo e indirecto. Desde el punto de vista constitucional —según Bielsa— este impuesto es limitativo de la garantía de entrar y salir del territorio y de la libertad de comercio y de navegación

general¹⁰, pero lo es en retribución de las seguridades y beneficios que en él reciben los habitantes.¹¹

El hecho imponible y el hecho generador de la obligación aduanera

La frase *hecho imponible* fue inventada y popularizada por el eminente tributarista Dino Jarach hace más de cincuenta años (1943) y ha tenido la más amplia aceptación por parte de los tributaristas de todo el orbe. Al tratar la estructura y elementos de la relación jurídica tributaria y el hecho imponible, lo hace en los siguientes términos: La relación jurídica tributaria, en cuanto nace de la ley, exige como requisito fundamental para su nacimiento que se verifique en la realidad fáctica el hecho o los hechos definidos abstractamente por la ley como supuestos de la obligación. Este presupuesto de hecho se compone, a su vez, de diferentes elementos: en primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible, esto es, la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación; en cuarto término, la delimitación en el tiempo y en el espacio de esos hechos; en quinto término la cantidad expresada en una suma finita o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible, que representa o arroja como resultado el *quantum* de la obligación tributaria.

El hecho imponible puede ser de naturaleza simple o compuesta. En otros términos, puede tratarse de un conjunto de hechos, de una circunstancia aislada, de una operación o de un conjunto de operaciones o puede consistir en el resultado o el conjunto de efectos de hechos y actos múltiples. En todos los casos, sin embargo, debe tratarse de hechos que produzcan en la realidad la imagen abstracta que de ellos formulan las normas jurídicas.

La característica fundamental del hecho imponible consiste, pues, en su naturaleza de *hecho jurídico* al que la ley vincula el nacimiento de la obligación. Al respecto debe decirse que la obligación nace de la ley en cuanto se verifica

¹⁰ Ver el artículo 64 de la Constitución Nacional.

¹¹ Bielsa, Rafael. *Ciencia de la Administración*. p. 184.

el hecho imponible. La ley no puede generar la obligación sin la existencia en la vida real del hecho imponible que pueda subsumirse en la definición legal. Por otra parte, el hecho imponible no crea por sí solo la obligación, sino que lo hace a través de la ley.

Esta conexión entre el hecho imponible y la norma que es fuente de la obligación, tiene como consecuencia ineludible que el hecho imponible es un «hecho jurídico», esto es, un hecho productivo de efectos jurídicos por voluntad de la ley. Esta afirmación está destinada a eliminar la confusión conceptual que surge de la doctrina según la cual los hechos imponibles son de naturaleza económica antes que jurídica. Este enunciado es profundamente equivocado o por lo menos es causa de confusión. Lo que se quiere expresar es que el hecho imponible no es elegido como tal por el legislador por sus características jurídicas según el derecho privado, sino por sus características económicas o por su contenido económico.

El hecho imponible puede ser resultado de un acto voluntario o de una manifestación de voluntad de uno o más sujetos particulares. Por lo tanto, el hecho imponible puede coincidir con un acto jurídico o negocio jurídico. El principio de que es la voluntad de la ley la que crea la obligación en cuanto se haya verificado concretamente el hecho previsto y definido abstractamente en aquella, tiene como consecuencia que aun cuando el hecho imponible coincida con un acto o negocio jurídico del derecho privado o de derecho administrativo, la ley no reconoce a la voluntad de los particulares eficacia creadora de la obligación tributaria.

Hemos sido reiterativos al señalar que la obligación aduanera es más amplia y exigente que la tributaria, y que contiene a ésta.

El hecho generador de la obligación aduanera, así como el hecho imponible de la obligación tributaria aduanera, es el ingreso o llegada de las mercancías a la zona primaria de la aduana habilitada para la respectiva operación.¹²

Con dicha llegada, no sólo se verifica el hecho imponible, es decir, la situación de hecho a la cual la ley vincula el impuesto, sino que, además, señala el régimen aduanero aplicable a las mercaderías. Hay una evidente duplicidad en el artículo que establece la causación; por un lado, toca lo referente a la causación del tributo, al nacimiento de la obligación tributaria que sólo se

¹² Quedan a salvo los casos en que las mercancías deban ser reconocidas fuera de la zona primaria, así como las exportaciones.

extingue por los medios establecidos en la ley (pago, prescripción, etc.); por el otro, señala que las mercancías estarán sometidas al régimen aduanero vigente para el momento de la llegada y no a ningún otro anterior o posterior. Tal providencia legislativa es quizás la más importante de todo el derecho positivo aduanero con respecto a la seguridad jurídica a que tienen derecho los usuarios de las aduanas. El hecho material de la llegada a la zona primaria aduanera del vehículo que transporta las mercaderías, ha sido utilizado por el legislador para conferirle importantísimas consecuencias jurídicas, tanto tributarias como aduaneras, las cuales trataremos separadamente.

Son muchos los casos que, si bien pueden tener relevancia desde el punto de vista natural o material, no la tienen para el derecho, por cuanto no producen consecuencias jurídicas; ese es el caso de la lluvia, o de la sucesión del día y la noche o de la caída de un rayo; esos y otros hechos son jurídicamente irrelevantes, hasta tanto constituyan supuesto de hecho de una norma jurídica. Así, por ejemplo, si la comisión de determinados delitos durante la noche acarrea un acrecentamiento de la pena por disposición de la ley, un hecho eminentemente natural producido por la rotación del planeta genera una consecuencia jurídica y, en consecuencia, se convierte en un hecho jurídico. Podemos decir, entonces, que todo hecho al cual la ley le otorgue la potestad de producir consecuencias jurídicas, es un hecho jurídico.

La llegada de mercancías a una determinada porción del territorio nacional denominada por la Ley *zona primaria* aduanera, produce dos consecuencias jurídicas: una tributaria, por cuanto con esa llegada se causa el impuesto, nace la obligación de tributar para quien, más adelante, resulte ser el sujeto pasivo de la relación tributaria; por otro lado, dichas mercancías quedan sometidas al régimen aduanero vigente para ese momento, es decir por contrario imperio, que no le pueden ser aplicados regímenes derogados o que no hayan iniciado su vigencia, aun cuando éstos últimos hayan sido publicados y estén consumiendo su *vacatio legis*.

El artículo 86 de la ley Orgánica de Aduanas constituye un pilar fundamental para la seguridad jurídica de los consignatarios y exportadores y evita, como ninguno, controversias que pudieran derivarse de multiplicidad de criterios en cuanto al régimen jurídico aplicable a cada caso en particular.

Respecto a la norma que venimos comentando, es conveniente hacer algunas precisiones. a) Las mercancías de importación y tránsito causan el régimen con motivo de su llegada a una aduana nacional habilitada para la

respectiva operación, sin que se requiera que sea en esa misma aduana donde se vaya a realizar el proceso de nacionalización o a iniciarse el tránsito aduanero. No es otra la interpretación que nos impone el vocablo *cualquier*, utilizado en el primer párrafo de dicho artículo; basta, entonces, que los cargamentos de importación o tránsito aduanero lleguen a una aduana habilitada para la importación o el tránsito, según el caso, para que sea esa llegada la que fije el instante de la causación del tributo y el establecimiento del régimen aduanero aplicable. b) Para que dicha causación se realice, las mercancías deben tener como destino inmediato el territorio aduanero venezolano, como objeto de importación o de tránsito, pues de no ser así resultaría ociosa y hasta contradictoria la locución *aduaa nacional habilitada para la respectiva operación*. El término *respectiva* (*que atañe o se aplica a persona o cosa determinada según el Diccionario de la Real Academia*) juega un papel determinante para este enfoque que, en síntesis, nos indica que las mercancías de importación causan tributo y régimen al llegar a aduana habilitada para la importación, mientras que las de tránsito hacen lo propio al arribar a aduana habilitada para esa operación; las mercancías que lleguen a zona primaria aduanera, pero que estén destinadas a otros países, no producen ninguna consecuencia jurídica desde el punto de vista aduanero y, por ende, no causan tributo ni régimen alguno. c) Hay situaciones en que la mercancías causan el régimen aduanero aplicable, pero no los derechos (bien sean impuestos o tasas); ese es el caso de las mercancías exentas de gravámenes. La exención tributaria en aduanas opera de pleno derecho, con la única condición de que las mercaderías sobre las cuales verse la operación aduanera deben adecuarse a los fines específicos previstos para el sujeto pasivo en las leyes que establecen el beneficio. No así en el caso del Presidente de la República, por cuanto la exención que lo beneficia está establecida en la misma Ley Orgánica de Aduanas y no en leyes especiales (supuesto de hecho) y, por lo tanto, no está sujeto al pronunciamiento de la autoridad administrativa acerca de su procedencia. d) En el caso de las mercancías exoneradas, los tributos se causan y liquidan, pero no llegan a exigirse en virtud de la condonación autorizada por la Ley y previamente prometida por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Hacienda.

En síntesis, podemos afirmar que todas las mercancías (salvo las exentas) causan los gravámenes aduaneros establecidos, es decir, que la llegada de cualquiera de ellas a la zona primaria de la aduana habilitada para la operación de que se trate, verifica el hecho imponible, es decir, hace que

se verifique la hipótesis condicionante del tributo.

En algunos casos, el hecho imponible y la causación del régimen aduanero aplicable puede no coincidir con la comentada llegada de las mercancías a la zona primaria aduanera; tal es el caso de las mercancías de exportación cuyo reconocimiento se efectúe fuera de dicha zona, en cuyo caso la causación de impuesto y régimen se verificará en la fecha de la declaración formulada por el exportador a la oficina aduanera. Igual discordancia se presenta para las importaciones fraccionadas (embarques fraccionados), cuyos tributos y régimen aplicable a todas las porciones llegadas por separado, serán los causados por la primera en arribar a la zona primaria de cualquier aduana nacional habilitada para la importación.

Impuesto aduanero

Es la prestación en dinero que el sujeto pasivo de la operación aduanera da al Estado, en atención a su poder coactivo, con el objeto de ser autorizado para introducir o extraer mercancías del territorio aduanero nacional.

Respecto a este intento de definición debemos hacer varias consideraciones. Con respecto al impuesto (no así en referencia a los tributos aduaneros), nos referimos exclusivamente a la prestación dineraria, obviando intencionalmente el pago en especie antes señalado; ello es así, por cuanto si bien es posible tributar en especie, en el único caso que esto es permitido por la Ley (abandono voluntario), el abandonante se libera de la obligación tributaria, pero no recibe la autorización para introducir o extraer mercancías del territorio aduanero.

Dejando a salvo las obligaciones no tributarias presentes en toda operación aduanera, podemos decir que con el pago de los tributos el consignatario o exportador (sujeto pasivo) obtiene del Estado una autorización o, en otros términos, la suspensión de una prohibición; pues no otra cosa que una prohibición es la que pesa respecto a la extracción e introducción de bienes al territorio de un país, la cual es suspendida para cada caso en particular cuando se cumplen los trámites y obligaciones y se satisfacen tributos legalmente establecidos.

Con independencia de los beneficios que pueda recibir como miembro de la sociedad, es evidente que quien paga un impuesto aduanero obtiene, particularmente, el beneficio de poder hacer lo que anteriormente le estaba

prohibido; quien satisface un impuesto de otro tipo, no obtiene autorización alguna, pues con dicho pago lo único que se logra es substraerse a las penas establecidas por el derecho a los defraudadores fiscales. Tanto en uno como en otro impuesto, notamos omnipresente la voluntad estatal obligándonos a observar una determinada conducta, bajo la amenaza de aplicarnos sanciones de variada naturaleza e intensidad.

Se lee en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas: Para erradicar posibles vicios de inconstitucionalidad, dispone el proyecto que la materia u acto gravados no son las operaciones aduaneras realizadas sobre determinadas mercancías, sino la importación, exportación y tránsito en general. De esta manera –dice la Exposición– se preserva el principio de legalidad consagrado en el artículo 224 (ahora 317) de la Constitución, pues la Ley fija el impuesto a las operaciones aduaneras en tanto que el Arancel de Aduanas, que es un Decreto, lo fija para las mercancías.

A título de preámbulo, tomemos de Maurice Duverger lo siguiente: se han propuesto muchas definiciones del impuesto. La más celebre es la de Gastón Jéze, que fue uno de los más importantes hacendistas clásicos: «El impuesto es una prestación pecuniaria, obtenida de los particulares autoritariamente, a título definitivo, sin contrapartida y para la cobertura de las cargas públicas.» Esta definición –sigue Duverger– puede ser admitida aún actualmente, con algunos retoques. Es conveniente decir «una prestación pecuniaria directa» para distinguir el impuesto de las medidas monetarias que tienen a veces como resultado una exacción indirecta sobre los bienes de los particulares. También es preciso decir para la cobertura de las cargas públicas o para la intervención del Estado, ya que algunos impuestos modernos no sirven, propiamente hablando, para cubrir los gastos públicos; lo principal de ello no es que procuren dinero al Estado sino que privan a los particulares de una parte de su poder de compra.

Giuliani Fonrouge hace un interesante comentario respecto a los derechos aduaneros, contradiciendo la concepción de algunos autores respecto a que no existe una relación creditoria contra persona determinada, sino que el derecho del Estado constituye un vínculo que recae sobre la cosa misma, que es una carga impuesta a las mercaderías que trasponen el linde aduanero. Quienes así razonan –dice Giuliani– se afilian a la tendencia que cree posible que, además de las personas, pueden ser sujetos de las obligaciones tributarias las cosas consideradas en sí mismas y aun los actos, confundiendo el objeto del impuesto con el sujeto del vínculo jurídico que

deriva de aquél. Por cierto que los tributos pueden recaer o tomar en cuenta a personas, actos o cosas, pero esto es independiente de las relaciones jurídicas que surgen de ellos, que siempre exigen una persona como deudor o responsable. Sigue este autor diciendo que en los impuestos aduaneros se crea un vínculo jurídico entre el Estado y la persona que por cuenta propia o ajena efectúa *el movimiento de la mercadería*, y así resulta del contexto de las legislaciones de todos los países. Las disposiciones que autorizan el derecho de secuestro o aprehensión de las mercaderías, que no sólo rigen en materia aduanera sino también en numerosos gravámenes al consumo —especialmente alcoholes y tabacos— son medidas de garantía o privilegio en favor del Fisco, pero que no hacen mella a la naturaleza jurídica de la relación.¹³

Tasas

La doctrina ha estudiado profusamente este tributo y producido una cantidad importante de definiciones; así, se dice que la tasa es un tributo cuyo hecho generador está integrado con una actividad del Estado divisible e inherente a su soberanía, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente. Eheberg sostiene que las tasas son exacciones especiales de personas que requieren o provocan en casos particulares la actuación de los funcionarios o la utilizan en interés propio. Agrega que son remuneraciones especiales, establecidas unilateralmente, de servicios prestados por los órganos administrativos, cuando éstos funcionan en cumplimiento de deberes de derecho público, a instancia o en provecho de los particulares.¹⁴

Rafael Bielsa señala que la tasa «es la cantidad de dinero que la entidad pública Estado, provincia o municipalidad o institución autárquica percibe de los contribuyentes en pago de la prestación de servicios públicos divisibles efectuados con fines de utilidad general.» Para dicho autor, «a diferencia del impuesto, la tasa se refiere a un servicio *determinado*: la tasa (contribución *especial*) está en correlación con el servicio prestado, que es, por eso mismo, divisible; al paso que el impuesto es contribución *general*, pagada por un servicio indivisible. La tasa es *institución administrativa* más que fiscal.» Señala este autor otras diferencias entre tasas e impuestos que vale la pena reseñar:

¹³ GIULIANI F., Carlos. *Derecho Financiero*. Tomo I. Pag. 334.

¹⁴ VILLEGAS, Héctor. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Pag. 90.

1) Difiere también la tasa del impuesto en punto al criterio de distribución, porque –según dijimos ya– mientras la tasa se dirige principalmente a cubrir el gasto determinado, el impuesto tiene en vista la cantidad de riqueza poseída (capacidad contributiva). 2) Respecto al fenómeno de la traslación y repercusión la tasa difiere notablemente del impuesto, porque en éste ese fenómeno tiene una influencia evidente, mientras en la tasa es cuestión secundaria o nula. 3) Para que una tasa sea legítima, es necesario que el servicio prestado sea real, y que su medida no exceda del importe de los gastos determinados por quien lo paga.¹⁵

A continuación, señala con respecto a las tasas: «Además, el servicio debe justificarse por una necesidad de quien lo pide o utiliza. No es cuestión de crear servicios innecesarios para aumentar la burocracia y trabar las actividades constitucionalmente libres. En general, la mayoría de las tasas de inspección son inconstitucionales porque esas inspecciones no tienen causa; al contrario, son actos policíacos, de entrometimiento y hasta de espionaje político. Y si por sí solos son reprobables, con mayor razón lo son si ese «servicio» debe retribuirse con tasa. Un servicio que no se presta no autoriza el pago de tasa, pues le falta causa jurídica y es una exacción inconstitucional.»¹⁶

Para el Modelo de Código Tributario para América Latina, tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente (art. 16).

En todos los casos concuerdan los autores que la tasa es el pago que hace el particular por un servicio directamente recibido del Estado. Refiriéndonos a ellas, podemos decir que quien paga es quien recibe, por lo que tasa se asemeja a la idea de *precio* en el derecho privado. Lo pagado por concepto de tasa no se difumina en un beneficio general para la colectividad como en el caso del impuesto, sino que, por el contrario, produce un concreto, efectivo e individualizado servicio al contribuyente.

Las tasas se distinguen de los impuestos en que ellas se recaudan con motivo de servicios especiales que se solicitan a las instituciones públicas; el impuesto, por el contrario, no produce una contraprestación divisible y

¹⁵ Bielsa, Rafael. Ciencia de la Administración. Pp 192 y 193.

¹⁶ Bielsa, Rafael. Op. Cit. P. 193.

¹⁷ BERLIRI, Antonio. Principios de Derecho Tributario. Pag. 314

determinable a favor del particular y no es consecuencia de un acto voluntario del obligado (transitar por una autopista, por ejemplo). El impuesto se exige para la satisfacción de los gastos públicos generales (educación, seguridad, defensa, sanidad, etc.) y constituye, a las claras, una imposición unilateral del Estado en ejercicio de su poder coactivo, realizada –como ya dijimos– con prescindencia absoluta del querer del sujeto pasivo u obligado. Por su parte, las tasas están relacionadas, en cierta forma, con la voluntad de este último; el Estado fija su cuantía soberanamente, lo que la distingue del precio regulado por los derechos civil y mercantil, pero el ciudadano queda en libertad de usar o no el servicio, a su libre elección, cosa impensable cuando de impuestos se trata. Berliri sostiene que el criterio diferenciador entre tasas e impuestos es la relevancia o irrelevancia de la voluntad del contribuyente en orden a su nacimiento (los impuestos son obligaciones independientes de tal voluntad, mientras que las tasas, por el contrario, prestaciones voluntarias, o mejor, espontáneas). Para este autor, el impuesto es siempre una obligación, mientras que las tasas sólo excepcionalmente son obligaciones y, además, espontáneamente asumidas.¹⁷

Las tasas aduaneras son las que deben pagar los usuarios de servicios prestados fuera de las horas ordinarias de labor o en días inhábiles (habilitación); las que deben pagar los consignatarios y exportadores por la determinación del régimen jurídico y tributario aplicable a las mercancías sobre las cuales verse una operación aduanera (servicios de aduana); la que es exigible con motivo de la permanencia de mercaderías en almacenes, patios y demás dependencias adscritas a las aduanas (almacenaje) y, por último, la que se cobra por las clasificaciones arancelarias consultadas por los contribuyentes.

Como es fácilmente constatable, el pago de cualquiera de estas tasas aduaneras está íntimamente relacionado con la prestación de un servicio por parte del Estado o de quien haga sus veces; por lo demás, dichos servicios son exigidos voluntariamente por los particulares ya que, hasta la misma tasa por servicios de aduanas que en principio pudiera parecer imposición unilateral del Estado, se exige en virtud de la disposición voluntaria del sujeto pasivo de realizar alguna operación aduanera que, en todos los casos, requiere por parte del sujeto activo un esfuerzo que justifica una contraprestación.

Obligación tributaria y obligación aduanera

A lo largo de este estudio, hemos notado como la obligación aduanera de dar, hacer y no hacer, es de contenido mucho más amplio que la obligación tributaria. Toda obligación tributaria tiene como objeto fundamental la satisfacción del tributo y conlleva otras accesorias dirigidas a la determinación del monto de la prestación. Así, los sujetos pasivos tributarios deben realizar declaraciones, aportar pruebas que las sustenten y, en general, cumplir con una serie de deberes denominados *formales* por el Código Orgánico Tributario.

Para la legislación aduanera, el pago de los tributos es condición necesaria pero no suficiente. No basta pagar los derechos aduaneros liquidados a cargo del sujeto pasivo para poder retirar las mercancías de la zona primaria; la obligación aduanera va más allá de lo meramente tributario, aun cuando la contiene. Además de pagar (dar), el sujeto pasivo aduanero debe satisfacer obligaciones de tipo procedimental (hacer) y está sujeto a prohibiciones y limitaciones (no hacer) que, en su conjunto (dar, hacer, no hacer) trascienden lo específicamente tributario.

Quien paga o hace uso de las otras formas de extinguir la obligación tributaria, queda liberado de ella. Para el derecho aduanero, el sujeto pasivo queda liberado de sus obligaciones para con el Estado cuando satisface cabalmente los tributos y, además, cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa legal aduanera. Así pues, la prestación que el sujeto pasivo aduanero debe al activo (Estado) va más allá de la simple tributación y, lo que es más, en algunas circunstancias esa tributación puede no ser requerida (caso de exportaciones, importaciones exentas, totalmente exoneradas o libres de gravámenes); pero a lo que nadie puede substraerse es a la intervención de las aduanas en la internación o extracción de bienes, al cumplimiento de los requisitos a los que ellos se encuentren sometidos y a la realización de los trámites respectivos ante una oficina aduanera.

Berliri (1964) sostiene, con gran agudeza y sobrada razón, que no todos los límites a la libertad de las personas impuestos por motivos fiscales presentan igual importancia; en efecto, algunos miran únicamente a asegurar mejor la liquidación o recaudación de un impuesto o de una tasa, pero sin influir en modo alguno sobre su nacimiento o estructura y, por tanto, tienen carácter meramente accesorio respecto a una tasa o a un impuesto; otros,

en cambio, aun estando ligados a un impuesto, a una tasa o a un precio de monopolio, poseen una individualidad mayor que puede llegar incluso a hacerles asumir el aspecto de figura principal frente al tributo, degradado en cambio a una función meramente accesorio. Para captar la profunda diferencia entre los dos grupos, basta confrontar la prohibición que pesa sobre los magistrados de dictar resoluciones «sobre títulos de rentas sujetas al impuesto de riqueza mobiliaria y que no hayan sido declarados», con la prohibición de utilizar y negociar títulos extranjeros sin someterlos previamente al impuesto de timbre. Si la primera prohibición fuese abolida, el impuesto de riqueza mobiliaria continuaría existiendo tal y como es: todo quedaría reducido a la pérdida de una garantía contra la posibilidad de evasión por parte de los contribuyentes; en cambio, si desapareciese la segunda prohibición, el impuesto de timbre sobre los títulos extranjeros desaparecería, toda vez que cesaría la razón de someterlos a tal tributo. La diferencia entre los dos grupos no es sólo una diferencia de eficacia, sino también de contenido, en cuanto es fácil observar que las prohibiciones del segundo grupo –que podrían llamarse prohibiciones principales– o crean en los ciudadanos una necesidad que de otra forma no existiría y cuya satisfacción exige el pago de una tasa, de un impuesto o de un precio monopolístico, o crean un monopolio fiscal, mientras que las prohibiciones del primer grupo –las accesorias– o limitan en modo absoluto una actividad, o crean una necesidad cuya satisfacción implica el pago de una tasa o de un impuesto, que en todo caso ya serían debidos por otro concepto.

Sujetos activos y pasivos

Sujeto Pasivo tributario

En términos generales y para cualquier tributo, el sujeto pasivo es el que jurídicamente debe pagar la deuda tributaria, independientemente de su condición o no de contribuyente

Como ya lo dijimos al tratar lo referente a la declaración de mercancías, el sujeto pasivo de la relación tributaria aduanera no es el contribuyente, es decir, el que realmente soporta el tributo, sino el responsable, en la acepción utilizada por el Código Orgánico Tributario. Desde el punto de vista aduanero, el sujeto pasivo y responsable tributario es el consignatario aceptante (casos de importación y tránsito aduanero) o el exportador.

La Ley es muy clara al señalar una doble consecuencia por la llegada

de las mercancías a la zona primaria de cualquier aduana nacional habilitada para la operación de que se trate. Desde el ángulo tributario, se causa el impuesto, se verifica el hecho imponible; desde el punto de vista del régimen jurídico-aduanero, se ocasiona el que corresponde a ese caso en particular.

Sujeto pasivo aduanero

Para la legislación aduanera, el sujeto pasivo es el obligado al pago de los tributos, a la ejecución de ciertas actividades y a la satisfacción de los requisitos establecidos en sus normas.

En sus relaciones con el Estado, el sujeto pasivo queda obligado a *hacer*, a *no hacer* y a *tolerar*.

Hacer: Trasladar las mercancías hasta zona primaria, declararlas correctamente, pagar los tributos y retirarlas en su oportunidad.

No hacer: No evadir la intervención aduanera (ni directa ni indirectamente); no ocultar mercancías en el reconocimiento; no simular cumplimiento de requisitos aduaneros esenciales; no desviar, disponer o sustituir mercancías sujetas a régimen de depósito aduanero, etc., etc..

Tolerar: Tolerar el ejercicio de la potestad aduanera en todas sus manifestaciones, tales como: visitas de fiscalización y el ejercicio de controles dirigidos a la prevención y represión de ilícitos fiscales.

La condición de sujeto pasivo no debe entenderse como un cúmulo de deberes y una ausencia de derechos; por el contrario, este sujeto es titular de innumerables derechos establecidos tanto en la legislación aduanera como en las leyes que regulan las relaciones de los ciudadanos con la Administración. A título de ejemplo, podemos citar: el derecho de que le sea informada la llegada de las mercancías; el derecho a participar en el acto de reconocimiento y a realizar las observaciones que estime procedentes; el derecho a que la aduana cumpla los lapsos; el derecho a solicitar nuevos reconocimientos; el derecho a interponer recursos y a obtener oportuna respuesta; el derecho a que sus mercancías sean protegidas durante todo el tiempo en que deban permanecer depositadas en la zona primaria aduanera, etc..

Estos derechos del consignatario aceptante o exportador nos señalan que en el Fisco Nacional es *sujeto pasivo aduanero* ante aquellos, pues está obligado a hacer, no hacer y tolerar, es decir, a respetar y hacer respetar los derechos de los usuarios de las dependencias aduaneras.

Sujeto activo

Para Berliri el Estado es, sin discusión posible, el más importante de los sujetos activos, y esto no tanto por el hecho de que los impuestos que aplica son más numerosos y económicamente más relevantes que los establecidos por los entes menores (circunstancia ésta, dentro de ciertos límites, accidental), sino por el hecho de que su potestad es necesariamente ilimitada, mientras que la de los otros sujetos está circunscrita dentro de determinados límites.

En la relación jurídico-tributaria que se forma con motivo de la realización de operaciones aduaneras, sólo el Estado (Fisco Nacional) es sujeto activo, fundamentándose en su soberanía financiera y en su poder de imperio.

Objeto de la obligación tributaria

Por objeto de la obligación tributaria se entiende la prestación pecuniaria debida por el sujeto pasivo de la obligación misma al Estado, por medio de la cual la obligación tributaria se extingue.¹⁸ A decir de Dino Jarach, el objeto de la obligación tributaria es la prestación, el mismo tributo que debe ser pagado por los sujetos pasivos y cuya pretensión corresponde al sujeto activo.¹⁹

Extinción de la obligación tributaria

Además del pago, que es la forma por excelencia de extinguir la obligación, existen otras figuras que en determinados casos pueden producir el mismo efecto. Ellas son la compensación, la confusión, la remisión, la declaratoria de incobrabilidad y la prescripción. Todas y cada una de estas formas se rigen por lo establecido en el Código Orgánico Tributario, en virtud del claro mandato contenido en su artículo 1° respecto a los medios de extinción e los tributos aduaneros.

¹⁸Pugliese, Mario. Op. cit. Pág. 110

¹⁹La Prescripción de las deudas aduaneras Tributario. Pág. 176

De las figuras nombradas, la única citada expresamente en nuestro ordenamiento aduanero es la prescripción, desde dos puntos de vista: cuando el acreedor sea el Fisco Nacional, el lapso para prescribir es de cinco años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles; cuando lo sea el contribuyente, el lapso será de dos años. En el primer caso, el tiempo para prescribir empezará a correr a partir de la fecha en que los derechos sean exigibles, es decir, una vez que hayan sido liquidados y la planilla contentiva de esa liquidación notificada al deudor. En el segundo, la Ley es clara al establecer que los créditos del contribuyente contra el Fisco Nacional prescribirán a los dos años, contados a partir de la fecha de la operación o acto que dio lugar al crédito. Todo este dispositivo fue derogado por el Código Orgánico Tributario, pero en virtud de la reforma de la Ley Orgánica de 1999, donde se inserta un artículo con idéntico texto al derogado, renace el dispositivo, no porque renazca la norma derogada, pues ello no es posible dado que las normas derogadas jamás readquieren vigencia, sino porque inicia su vigencia una nueva disposición con similar texto.

Enneccerus-Nippederdey, citados por Argañaras,²⁰ señalan que la prescripción sirve a la seguridad general y a la paz jurídica, las cuales exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas, por cuanto sin ella, nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento, extinguidas de antiguo, si, como sucede con frecuencia, hubiese perdido con el curso del tiempo los medios de prueba para su defensa. Giorgi, citado por el mismo autor, expresa: un derecho que no se manifiesta... por la inactividad del acreedor, es un derecho que falta a su finalidad y equivale para la humana justicia, a un derecho que no ha existido: lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años.

A decir del artículo 1.952 del Código Civil, la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones establecidas por la ley; está sujeta a causas de interrupción y de suspensión, debe ser opuesta por el interesado como defensa de fondo para que sea resuelta previamente, por cuanto constituye excepción de inadmisibilidad. La prescripción puede renunciarse, una vez adquirida, de manera expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer uso de ella (Arts. 1.954

²⁰ ARGANARAS, Manuel. *La Prescripción Extintiva*. Pág. 7.

y 1.957, ejusdem).

Pero lo que más nos interesa dilucidar con respecto a la prescripción liberatoria, es lo relativo a su comienzo y a las formas de interrumpirla. Parece obvio que la prescripción comienza en el mismo momento en que nace la acción, ya que mientras el derecho del acreedor sea solamente potencial pero no exigible, no estaríamos en presencia de la inacción necesaria para que se inicie el lapso para prescribir. La doctrina sostiene, con sobrada razón, que la acción que aun no ha nacido no se prescribe, pues si existiera un impedimento de cualquier tipo –legal o convencional– para que el derecho creditorio sea ejercido, la prescripción no puede comenzar, puesto que el tiempo dado para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción y no puede reprocharse al acreedor de no haber accionado en una época en que su derecho no estaba expedito. Si así no fuera, podría suceder que el derecho quedara perdido antes de poder ser reclamado, lo que sería tan injusto como absurdo (Planiol, 1931).

La Ley Orgánica de Aduanas acoge esta posición doctrinaria, al fijar el comienzo del lapso para prescribir la fecha en la cual los derechos se hacen exigibles (Fisco acreedor), o la fecha de la operación o acto que dio lugar al crédito, cuando el acreedor sea el contribuyente. Respecto a este comienzo surgen nuevas interrogantes acerca de si es necesario que las planillas de liquidación emitidas con motivo de una operación aduanera sean formalmente notificadas o si, por el contrario, basta que se venza el plazo para emitir las para que se inicie el tiempo para prescribir. En nuestro criterio, aceptar la idea de la notificación equivaldría admitir que la falta de diligencia por parte del acreedor en la producción de las planillas le generaría un beneficio, lo cual sería aceptar la antijurídica noción de que torpeza o negligencia puedan ser alegadas en beneficio de quien las comete y en perjuicio de su deudor. En el caso específicamente aduanero, el Fisco protege sus derechos mediante la prenda que ejerce sobre los efectos objeto de operación aduanera o, si fuere el caso, mediante la garantía sustitutiva, pero puede darse el caso que una incorrección en la declaración no percibida por los funcionarios competentes, haya dado lugar a la emisión de planillas por montos inferiores a los legalmente liquidables. En estos casos, todo parece señalar que el lapso para prescribir tiene su punto de partida el día mismo en que se efectuó el pago basado en las planillas de liquidación emitidas por un monto inferior al legalmente correspondiente. ¿Por qué? Porque en ese preciso momento queda expedita la acción del Fisco Nacional para

cobrar lo dejado de percibir en virtud de la liquidación deficitaria y empieza a correr, en consecuencia, esa suerte de castigo con que la ley sanciona la inacción del acreedor.

Son muy variadas las situaciones que pueden dar lugar al inicio del plazo para prescribir, pero sea cuales fuesen éstas podemos determinar ese inicio estableciendo el momento en que el acreedor podía ejercer su derecho de exigir el pago, por no existir trabas o impedimentos convencionales o legales para ello o, habiendo existido anteriormente, hayan desaparecido y, en consecuencia, cesado en sus efectos.

La prescripción puede interrumpirse o suspenderse. A diferencia de la suspensión que detiene o paraliza el curso de la prescripción, la interrupción es un hecho que destruye la eficacia del tiempo transcurrido e imposibilita el cumplimiento de la prescripción comenzada. Puede, si, iniciarse un nuevo período de prescripción, cuando se haya extinguido el poder interruptor de aquel hecho; pero la prescripción que se inicia es nueva y precisará que transcurra todo el tiempo requerido por la ley, siendo inútil el transcurrido anteriormente que no puede, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión, sumarse al nuevo período (De Ruggiero, 1962).

Los medios para interrumpir y suspender la prescripción de los créditos aduaneros, son los señalados por los artículos 55 y 56 del Código Orgánico Tributario, en virtud de que la Ley Orgánica de Aduanas nada observa al respecto, por lo que resulta procedente la aplicación supletoria de las normas del citado instrumento

En la Ley Orgánica de Aduanas subyace la figura tributaria del resarcimiento, la cual tiene su fuente en el concepto civil del enriquecimiento sin causa, magistralmente tratado por el Código Civil en los siguientes términos: Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido (Art. 1.184). En el diario intercambio entre el sujeto activo y pasivo de la relación tributaria, es posible que el obligado haya pagado a quien no era el destinatario legal tributario, es decir, a quien no debía recibir el tributo o que, siendo tal destinatario, lo era en una cantidad inferior a la recibida. En ambos casos, y de acuerdo con el referido artículo de la Ley Orgánica de Aduanas, el Fisco Nacional deberá reintegrar el monto de lo indebidamente recibido.

La que para nuestro Código Orgánico Tributario es la declaratoria

de incobrabilidad, para la legislación aduanera es la *declaratoria de oficio de la prescripción* cuando las gestiones cobro hayan sido totalmente infructuosas. De esta forma, el legislador admite que en determinadas circunstancias puede resultar aconsejable declarar la prescripción no alegada, para sincerar la contabilidad fiscal y hacerla más manejable y representativa de la realidad. De todas formas, no podemos perder de vista que por mandato del artículo 1º del referido Código, éste se aplicará en lo atinente a los medios de extinción de los tributos aduaneros.

El pago de las cantidades de dinero liquidadas a cargo de los contribuyentes con motivo de la realización de actos u operaciones aduaneras, debe efectuarse en el lugar, la fecha y la forma establecidos en el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas o, en otros términos, en una oficina receptora de fondos nacionales, previa presentación de la respectiva planilla de liquidación y dentro del lapso que corresponda.

En el ámbito aduanero no es aplicable la figura del pago con subrogación; así, una persona distinta al consignatario aceptante que haya pagado en su nombre, no puede exigir que le sean entregadas las mercancías, dado que la presunción contenida en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Aduanas es inamovible y, en consecuencia y a todo evento, quien haya declarado las mercancías se considerará como su propietario y está sujeto a las obligaciones y derechos que se causen con motivo de la operación aduanera respectiva. La Ley no admite traslación de esos derechos ni la sustitución de una persona por otra que, al fin y al cabo, es lo que se denomina subrogación.

Compensación

Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas (Art. 1.331 del Código Civil). Hasta tanto entró en vigencia el Código Orgánico Tributario, era aplicable el artículo 5º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que declaraba inadmisibles la compensación contra el Fisco, independientemente del origen y naturaleza de los créditos que pretendieran compensarse. Este mandato legal que resultaba repugnante a cualquier sentido de equidad, vino a ser reemplazado por una norma mucho más moderna y equitativa contenida en el artículo 46 del referido Código, y que a la letra reza: La administración tributaria declarará, de oficio o a petición de parte, la compensación de los créditos líquidos y exigibles del contribuyente por

concepto de tributos y sus accesorios, con las deudas tributarias igualmente líquidas y exigibles, referentes a períodos no prescritos, comenzando por los más antiguos y aunque provengan de distintos tributos, siempre que se trate del mismo sujeto activo. También son compensables los créditos por tributos con los que provengan de multas firmes, en las mismas condiciones establecidas en el encabezamiento de este artículo.

Confusión

Cuando se reúne en una sola persona la calidad de deudor y de acreedor, la deuda se extingue por confusión. Por disposición del artículo 48 del Código Orgánico Tributario, dicha extinción no opera de pleno derecho, sino que debe ser decidida por el Ministro de Finanzas mediante Resolución, cuando las circunstancias así lo aconsejen. La figura de la confusión como forma de extinción de la obligación tributaria, parece no existir en el ámbito aduanero, al punto de que el literal a) del artículo 91 de la Ley Orgánica de Aduanas, establece la posibilidad de exonerar total o parcialmente los impuestos aduaneros (no las tasas) para los efectos destinados a la Administración Pública nacional, siempre y cuando dichos efectos sean necesarios para el servicio público. Para Jarach (1969), es posible que el Estado esté sujeto a la obligación tributaria cuando así lo establezca expresamente la Ley, en cuyo caso no hay confusión entre el deudor y el acreedor.

Se ha suscitado una larga disputa acerca de si el Estado nacional, los estados regionales y los municipios pueden ser destinatarios legales del tributo. Jarach, entre otros, sostiene que ello no es posible, por cuanto técnicamente carecen de capacidad contributiva, entendiendo como ésta la apreciación por parte del legislador de que el hecho económico que se ha verificado para el sujeto le permite distraer una suma de dinero de sus necesidades privadas para destinarla a contribuir a los gastos públicos. Pero estos conceptos básicos del hecho imponible no tendrían sentido –sigue el autor– si el hecho imponible se atribuyese al Estado, a las entidades públicas o a las dependencias de ellas. Las situaciones o las actividades económicas de las mismas nunca representan capacidad contributiva porque toda la riqueza del Estado ya sirve directamente a las finalidades públicas y sería sin sentido atribuirle una capacidad de contribución a las finalidades para las cuales toda su actividad y su existencia misma están destinadas. Concluye este eminente autor que la atribución de hechos imposables a los entes estatales cuando

resulte evidente la voluntad legislativa de equiparar completamente una empresa pública a las empresas privadas, sometiéndolas al mismo régimen jurídico y económico.

Al referirse a la obligación de pagar tributos aplicada a reparticiones o empresas estatales, Héctor Villegas (1992) no advierte sentido en que el Estado distraiga bienes de su patrimonio para que éstos vuelvan a ingresar a dicho patrimonio por otro conducto. La finalidad –señala– puede ser la de canalizar en forma diversificada, por medio del presupuesto, las masas monetarias que se transfieren de un sector a otro de la economía estatal, o quizás el objetivo esté encaminado al mejoramiento interno de las entidades estatales, tratando de asimilarlas en lo posible a las empresas privadas. Continúa el autor señalando que lo dicho lo lleva a pensar que los «tributos» que paguen las reparticiones o empresas estatales no son verdaderamente tales, sino tan sólo transferencias de fondos de un sector a otro de la economía estatal.

Condonación o remisión

Desde el punto de vista tributario, la condonación o remisión es el perdón de una deuda y sólo puede ser por ley de alcance general. En la legislación aduanera venezolana, la única mención a esta figura es la contenida en el texto que establece la facultad del Ministro de Hacienda de rebajar o eximir sanciones, y está circunscrita, exclusivamente, a casos concretos de multa, comiso. La locución *demás sanciones* es una clara referencia a las penas de suspensión y revocación para actuar como agente de aduanas y a las penas accesorias a las de arresto, prisión y presidio. En virtud de la reforma de 1999, esta facultad del Ministro desaparece, con lo que queda aun más claro que las normas aduaneras no autorizan la condonación o remisión de deudas y que el perdón de las penas corporales es facultad exclusiva del Presidente de la República, tal como lo analizamos con más detalle en otra parte de este libro.

CAPÍTULO VII

LAS ADUANAS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Anteriormente afirmamos que las operaciones aduaneras son actos jurídicos dirigidos a eliminar las restricciones al tráfico internacional de bienes, impuestas por el Estado en ejercicio de su poder y que, como tales actos jurídicos, dichas operaciones son voluntarias, autorizadas por la ley y dirigidas a producir un efecto jurídico.

El ejercicio del poder del Estado en materia aduanera se materializa en la aplicación de un conjunto de prohibiciones, restricciones, regulaciones y tributos establecidos por la ley y aplicados por órganos administrativos competentes que, vistos en conjunto, constituyen el servicio aduanero.

Al profundizar en la razón de ser de las aduanas hasta llegar a su origen, nos encontramos con que su punto de partida, su fundamentación primera se encuentra en un *no hacer*, en una prohibición. Casi todos los estados del mundo prohíben que las mercancías ingresen o salgan de su territorio por lugares distintos a los autorizados para ello; la desobediencia a esta prohibición constituye delito y, en el caso venezolano y de muchas otras naciones, casi siempre acarrea penas de índole corporal y el comiso de los efectos. Esta prohibición es el punto de partida de toda la actividad aduanera subsiguiente; el ingreso o salida de mercancías del territorio de un país sin que medie operación aduanera es contrario a derecho y acarrea penas de bastante gravedad.

El propietario de un bien tiene el derecho, en principio, de trasladarlo de un lugar a otro dentro o fuera del país, pero ese derecho, como ya hemos comentado, está restringido persiguiendo fines de bien común. La prohibición de introducir o extraer mercancías por lugares no autorizados para ello es absoluta, encontrado su única excepción en los casos de

accidentes de navegación regulados en el Capítulo VII del Título II de la Ley Orgánica de Aduanas.

No debemos confundir la prohibición a que nos hemos venido refiriendo con la clasificación de *prohibidas* aplicadas a algunas mercancías en el Arancel de Aduanas. Las mercancías arancelariamente prohibidas son aquellas que no pueden ingresar ni salir del país lícitamente ni siquiera por los lugares habilitados para la realización de operaciones de importación, exportación o tránsito. Bueno es que quede claro que aun sobre aquellas mercancías libres de gravámenes aduaneros y no sujetas a restricción alguna, pesa la prohibición de ser introducidas o extraídas por lugares no autorizados, es decir, por sitios donde no haya aduana debidamente habilitada para la respectiva operación o sin que se cumplan los trámites ordenados por la Ley.

Pero cuando el Estado obliga a que los vehículos destinados a territorio aduanero nacional deben arribar a una aduana habilitada para la operación que se pretenda realizar y que los transportes que hayan tomado carga de exportación o de tránsito a zarpar de aduana habilitada para la operación respectiva, se está imponiendo, a su vez, un cometido esencial y la obligación de mantener en perfecto estado de operatividad a las unidades administrativas llamadas a ejercer los controles establecidos en la legislación aduanera; esos controles, al igual que cualquier otra actividad administrativa, deben realizarse con sujeción a la Constitución, leyes, reglamentos y demás disposiciones legales aplicables que, en su conjunto, constituyen el *bloque de la legalidad*. Para cumplir este o cualquier otro cometido, la administración pública debe desarrollar una actividad dirigida a producir actos jurídicos y a realizar operaciones materiales, ajustándose estrictamente a las reglas de derecho.

A esa sujeción estricta y obligatoria, dedicaremos los siguientes párrafos.

Las operaciones aduaneras. Carácter jurídico

Mucho se ha hablado y escrito acerca de la importación, la exportación y el tránsito. Quizás la importación sea la operación a la que más atención se le ha dedicado, tanto por constituir la de mayor interés económico, como por ser la que se realiza en mayor número en las aduanas venezolanas. Pero a pesar de la importancia que nadie le niega, son muy pocos los que se han

ocupado de observarla a través del lente del derecho administrativo; como resulta obvio, las demás operaciones, menos numerosas e importantes económicamente, apenas si se les han dedicado unas pocas líneas, casi siempre bajo la visión superficial que es propia de la literatura «*hágalo usted mismo*».

Buena parte de los vicios, errores y controversias que se suscitan en las oficinas aduaneras, obedecen a la falta de precisión sobre el carácter jurídico de las operaciones aduaneras. Para unos, estas operaciones están constituidas tanto por las actividades comerciales que desarrollan los importadores y exportadores (en el país o en el extranjero), como por las actividades que desarrollan los funcionarios aduaneros; para otros, las operaciones aduaneras son una especie de híbrido conformado por las operaciones comerciales (compra-venta), de movilización de los efectos (transporte) y por las actuaciones de la aduana interviniente; hay quienes les confieren una *movilidad* en el tiempo y en el espacio: un comienzo en un momento y lugar y una culminación en momento y lugar diferentes. Entre más acuciosa sea la búsqueda de criterios a este respecto, más disímiles y heterodoxos resultan las definiciones y conceptualizaciones intentadas, muchas de ellas profundamente influenciadas por una visión exclusivamente fiscalista de la función aduanera.

Para quien esto escribe, las operaciones aduaneras son procedimientos administrativos, iniciados a instancia de parte interesada y que culminan con la emisión de un acto administrativo autorizatorio. Estos procedimientos abarcan un conjunto de actos preparatorios o de trámite que culminan con la decisión de la autoridad aduanera competente, sobre la cuestión de fondo que le ha sido planteada por el particular en la oportunidad de realizar la declaración de las mercancías.

En efecto, señala el autor español Jesús González Pérez, que para que en una combinación de actos realizados por la Administración pueda hablarse de «procedimiento», es necesario que se den los siguientes requisitos:

- 1º) Que cada uno de los actos combinados conserve su individualidad íntegramente.
- 2º) Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efecto

jurídico, y;

3º) Que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero.¹

Los procedimientos administrativos comprenden la cadena de resoluciones de carácter previo que han de ser dictados por los órganos de la Administración y que conducen a la emisión de actos administrativos (Lares Martínez, 1983). Todo este proceso es realizado en el seno de la Administración, si bien el interesado tiene derecho a actuar en el acto de reconocimiento, produciendo las informaciones y expresando los criterios que considere pertinentes, con lo que cesa definitivamente de ser extraño a la preparación del acto que le concierne, entablándose un diálogo entre él y la autoridad decidente. Puede entonces hacer valer su punto de vista y lograr incluir en el expediente los elementos de que dispone. De esta manera colabora verdaderamente con la determinación de su propio destino (Guy Isaac, citado por Moles Caubet).

En las operaciones a que nos hemos venido refiriendo, la iniciativa procede de la persona interesada mediante la declaración de los efectos objetos de importación, exportación o tránsito. Con esta declaración, el particular solicita a la Administración que proceda a determinar el régimen jurídico a que se encuentran sujetas las mercancías, se determine el monto de los tributos, se emita la planilla de liquidación correspondiente y, por último, se autorice la salida del cargamento de la zona primaria aduanera. Cumplida esta *fase de iniciación* del procedimiento formativo del acto administrativo, se inicia la de *instrucción o desarrollo* que comienza, en el caso de la importación, con la contrastación entre lo declarado por el importador y lo señalado en el sobordo y en las copias de los conocimientos de embarque (B/L) entregados por el capitán del vehículo o su representante a la oficina aduanera; concluido este paso, queda expedita la vía para proceder al acto de reconocimiento, que es lo que la doctrina denomina *acto adquisitivo de conocimiento* y que consiste en una serie de inspecciones y comprobaciones dirigidas a constatar la exactitud de las declaraciones y, si fuere el caso, a establecer la declaración correcta; seguidamente, se debe proceder a la liquidación de los impuestos o a verificar la realizada por el contribuyente (autoliquidación) cuya alícuota (tarifa) y base de cálculo (valor o unidades del sistema métrico decimal) fueron verificadas

¹ CASADO HIDALGO, Luis R. Procedimiento Administrativo-Tributario en el Derecho Venezolano. Pág. VII.

o establecidas por los funcionarios reconocedores; establecido el monto del crédito fiscal o, en otras palabras, hecha líquida la deuda, se procede a la emisión de las respectivas planillas de liquidación y su entrega al deudor para que efectúe el pago de la deuda fiscal como requisito previo e indispensable para proceder a la *fase de decisión*, en la cual el jefe de la oficina aduanera emite el acto administrativo que constituye la voluntad del Estado sobre el asunto que se le ha planteado.

La sucinta visión del desarrollo de una operación aduanera intentada en el párrafo anterior, se ha realizado con el único propósito de contrastar las fases que la doctrina administrativa reconoce en la formación del procedimiento administrativo y las que se evidencian en una importación, exportación o tránsito aduanero de mercancías.

Qué otra cosa que procedimientos administrativos pueden ser las operaciones aduaneras, cuando la doctrina reconoce amplia y pacíficamente que tales procedimientos son el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración al desarrollar su actividad, admitiendo –igualmente– que los órganos de la Administración se mueven dentro de los límites precisos que fija el derecho y sujetándose a reglas de procedimiento determinadas, lo cual es indispensable, no sólo para encauzar debidamente a las administraciones públicas, sino como garantía de los particulares afectados por las actividades que desenvuelven. A decir de la doctrina, las reglas de procedimiento regulan toda la actividad de la Administración: cuando formula declaraciones de voluntad y cuando ejecuta hechos (Sayagues, 1959).

El elemento desencadenante del procedimiento administrativo aduanero no es la descarga de los efectos en el puerto de destino ni, mucho menos, las actividades comerciales dirigidas a transmitir la propiedad de una persona a otra que, en buena parte de los casos, se realizan en el extranjero bajo el imperio de un ordenamiento jurídico ajeno; la llegada de los bienes a la zona aduanera no tiene relevancia desde el punto de vista procedimental; el procedimiento administrativo dirigido a producir los efectos que se propone el particular, comienza cuando éste se dirige a la oficina aduanera para solicitar la nacionalización, la reexportación, la exportación, la introducción o extracción temporales, el tránsito aduanero o para declarar el abandono voluntario. En ese momento, nace para la Administración la obligación de pronunciarse en el sentido que le ordene la ley, ya concediendo, autorizando o negando lo solicitado; antes de esto, la única actividad que desarrolla la

Administración con motivo de la operación en ciernes, consiste en resguardar los cargamentos entregados a la aduana por el transportista, tanto por razones de seguridad fiscal como para protegerlos de pérdida o deterioro.

Las operaciones aduaneras y la clasificación de los actos administrativos

Conceptualización

Los tratadistas han clasificado los actos administrativos de muy diversa manera y atendiendo a innumerables puntos de vista. A la sombra de ese esfuerzo clasificatorio, trataremos de ubicar seguidamente a las operaciones aduaneras.

¿Actos simples o complejos?

Se tiene como simple el acto cuando la voluntad administrativa emana de un solo órgano administrativo; por el contrario, llamaremos complejo a aquellos cuya formulación requiere la intervención de más de un órgano. A título de ejemplo podemos decir que una resolución del Ministro de Hacienda es un acto simple, mientras que una modificación del Arancel de Aduanas es un acto complejo, por cuanto además del Ministro de Hacienda, interviene el Consejo de Ministros. Para Bielsa, acto complejo es el que para su formación requiere la intervención de diversos órganos, que expresan su voluntad con un motivo distinto, pero concurrente al mismo fin, es decir, a la misma *causa* del acto. Para dicho autor, en el acto administrativo complejo sólo pueden considerarse como actos integrantes a los que tienen virtualidad jurídica, y no a las simples operaciones administrativas; por eso no afecta a la validez del acto la falta o deficiencia de los informes meramente ilustrativos, o la de elementos agregados que no determinan la voluntad del órgano en la formación del acto, aunque esos informes o dictámenes hayan sido pedidos espontáneamente por ese órgano. Pero la omisión de un trámite esencial impuesto por la ley, del cual deba hacerse mérito en la decisión, invalida el acto (por ejemplo, el acto de reconocimiento). Mas el carácter de ese trámite (o sea, si es esencial o no, aunque la ley lo prescriba) debe resultar indudable, como elemento necesario. Porque una cosa es un asesor (que sólo ilustra) y otra un representante (que expresa la voluntad del poder u órgano); en el primer caso no siempre es esencial (Bielsa, 1955).

Lo primero que tenemos que dilucidar para saber si las operaciones constituyen actos complejos o simples es si existe más de un órgano expresando la voluntad de la Administración y cuáles son esos órganos. En criterio de quien suscribe, la expresión de la voluntad de la Administración en materia de las operaciones que nos ocupan, corresponde al jefe de la oficina aduanera donde se verifique el trámite; es la aduana por él representada la receptora de la declaración y quien hace entrega de las mercancías al consignatario aceptante o al exportador; es la aduana en su conjunto quien conoce de las representaciones o solicitudes que hagan los administrados. En tal virtud, las operaciones aduaneras son actos simples, pues lo característico del acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se forme mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella (Sayagues, 1959).

Podemos preguntarnos si el acto de reconocimiento, acordado por la Ley de manera exclusiva y excluyente a los funcionarios reconocedores, no culmina con la expresión de la voluntad administrativa. La respuesta es necesariamente negativa, dado que dicho acto, por muy importante y trascendente que pueda resultar, no es más que un acto preparatorio (de simple trámite) de una expresión de voluntad que corresponde a otro órgano. Ello es evidente si observamos que dicho acto nunca pone punto final a la operación aduanera respectiva, es decir, no se ubica dentro de la fase decisoria del procedimiento administrativo ni produce un acto *definitivo* o *resolutorio*, entendiendo por éste último la decisión emitida por el órgano competente sobre el fondo o sustancia de la cuestión que le ha sido planteada (Lares Martínez, 1983).

Cabe preguntarse: cómo, si el reconocimiento es un acto de simple trámite, ¿Puede recurrirse? En principio, sólo los actos administrativos definitivos son recurribles en vía administrativa; excepcionalmente, sin embargo, se admite que pueda intentarse un recurso administrativo contra un acto de trámite, cuando este acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o prejuzgue como un acto definitivo, aun cuando en sí no sea un acto definitivo sino de mero trámite (Brewer Carías, 1982). Pero, una vez reformada, la Ley Orgánica de Aduanas autoriza de manera expresa que el reconocimiento pueda ser recurrido «de conformidad con lo establecido en el Título VII de esta Ley», con lo cual queda a criterio del consignatario aceptante o exportador recurrir

ante el Ministro o ante el órgano jurisdiccional competente.

Analizados todos estos aspectos, debemos concluir que las operaciones aduaneras culminan con un acto administrativo simple, dictado en solitario por el jefe de la oficina aduanera respectiva.

¿Actos reglados o discrecionales?

Con el desarrollo de la doctrina administrativa, la división tajante entre unos y otros, entre actos absolutamente reglados y actos absolutamente discrecionales, va cediendo espacio a la idea de que todo acto es más o menos discrecional y más o menos reglado. Analizando con rigurosidad unos y otros, percibimos que toda actividad administrativa contiene, en mayor o menor grado, una porción de libertad y que, por el otro lado, aun aquellos actos eminentemente discrecionales están sujetos a reglas contenidas en el ordenamiento positivo. Pero, en todo caso, la discrecionalidad de que disponen los órganos de la Administración no significa arbitrariedad; al ejercer potestades discrecionales la Administración no puede decidir caprichosamente, porque en definitiva la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites. Quiere decir que hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no debe actuar y, en caso afirmativo, que medidas adoptará (Sayagues, 1959).

Las operaciones aduaneras son actos eminentemente reglados, regulados de forma bastante detallada por la normativa jurídica; no podía ser de otra manera, por cuanto la actuación de las aduanas en su conjunto constituyen restricciones a la libertad de los individuos que realiza el Estado dentro del esquema de su poder de policía. Dichas restricciones están constitucionalmente reservadas a la ley y, en la práctica aduanera, cada día se tiene más a reducir la discrecionalidad de la de los funcionarios en beneficio de la certeza jurídica.

Procedimientos autorizatorios

Los procedimientos autorizatorios son aquellos que se producen cuando un particular solicita de la Administración un acto que le permita

realizar una actividad, los cuales concluyen, en definitiva, con un acto autorizatorio: una autorización, un permiso o una licencia. En estos casos, por supuesto, rige el principio de la instancia de parte, no pudiendo la Administración iniciarlos de oficio (Brewer, 1982). Los procedimientos autorizatorios están establecidos para impedir o permitir algo. Este término tan genérico «algo», empleado para definir la noción implica justamente que la misma es de grandes dimensiones, ya que se presenta como el procedimiento que elimina o deja sobrevivir un obstáculo jurídico creado por la norma para que la administración pueda valorar los intereses que juegan en relación con la realización de una actividad, el ejercicio de un derecho o a la producción de determinados efectos jurídicos (Rondón de Sansó, 1983).

Quien acude ante una aduana con carácter de consignatario aceptante o exportador, pretende obtener de ella una autorización para ejercer un derecho sometido a una traba legal. Tal autorización puede no es otra cosa que el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la Administración, que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo (Sayagues, 1959).

En principio, todos pueden transitar libremente por el territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia, ausentarse de la República o volver a ella, *traer sus bienes al país o sacarlos de él*, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. Ese es el derecho de rango constitucional preexistente limitado por las regulaciones aduaneras y que hacen necesario el pronunciamiento de la Administración mediante el acto autorizatorio a que nos venimos refiriendo. Nótese que el derecho es previo a la restricción, tanto por ser la libertad de los individuos lo ordinario, como por encontrarse en la Constitución, en la fuente misma de todas las leyes, en la super ley que sirve de sustento y punto de partida a todo el ordenamiento jurídico del Estado y al Estado mismo.

Consecuencias

Advertir que las operaciones aduaneras son procedimientos administrativos, productores de actos administrativos simples, reglados y auto-

rizatorios, emitidos por el jefe de la oficina aduanera, produce consecuencias legales y prácticas cuya discusión no admite dilaciones.

La Ley Orgánica de Aduanas promulgada en 1978 y reformada en 1999, parece haber preterido la figura del *jefe de la oficina aduanera*; se le nombra en los artículos 49 (repetición de actos de reconocimiento), 130 (sanciones no atribuidas a otros funcionarios), 133 (relevo de la obligación de caucionar), 143 (autorización para el retiro de depósitos bancarios), 146 (informe sobre fianzas permanentes y decisión sobre las eventuales), 147 (firma de los documentos resultantes de los actos de su competencia) y 152 (coordinación de la prestación de servicios por diferentes entidades en la zona primaria de la aduana). Excepción hecha de la intermediación en la repetición de actos de reconocimiento, pareciera que no le está dado intervenir en el desarrollo de las operaciones aduaneras, convertido en un convidado de piedra, al cual sólo le está dado observar la gestión ajena.

Pero, en realidad, ello no es así. La aduana (órgano-institución) tiene en el *jefe de la oficina aduanera* (órgano-individuo) el medio para manifestar su voluntad; la competencia señalada por la ley a la oficina aduanera, se traduce en manifestaciones tangibles por la actividad del individuo titular de esa función. Vemos, entonces, que la institución *aduanera* es representada por el órgano *jefe de la oficina aduanera*, de la misma manera como la institución Ministerio de Finanzas expresa su voluntad a través del órgano *Ministro de Finanzas*.

El *jefe de la oficina aduanera* es un órgano del Estado, porque sus actos no se les atribuyen a él, sino a dicho ente colectivo. Empero, es muy importante hacer notar que los órganos del Estado dejan de ser tales cuando lo que realizan no es lo que en el orden jurídico está previsto como voluntad del Estado. Pero todo aquello que realizan dentro del ámbito de su competencia formal y material, vale como voluntad del Estado. Esa voluntad estatal es hija del derecho positivo, es una imputación especial que hace posible que una serie de actos realizados por determinados hombres (órganos) son atribuidos a un sujeto ideal supuesto tras de ellos (Estado) (Recasens, 1959).

La situación jurídica del jefe de la oficina aduanera, produce importantes consecuencias que resulta prudente comentar. Para empezar, se evidencia que este funcionario es el único capaz de producir actos administrativos definitivos en su respectiva aduana (salvo las multas a los usuarios). Esto trae consigo que sólo los actos de este funcionario son

recurribles, puesto que solamente los actos administrativos definitivos pueden serlo en vía administrativa, por disposición del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual no obsta para que se puedan interponer recursos contra un acto de trámite, cuando éste imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o prejuzgue como un acto definitivo. Brewer (1982) al abordar este tópico, señala que la distinción entre acto definitivo y acto de trámite, tiene importancia, pues sólo pueden ser recurridos en vía administrativa y jurisdiccional, en principio, los actos definitivos, es decir, los actos que pongan fin a un asunto. Por tanto, los recursos tanto administrativos como contencioso-administrativos, no proceden contra el acto de trámite, porque se estima que éste, por ser precisamente de trámite, no resuelve el asunto planteado ante la Administración. Así se establece expresamente en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al indicar que los interesados podrán interponer los recursos administrativos contra todo acto administrativo «que ponga fin a un asunto». Por tanto, son los actos definitivos, que ponen fin a un asunto, los que pueden ser objeto de recurso, tanto administrativo como contencioso-administrativo, y como consecuencia, como principio, los actos de trámite no son recurribles en ninguna vía.

Los actos de este funcionario, incluido, como es lógico, el autorizatorio anteriormente comentado y con el cual culmina la operación aduanera, deben cumplir con los requisitos de fondo y de forma preceptuados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a saber: la competencia, la base legal, la causa o motivo, el objeto o contenido y la finalidad (de fondo), así como las formalidades procedimentales, la motivación y las formas en cuanto a la exteriorización del acto, señaladas en el artículo 18 de la Ley que regula los procedimientos administrativos.

En varias oportunidades hemos señalado que la operación aduanera termina con un pronunciamiento de la Administración en cuanto a lo solicitado en la oportunidad de la declaración de las mercancías. Dejando a salvo la perención, todo procedimiento administrativo termina con un acto administrativo o, en otras palabras, con la manifestación de la voluntad administrativa. Por ello, no es posible admitir que una operación aduanera, que no es más que un procedimiento administrativo instaurado a petición de parte interesada, pueda llegar a su fin de una manera distinta a la señalada por las leyes, jurisprudencia y doctrina administrativas. Lo que sí puede suceder en el caso aduanero, y de hecho sucede con cierta frecuencia, es que

las mercancías no sean declaradas, en cuyo caso no se inicia la operación aduanera; o bien que, habiéndose realizado la declaración y puesto en marcha el procedimiento administrativo, el interesado no pague los derechos liquidados a su cargo y no llegue a expresarse la voluntad de la administración, con lo que estaríamos frente a la figura de la perención, no ceñida al lapso establecido el artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino al lapso para que se produzca el abandono legal a que se refiere la Ley Orgánica de Aduanas, por cuanto el abandono es la versión aduanera de la perención administrativa, ambos productos de la dejación o desinterés del administrado. También hemos visto que cargamentos cuyo retiro ha sido autorizado, una vez cumplido el trámite respectivo, son abandonados a su suerte en la zona primaria; en estas situaciones el procedimiento administrativo concluyó con el acto autorizatorio, es decir, con la orden de entrega, pero ante la inacción del administrado en el lapso fijado por la Ley, la Administración se ve constreñida a iniciar un nuevo procedimiento administrativo y a expresar una nueva voluntad ante una situación distinta que, en ningún caso, afecta la primera.

Regulación del procedimiento administrativo aduanero

El artículo 47 (Título III, Capítulo I—*Del Procedimiento Ordinario*—) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reza textualmente: «Los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad». La letra de este artículo evita toda posibilidad de controversia en cuanto a la aplicación preferente, para las operaciones aduaneras, del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, incluyendo aquellos procedimientos contenidos en su Reglamento por remisión expresa de la Ley. En cuanto al procedimiento sumario, tratado en el Capítulo II del Título III, priva el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, por cuanto éste es sumario en su esencia y prevé plazos más cortos que los establecidos en el procedimiento sumario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El asunto que puede dar lugar a interpretaciones y opiniones disímiles, es el relativo a la publicación y notificación de los actos administrativos. ¿Debe la oficina aduanera notificar a los consignatarios aceptantes y a los exportadores la finalización de la operación aduanera, con las formalidades establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos?. El

artículo 2º del Código Civil establece la presunción *iure et de iure* de que todos conocen la ley, al señalar que la ignorancia de ésta no excusa de su cumplimiento. Quien inicia una operación aduanera ante la oficina competente, no sólo se encuentra a la sombra de la referida presunción sino que, además, debe utilizar a un agente de aduanas, quien se supone técnicamente capaz y suficientemente conocedor de los trámites aduaneros y de los lapsos que median entre una y otra actividad; la intermediación a que obliga la Ley mediante la utilización del agente de aduanas, persigue fines prácticos y concretos de celeridad y exactitud en el proceso y presume, con sobrada razón, que el usuario y su agente se encuentran *a derecho*, plenamente enterados del desarrollo de su caso y de los momentos en que deben intervenir para llevar a feliz término lo pretendido. La Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento, por lo demás, señalan pormenorizadamente los momentos en que deben efectuarse cada uno de los actos preparatorios y, como es de suponer, la finalización del procedimiento mediante la emisión del correspondiente acto administrativo. En tal virtud, consideramos que en materia de operaciones aduaneras no procede, por innecesaria, la aplicación del articulado contenido en el Capítulo IV del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, referido a la notificación y publicación de los actos administrativos.

La Constitución Nacional establece el derecho que tienen todos los ciudadanos a representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público sobre los asuntos que sean competencia de éstos y a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley. Estas son las plataformas constitucionales de los derechos de petición y de defensa, alrededor de los cuales se han escrito millares de páginas que han pasado a engrosar la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Por ello, nos restringiremos a realizar observaciones sobre la muy aduanera figura del *nuevo reconocimiento* y sobre el contenido del artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas, a la luz del derecho administrativo.

El artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ha dado pie a múltiples controversias, aun antes del inicio de su vigencia. Su texto original, fue el siguiente: «En ausencia de un procedimiento expresamente regulado en norma de rango preminente, se seguirá el procedimiento ordinario previsto en este capítulo.» En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 173 de la Constitución y previo acuerdo del

Consejo de Ministros, el Presidente de la República se dirigió al Presidente del Congreso Nacional para expresar, entre otras cosas, lo siguiente: La redacción del artículo 47 de la ley sancionada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 106, da a entender que el legislador acogió el criterio de uniformar todos los procedimientos administrativos, salvo aquellos expresamente regulados «en norma de rango preeminente». Esta expresión carece de claridad terminológica, pues tratándose de una Ley Orgánica como lo es la Ley de Procedimientos Administrativos, la norma de rango preeminente sería la Constitución. Si lo que se quiso decir es que deben aplicarse los procedimientos administrativos contenidos en otras leyes orgánicas, el criterio no es el del rango, ya que todas ellas son iguales, sino el criterio de la especialidad. No obstante, debo observar que hay procedimientos administrativos contenidos en leyes ordinarias que, por su especialidad o por sus características propias, deben aplicarse preferentemente a los procedimientos previstos en la ley sancionada por las Cámaras. Piénsese en el procedimiento administrativo de despido de una directiva sindical regulado en la Ley del Trabajo; en el procedimiento de oposición a una patente o marca; en los procedimientos disciplinarios establecidos en la Ley de Carrera Administrativa; y en los procedimientos de reforma agraria. A fin de evitar interpretaciones que puedan conducir a crear confusiones en la Administración Pública y entre los administrados, me permito proponer la siguiente redacción del artículo 47 de la Ley sancionada: «Artículo 47. Los procedimientos administrativos contenidos en leyes y reglamentos especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad.»».

La Congreso Nacional acogió parcialmente el criterio presidencial, al no admitir que los reglamentos especiales fuera de aplicación preferente respecto a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; pero lo que resulta indiscutible, es que esta controversia entre estos dos poderes del Estado, proveyó a los administradores y a los administrados de un criterio uniforme para dilucidar las dudas que se pudieran suscitar en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o los establecidos en leyes especiales. Queda claro que el criterio que nos permitirá, en cada caso, decidir la alternativa a tomar es el de la *especialidad* y no el del *rango* de la norma.

Establecidas estas premisas, es fácil deducir que el procedimiento administrativo para la verificación de las operaciones aduaneras, es el que

establece la Ley Orgánica de Aduanas y no el procedimiento ordinario a que se refiere el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Queda pendiente por discutir, lo relativo al *nuevo reconocimiento* y al contenido del artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas.

El derecho a la defensa

El nuevo reconocimiento

Es evidente que la figura del nuevo reconocimiento se inscribe dentro del derecho a la defensa garantizado por la Constitución Nacional. Visto desde el punto de vista del administrado parece un recurso de reconsideración por su capacidad de modificar un criterio de la Administración; observado desde el ángulo de los funcionarios, es un medio de modificar un criterio por otro que bien pudiera resultar más gravoso para el consignatario aceptante o exportador, sin que estos últimos puedan aducir que el acto de reconocimiento original les produjo derechos subjetivos o intereses legítimos inmodificables (Ver artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

El *nuevo reconocimiento* es una muy especial figura aduanera, dirigida, no a dotar al administrado de un medio de defensa de sus intereses, sino a proveer un mecanismo para promover y defender la imparcialidad, normalidad y exactitud de las determinaciones que la aduana debe realizar con motivo de la realización de operaciones aduaneras. No debemos olvidar que en la actividad aduanera no solamente está involucrado el interés de los particulares sino que, de manera preferente, lo está el de la colectividad.

Por lo observado, podemos concluir que la petición de que se realice un nuevo reconocimiento no es un recurso de reconsideración ni de ningún otro tipo, pues además de las circunstancias señaladas, existen otras que ratifican este criterio, a saber: a diferencia de lo que sucede en el recurso de reconsideración, los funcionarios que emiten la nueva decisión, ya ratificando o modificando la anterior, pueden no ser los mismos, aun cuando antes de la reforma de 1998 la Ley obligaba a que fueran otros. Para interponer un recurso de reconsideración, basta que estén presentes las condiciones establecidas en los artículos 85 y 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; no es así con el *nuevo reconocimiento*, que será ordenado, a

instancia de parte interesada, únicamente cuando surgieren dudas razonables sobre la exactitud y corrección del primer reconocimiento, a juicio del jefe de la oficina aduanera y previa solicitud razonada del interesado. Existe, pues, un requisito de precalificación que es ajeno a los recursos estatuidos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por lo demás, tal circunstancia, impone a los administrados la obligación de ser muy acuciosos en el planteamiento de las razones que los inducen a considerar que el reconocimiento, cuya repetición solicitan, adoleció de inexactitudes o incorrecciones que aconsejan tal repetición.

Los recursos

Es patente la gran influencia que la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos tuvo en el mundo aduanero, muy especialmente en lo referente al ejercicio del derecho a la defensa. Víctimas de las modificaciones acaecidas fueron el artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas y las normas reglamentarias que de él se derivan, por encontrarse en franca contradicción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En el caso de los recursos aduaneros, encontramos dos normas tratando de manera diferente el mismo asunto, por lo que se impone al intérprete decidir cuál debe aplicar, para lo cual deberá tomar en cuenta circunstancias de rango, especialidad y orden de aparición; en cuanto al rango, tanto una como otra son leyes orgánicas, por lo que este criterio es inútil para el caso concreto sometido a estudio. En cuanto a la especialidad, los recursos que interponen los administrados constituyen el primer paso del *procedimiento administrativo de impugnación*, regulado en detalle por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que es, sin la menor duda, la ley especial con respecto a todos los procedimientos administrativos distintos al procedimiento ordinario al que nos hemos referido. En cuanto a su novedad, la Ley Orgánica de Aduanas fue promulgada en 1978, y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en 1981. Pero además de esto, debemos observar que el artículo 47 esta última confiere preferencia a la aplicación de procedimientos contenidos en leyes especiales, únicamente con respecto al procedimiento ordinario (previsto en el Capítulo I), pero no con respecto a los recursos, que se encuentran en título y capítulo diferentes; así, por interpretación en contrario, los procedimientos no contenidos en el capítulo I del título III (entre ellos los recursos), se aplicarán con preferencia a los previstos en leyes especiales.

Pero este panorama cambia sustancialmente al ser reformada la Ley Orgánica de Aduanas en 1998 y aparecer en ella el Título VII, relativo a los recursos. Las disposiciones de este Título aparecen y cobran vigencia con posterioridad a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que nos impone pensar que el legislador quiso que los recursos en materia aduanera se trataran de forma diferente a la pauta en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; caso contrario le hubiese bastado derogar el articulado correspondiente, haciendo expresa la derogatoria tácita sufrida en el pasado.

¿Cuáles son las consecuencias más importantes que produce la aplicabilidad del referido Título VII? En primer lugar, desaparece el recurso de reconsideración, se reimplanta la arcaica figura del *solve et repete* que tan devastadoras críticas ha merecido, se reitera la figura de la revisión de oficio y se abre la posibilidad de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente sin que sea condición el agotamiento de la vía administrativa. Ante esta novedad creada por el artículo 138, nos preguntamos: ¿Debe iniciarse ese agotamiento mediante la interposición del recurso jerárquico o, por el contrario, se puede accionar ante el órgano jurisdiccional sin ejercer previamente el jerárquico? La vía administrativa se agota de dos maneras; una, por la interposición de todos los recursos contemplados en la legislación sin que se logre de la Administración la totalidad de lo solicitado; otra, por el vencimiento de los lapsos para apelar sin que se interpongan los recursos correspondientes.

Según la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la vía contencioso administrativa queda abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no haya producido decisión en los plazos correspondientes. La Ley Orgánica de Aduanas es evidentemente más liberal en este aspecto, pero la redacción del segundo párrafo de su artículo 138 pudo haber sido más feliz si hubiese señalado —sin ambages— que los actos de la administración aduanera podían recurrirse directamente ante el órgano jurisdiccional competente.

Por cuanto los lapsos para recurrir empiezan a correr desde el momento de la notificación del acto administrativo, es lógico afirmar que por ser el tiempo un factor de agotamiento de la vía administrativa que empieza a producir sus efectos apenas hecha la notificación del acto lesivo, en ese mismo momento queda expedita la vía jurisdiccional. Pensar lo contrario sería promover una ociosa pérdida de energía privada y administrativa, al

obligar a la introducción de un recurso como paso previo de la interposición del que verdaderamente interesa al administrado. Además, la duplicidad innecesaria de recursos podría producir decisiones contradictorias que siempre es conveniente evitar.

¿Qué solicitan el consignatario aceptante o el exportador a la oficina aduanera? Que una vez realizados los trámites y verificaciones pertinentes, se autorice el ingreso o salida de los efectos. ¿Cuáles pueden ser las respuestas de dicha oficina?: a) Afirmativa sin ningún tipo de objeciones, en cuyo caso no procedería ni sería admisible la interposición de algún recurso, por cuanto no habría lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos (Ver artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); b) Afirmativa con objeciones, es decir, autorización para realizar lo solicitado, previa satisfacción de las multas correspondientes, y; c) Negativa, resultando decomisadas las mercaderías.

Es evidente que en los casos b) y c) procede la interposición de recursos, si el consignatario aceptante o el exportador consideran que la decisión administrativa lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pero, cabe preguntarse: ¿en qué momento y ante quién se debe realizar esa interposición? Cuando la objeción sea contra el acto de reconocimiento ante el Ministro o ante el órgano jurisdiccional competente, por cuanto el artículo 56 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que cuando el consignatario, exportador o remitente no estuvieren conformes con los resultados de este acto podrán recurrir de conformidad con lo establecido en el Título VII, en el lapso de veinticinco días hábiles contados a partir de la fecha del acta de reconocimiento. Cuando lo objetado sean actos de liquidación de contribución o multa, la apelación siempre será ante el Ministro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 de la Ley.

Los textos de los artículos 136 y 138 de la Ley Orgánica de Aduanas nos imponen una reflexión: es indudable que los actos de liquidación de contribución o multa deben recurrirse ante el Ministro de Hacienda, por mandato innegable del artículo 136 pero —a su vez— el artículo 138 autoriza al recurrente para que acuda a la vía jurisdiccional antes de que se agote la vía administrativa. ¿Cómo interpretar ambos dispositivos en conjunto? Respuesta: de la forma en que quede mayormente asegurado el derecho a la defensa, pues este derecho es el principio y las limitaciones a su ejercicio lo excepcional; por ende, toda limitación a la defensa que no esté expresamente establecida en texto legal es inexistente y consecuentemente inaplicable. Así

pues, si un ciudadano considera que un acto de liquidación de contribución o multa hecha a su cargo lo lesiona, deberá recurrir por vía jerárquica, con lo cual satisfaría la exigencia del artículo 136, pero de inmediato quedaría habilitado para ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente. Por interpretación en contrario del artículo 136, todos los actos aduaneros que no sean de liquidación de contribución o multa pueden recurrirse directamente ante la jurisdicción, máximo cuando el artículo 138 dice que «no es necesario el agotamiento de la vía administrativa».

Por alguna extraña razón, la Ley establece momentos distintos para iniciar los lapsos para recurrir los resultados del acto de reconocimiento y los de liquidación de contribución o multa. Para estos últimos toma en cuenta el momento de la notificación, pero para objetar el reconocimiento utiliza la fecha del acta correspondiente. Este punto de inicio del cómputo puede resultar muy peligroso para los potenciales recurrentes, pues podría darse el caso de que la notificación del acta ocurra una vez vencido el lapso para recurrir. Para mitigar este dislate legal, los jefes de las oficinas aduaneras deben ser en extremo vigilantes de que el acta de sea entregada al usuario una vez concluido el acto reconocimiento o que, en todo caso, que las actas sean fechadas en el día de su entrega.

La decisión de la Administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y, por consiguiente, tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada. Por lo tanto, puede ser atacada por los distintos procedimientos que el derecho establece para impugnar los actos administrativos. La circunstancia de que la sanción se imponga siguiendo un procedimiento previo, con audiencia del infractor, producción de prueba, etc., no altera dicha conclusión; esas garantías tienen como objeto proteger al inculpado y asegurar el acierto de la decisión administrativa, pero sin variar la naturaleza jurídica del acto (Sayagues, 1959).

Corresponde a la oficina aduanera la determinación última de los derechos que deben pagar los consignatarios aceptantes o los exportadores, aun en los casos en los que opere la autoliquidación; por su parte, corresponde a los reconocedores la aplicación de las sanciones a que se hagan acreedores esos consignatarios o exportadores. En el primer caso, quien emite el acto administrativo es el jefe de la oficina aduanera; en el segundo, el acto proviene

de los funcionarios reconocedores.

Cabe advertir que, siendo la multa un acto administrativo distinto e independiente de la determinación del *quantum* de la obligación tributaria, uno y otra deben ser plasmados en planillas de liquidación diferentes, no sólo por razones prácticas, sino por constituir distintas manifestaciones de voluntad de la Administración, dictadas por funcionarios diferentes y, potencialmente, sujetas a diferentes procedimientos de impugnación.

Si a la petición del administrado de que se le permita introducir al país o extraer de él unas mercancías, la Administración respondiera en forma negativa (caso c)), procede, sin lugar a dudas, la interposición de todos los recursos establecidos en la Ley Orgánica de Aduanas.

De acuerdo a la letra de la Ley, corresponde a los funcionarios reconocedores la aplicación de las penas a los consignatarios y exportadores; dentro de esas sanciones se encuentra el comiso (pérdida de los efectos), aplicable a las mercancías prohibidas, reservadas a la Nación o sometidas a cualquier otra restricción o a suspensión y, salvo las prohibidas que siempre serán decomisadas, la autorización, permiso o documento correspondiente no fuese presentado junto con la declaración.

Apenas sea declarado el comiso y producido el acto administrativo correspondiente, queda expedita la vía para ejercer, en su orden, todos los recursos que señala de Ley Orgánica de Aduanas.

Como señalamos anteriormente, el *nuevo reconocimiento* no constituye un recurso ni está regido por la ley orgánica de procedimientos administrativos; en consecuencia, el administrado puede solicitarlo razonadamente cuando lo considere pertinente, y el jefe de la oficina aduanera acordarlo si, a su juicio, existen dudas razonables sobre la exactitud y corrección del acto practicado.

Es principio legal que las mercancías que ingresen a la zona aduanera no podrán ser retiradas de ella sino mediante el pago de los impuestos, tasas, *penas pecuniarias* y demás cantidades legalmente exigibles; este principio de orden general, admite las excepciones «establecidas en esta Ley y en Leyes especiales»; por su parte, el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos preceptúa que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. Así las cosas, nos encontramos con que, en principio, las multas, así como los demás créditos fiscales, deben ser satisfechos de inmediato o

dentro del plazo que la ley prevea y, como resulta obvio, antes del retiro de los efectos de la zona aduanera. No podría ser de otra manera, por cuanto la aduana no puede permitir que desaparezca la *prenda legal*, la garantía de que los créditos fiscales serán satisfechos, confiando simplemente en la buena fe del administrado sin que dicha garantía sea, cuando menos, sustituida por otra que revista carácter de depósito bancario, de fianza otorgada por empresa de seguros o compañía bancaria o —excepcionalmente— de otro tipo a juicio del Ministro de Hacienda.

Pero además, el acto administrativo al dictarse y ser eficaz, es decir, al notificarse, según los casos, se presume que es válido y legítimo. La eficacia del acto, por tanto, hace presumir la validez, tratándose esto de un privilegio de la Administración. Ahora bien, si el acto se presume legítimo y válido, puede ser ejecutado de inmediato. Por eso es que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece expresamente que el acto administrativo, una vez que es eficaz, puede ser ejecutado de inmediato y produce sus efectos mientras no sea revocado o anulado, es decir, mientras no sea extinguido formalmente por la Administración o por un Tribunal. En esta forma, el acto al dictarse y notificarse, se presume válido y produce sus efectos de inmediato y sigue produciéndolos hasta que sea anulado o revocado. La presunción de legalidad y de legitimidad trae como consecuencia, que quien pretenda desconocer la legitimidad y legalidad del acto, tiene que probarlo y por tanto, se invierte la carga de la prueba. Por ello, para desvirtuar esta presunción, que es *juris tantum*, el interesado debe intentar un recurso para impugnar el acto ante la Administración o ante los tribunales y no sólo debe atacarlo, sino probar su aserto de que el acto es ilegal (Brewer, 1982).

En tal virtud, las sanciones que imponen los funcionarios reconocedores o los impuestos complementarios que determina la oficina aduanera deben, en principio, ser pagados de inmediato por los sujetos pasivos de la relación tributaria. La única forma de escapar a la inmediatez del pago, es mediante la constitución previa de caución suficiente o dejando en zona primaria las mercancías sobre las que verse la controversia. De esta manera, el Fisco mantiene la prenda y garantiza su acreencia.

Pero la misma normativa aduanera abre la posibilidad de que el Ministerio de Hacienda exija o admita garantías distintas a las señaladas, en casos debidamente justificados. Esta apertura permite que el afectado pueda garantizar el monto del crédito fiscal, con garantía real sobre la misma

mercancía productora de la controversia, hipoteca, etcétera. Por su parte, la Administración debe, dentro de los límites que le impone la ley y el interés fiscal, facilitar el ejercicio del derecho constitucional de la defensa, mostrando flexibilidad y buen criterio en el tratamiento de este delicado asunto, que puede ser fuente inagotable de injusticias y desigualdades.

CAPITULO VIII

EL CONTROL ADUANERO

Introducción

Escapa a toda duda que la finalidad fundamental del servicio aduanero radica en intervenir y controlar el paso de mercancías extranjeras, nacionales o nacionalizadas, a través de las fronteras, aguas territoriales y espacio aéreo, con el objeto de determinar y aplicar el régimen jurídico a que esas mercancías están sometidas.

Ese control requiere un marco legal, es decir, un conjunto de normas establecidas en las leyes que confieran competencias, exijan determinadas conductas a los particulares y establezcan procedimientos en cuya ausencia no es posible la existencia del estado de derecho.

Como es sabido, para lograr sus cometidos los organismos del Estado realizan tanto actos jurídicos como operaciones materiales. Las operaciones materiales que debe realizar el servicio aduanero para ejercer el control que le impone la legislación nacional, será el objeto de los párrafos siguientes.

A riesgo de parecer que hacemos una afirmación demasiado evidente y, por ello, innecesaria, consideramos preciso recordar que las aduanas están obligadas –primordialmente– a ejercer control sobre las mercancías, sobre su ingreso, egreso y permanencia en territorio aduanero nacional. Los múltiples documentos que presentan los consignatarios y exportadores y que se manejan en las oficinas aduaneras tienen un incuestionable valor probatorio y una innegable importancia en el ejercicio de dichos controles, pero siempre serán elementos secundarios en la gestión aduanera. La mercancía es y será la reina de la aduana.

Las aduanas no pueden perder, ni por un solo instante, el control y dominio de las mercancías cuyo trámite se encuentre pendiente o en

desarrollo, así como tampoco debe perder de vista a los vehículos porteadores desde el momento mismo que lleguen al espacio aéreo, marítimo o terrestre sobre el cual el Estado venezolano tenga poder de imperio.

La llegada de los vehículos porteadores

Todos los vehículos, excepto los de guerra¹ cuando no realicen operaciones de tráfico internacional o nacional de mercancías, quedan sometidos a potestad aduanera apenas ingresen al espacio aéreo, marítimo o terrestre sobre los cuales el Estado venezolano ejerza soberanía, por cuanto está establecido en el artículo 10 del Código Civil que «los bienes muebles o inmuebles, situados en Venezuela, se regirán por las leyes venezolanas, aunque sobre ellos tengan o pretendan derechos personas extranjeras». En ejercicio de esa potestad y para asegurar el cumplimiento de la Ley, la oficina aduanera que tenga jurisdicción sobre la zona debe hacer las coordinaciones con otras autoridades e instruir a los miembros del Resguardo Aduanero para que tomen las previsiones necesarias para garantizar que los vehículos arribarán directamente a esa u otra aduana habilitada para la operación que se pretenda realizar.

La intervención de la aduana sobre los medios de transporte no está dirigida directamente a ellos como tales, sino a las mercaderías que transportan para ser introducidas o extraídas del territorio aduanero. El buque, avión o cualquier otro medio de movilización de mercancías queda sujeto a la supervigilancia aduanera con la evidente intención de verificar el destino de su contenido y prevenir e impedir la comisión de hechos ilícitos.

¹Según el Instituto de Derecho Internacional, buque de guerra es «todo aquel que pertenece a la Marina militar y está inscrito como tal en las listas especiales, hallándose autorizado para usar el pabellón e insignias de la Marina de Guerra, bajo el mando de un oficial al servicio del Estado y con una tripulación perteneciente a la misma marina de guerra»

El empleo ocasional de un buque mercante en un servicio de guerra no le asigna este carácter. Se precisa su empleo activo en operaciones de guerra, actuando en forma permanente como elemento de la marina militar.

Dentro del concepto general de buque de guerra se suele establecer la distinción entre buques combatientes y buques auxiliares. Estos últimos son todos los que pueden cooperar o ayudar en diversas formas a las operaciones de guerra. Unas veces son unidades de la propia Marina de Guerra que facilitan los múltiples servicios complementarios que requiere una Escuadra, y otras son barcos de la flota mercante empleados en distintas misiones o transformados eventualmente en buques de guerra.

No sería posible el ejercicio del control aduanero si los medios de transporte pudieran llegar e internarse en el territorio por lugares escogidos a su libre albedrío. Una vez acaecida esa llegada e internación, no habría forma de garantizar que los efectos descargados serían los mismos, en cantidad y calidad, que los transportados desde el exterior o que, simplemente, el representante del transporte declare falsamente que el viaje se efectuó sin mercancías o con una cantidad menor de ellas que la realmente movilizada.

Si el vehículo arriba a lugar no habilitado para la operación que pretenda realizar, se aplicará una multa al Capitán, pero si procediera a la descarga de mercancías en tal lugar, se incurriría en el delito de contrabando por incumplimiento de las formalidades legales y reglamentarias.

La severidad que muestra la Ley en la calificación de este ilícito, nos señala la importancia que la legislación confiere al lugar de la descarga o embarque; es comprensible que así sea, pues durante las operaciones materiales de carga o descarga se puede lograr o perder el control sobre las mercancías que exige la legislación a las oficinas aduaneras.

Carga o descarga de vehículos portadores

Ningún vehículo debería iniciar las operaciones de carga o descarga, sin haber obtenido, previamente, la autorización de la aduana y haber hecho entrega de la documentación correspondiente, independientemente de que la movilización y otras operaciones materiales efectuadas sobre los cargamentos pudieran correr a cargo de organismos privados o públicos distintos a la aduana.

Para garantizar el cumplimiento de sus fines, es menester que la oficina aduanera respectiva no pierda, ni por un solo instante, el control sobre las mercancías; es suficiente una pequeña interrupción de ese control para que los bultos sobre los que verse una operación aduanera puedan ser cambiados, escondidos, extraídos subrepticamente o, en fin, manipulados de tal forma que la efectividad del control aduanero se pierda o se vea seriamente disminuida.

La intervención sobre los vehículos portadores resultará una actividad ociosa, si posteriormente no se controla la carga o la descarga. La aduana debe *aprehender* la mercancía a medida que vaya siendo cargada o descargada,

contrastando las marcas, cantidad y demás señas con las contenidas en el manifiesto de carga (sobordo). Esta contrastación, conocida en el medio aduanero como *confrontación de la carga*, es la forma material de iniciar la intervención y control que son tan caras a la actividad aduanera, amén de que permite delimitar la responsabilidad en los casos de averías, pérdidas u otros siniestros que pudieran sufrir los efectos.

El hecho de que las mercancías puedan ser recibidas por organismos públicos o privados distintos a la aduana, no significa ni puede interpretarse como una disminución o delegación de la facultad de intervenir sobre los bienes llegados a las zonas primarias aduaneras o por partir de ellas; el servicio aduanero no podría garantizar la correcta aplicación del régimen jurídico a que se encuentren sujetos dichos bienes, si previamente no puede constatar que cada bulto y su contenido son exactamente los mismos que fueron declarados por el transportista, consolidador, porteador, exportador o consignatario. El descuido en el control de la movilización de la carga por parte de la aduana puede conducir a que el acto de reconocimiento se efectúe sobre mercancías distintas a las embarcadas o desembarcadas, bien como producto del cambio de unas por otras o de la variación fraudulenta de su verdadera cantidad.

Resulta especialmente importante que la aduana identifique y cuantifique las mercancías dirigidas a almacenes generales de depósito, privados fiscalizados, *in bond* o similares y que su presencia contralora en dichos sitios no sufra interrupciones de ningún género; una vigilancia discontinua puede resultar tan ineficiente como una ausencia total de custodia, pues basta un breve lapso para que se consumen los fraudes y se pierda la totalidad de la energía administrativa invertida en el ejercicio del control.

La requisa

La intervención aduanera sobre los vehículos que arriben o partan del territorio nacional desde o con destino a otros países, se concreta en la figura de la requisa, la cual consiste en el examen del medio de transporte para constatar el cumplimiento de las disposiciones aduaneras y verificar que las mercancías que se encuentren en él estén destinadas al comercio lícito con Venezuela o con algún otro país. El medio de prueba de tal destino lícito son los manifiestos de carga (sobordos) que deberá presentar el capitán

o responsable del vehículo a la autoridad aduanera y que serán utilizados por ésta para realizar las constataciones correspondientes. Si a bordo se encontraran mercancías no sobordadas, que no formen parte del rancho o que no sean de las comúnmente portadas o utilizadas por el vehículo de que se trate (aéreo, marítimo o terrestre), se procederá al embargo de los efectos de conformidad con lo establecido en el artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y a instaurar el procedimiento por contrabando, por cuanto la Ley exige que la conducción de mercancías en buques de cualquier nacionalidad en aguas venezolanas deben estar destinadas al comercio legítimo con Venezuela o con otra Nación.

La requisa se puede efectuar en cualquier momento y en cualquier lugar donde el Estado venezolano ejerza soberanía y, en consecuencia, donde el servicio aduanero pueda ejercer la potestad que le ha sido confiada; como es evidente, este acto no es otra cosa que una operación material que es ejercicio directo de esa potestad.

Los vehículos que realicen operaciones o sean objeto de tráfico internacional en aguas territoriales, zona contigua, áreas fronterizas y espacio aéreo nacional pueden ser requisados antes, durante o después de su arribo al puerto nacional de destino o con posterioridad al zarpe, aun cuando hubiesen obtenido el despacho aduanero.

La Ley Orgánica de Aduanas indica que la requisa se pasará únicamente a los vehículos que realicen tráfico internacional o, en otros términos, vayan de un territorio aduanero a otro, pero no sin antes dejar a salvo dejar a salvo lo dispuesto en leyes especiales. En virtud de tal texto, ¿debe entenderse que los vehículos que realicen tráfico interno (cabotaje) no pueden ser objeto de tal medida de seguridad fiscal? Evidentemente, la figura de la requisa sólo es aplicable a los vehículos citados en primer término, pues sólo a ellos se les exige que estén provistos de los manifiestos de carga (sobordos), documentos que son indispensables para efectuar las verificaciones pertinentes. Esto no quiere decir ni debe entenderse que el citado artículo de la Ley Orgánica de Aduanas constituya una limitación al ejercicio de la potestad aduanera sobre los vehículos que no realicen tráfico internacional; simplemente, la requisa como operación material que realiza la aduana en ejercicio de su obligación de controlar el paso de mercancías de cualquier nacionalidad por las fronteras, aguas territoriales o espacio aéreo, mientras se encuentren a bordo de los vehículos de transporte que realicen tráfico internacional, es un acto material dentro de una actividad contralora de la cual forma parte

y que especializa, mas no restringe.

Por exigencia de la Ley Orgánica de Aduanas, quien conduzca, tenga o haga circular mercancías extranjeras deberá probar la legal introducción o adquisición en lícito comercio en el país. De allí que el tenedor, a cualquier título, de efectos extranjeros tiene la obligación de demostrar la licitud de la tenencia, bien mediante los documentos aduaneros que la prueben o con la exhibición de los instrumentos mercantiles que señalen de forma inequívoca la lícita adquisición en el mercado interno.

El despacho aduanero

Este documento señala la conformidad de la aduana con el zarpe del vehículo y sirve para probar ante otras autoridades de la República o del exterior que se han cumplido todos los requisitos aduaneros exigibles y que nada se adeuda por concepto de impuestos, tasas o multas. Este documento constituye una suerte de *solvencia* aduanera, en cuya ausencia las autoridades a quienes compete no pueden autorizar el zarpe.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Aduanas, el despacho aduanero solamente debe ser emitido a favor de los vehículos que partan del territorio aduanero nacional con destino a otro territorio, pero la Ley de Navegación es mucho más exigente a este respecto y exige dicho documento como requisito indispensable para que los buques abandonen el puerto, excepto los pesqueros menores de diez toneladas, los que naveguen en lagos y ríos nacionales sin salir de ellos, los que hagan tráfico regular dentro de la jurisdicción de una Capitanía de Puerto, los que se dediquen exclusiva y directamente al transporte de productos agropecuarios de un fundo a puerto venezolano y los destinados a recreo y que no alcancen diez toneladas.

Si el artículo de la Ley Orgánica de Aduanas que establece el despacho aduanero no hubiese usado la locución «sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales», hubiese quedado parcialmente derogada la Ley de Navegación en lo que respecta a este documento, pero el legislador consideró conveniente que el artículo 59 de dicha Ley no resultara afectado y que, en consecuencia, dicho despacho siguiera siendo tenido por las capitanías de puerto como requisito previo e indispensable para autorizar el zarpe de los buques no expresamente exceptuados.

Si bien la Ley no hace un tratamiento expreso del asunto, el instrumento en estudio permite a la aduana *aprehender* el vehículo y sujetarlo a la misma

figura de *prenda legal* a que somete a las mercancías llegadas a la zona aduanera como objetos de una operación de importación, exportación o tránsito. En todo caso, la emisión del despacho aduanero por las aduanas y su exigibilidad por otras autoridades a quienes competa, constituye una protección de los intereses fiscales y una garantía del cumplimiento de los requisitos aduaneros aplicables a los medios de transporte.

CAPITULO IX

Las aduanas y la propiedad intelectual

Los nuevos bienes

En el principio, las aduanas todo lo pesaban o medían; pesos neto, bruto y tara eran parte inmanente de la *aduanería*; las balanzas¹ e instrumentos equivalentes señalaban una y otra vez la base imponible de tasas e impuestos. Era el tiempo de lo tangible, de lo conmensurable; el peso de la materia constitutiva de los bienes transados representaba una muy buena parte de su valor o, en todo caso, resultaba un indicativo válido y aceptado de éste.

El advenimiento de la alta tecnología ha producido y seguirá produciendo cambios impensables hace pocas décadas; los altos costos de la investigación tecnológica y los precios viles de las materias utilizadas para la fabricación del producto final, exigen y producen una nueva visión del valor de las mercancías. Este fenómeno hace posible que un producto pueda tener un importe mayor que su peso equivalente en oro puro o en diamantes de la mayor pureza.

Lo que está pasando con el valor de las cosas nos permite intuir la aduana del futuro, conjeturar que antes de que termine el siglo XXI el concepto actual de control aduanero abrirá paso a otro que se podrá realizar sin necesidad de visura y con el uso aranceles electrónicos capaces de realizar ubicaciones exactas a partir de un código de identificación internacional de los productos.

Junto con el cambio del concepto de mercancías, cambiarán las aduanas; dentro de muy poco empezarán a derivar hacia el control de lo intangible, de esos valores que sin ser mensurables nadie se atreve a negar,

¹ En 1824 fue creado el llamado *derecho de balanza*, que consistía en el uno por ciento del importe total de los derechos a que estaban sujetos los géneros que entraban y salían por las aduanas.

que sin ser susceptibles de cuantificación se constituirán en los reyes del comercio internacional.

No resulta vano ejercicio de futurología pensar que la transmisión de datos a través de redes informáticas internacionales, obligará a la creación de aduanas electrónicas que controlen el flujo de información entre diferentes territorios aduaneros.² Los avances de la computación y la electrónica nos permiten esperar que en los próximos veinticinco años se logre una codificación única y universal de las mercaderías, una red mundial de aduanas que facilite la lucha contra los flagelos que azotan a la humanidad y una cooperación internacional³ plena que tenga al ser humano como su más elevada prioridad.

Antecedentes

Los derechos de autor, tal como los conocemos hoy en día, son el producto de una larga historia que precede a la invención de la imprenta efectuada por Gutenberg en 1445, pues ya los romanos en su Digesto (533 D.C.) sancionaban de manera especial el robo de manuscritos literarios, dando así muestras de su especial valoración de este tipo de bien.

Lo que resulta innegable es que la invención del maguntino⁴ pone sobre el tapete los derechos de autor, por cuanto la reproducción de obras intelectuales se masifica, deja de ser obra de monjes dirigida a un reducido círculo de ricos cultos y se convierte en un negocio de vastas dimensiones que da nacimiento a una nueva figura: el editor.

Los editores fueron los primeros beneficiarios de la producción

² El 20 de mayo de 1998 se produjo en Ginebra la *Declaración sobre el Comercio Electrónico Mundial*, en la cual se establece que «los miembros mantendrán su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas».

³ Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 69: *Cooperación internacional* Los Miembros convienen en cooperar entre sí con objeto de eliminar el comercio internacional de mercancías que infrinjan los derechos de propiedad intelectual. A este fin, establecerán servicios de información en su administración, darán notificación de esos servicios y estarán dispuestos a intercambiar información sobre el comercio de las mercancías infractoras. En particular, promoverán el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y mercancías pirata que lesionan el derecho de autor.

⁴ Johann Gutenberg nace en Maguncia (alemania) en 1400 aproximadamente y muere en esa misma ciudad en 1468.

intelectual. En una época en que los estados estaban más pendientes de aplicar censura que de hacer justicia, se les concedió el derecho de reproducir con carácter monopólico o exclusivo lo que había sido producido por otros, que sólo se beneficiaban con el honor de ser llamado autores y con la dádiva más o menos generosa de algún mecenas.

El aumento de la demanda de los libros y demás material impreso, incita a los editores a contratar autores para que produzcan obras que serían puestas en el mercado para la producción de ganancias. Así, el valor intrínseco del autor recibe un reconocimiento de hecho antes que jurídico y se siembra la simiente de un derecho que habiendo existido siempre no es legalmente reconocido hasta el 10 de abril de 1710, fecha en que se dictó el Estatuto de la reina Ana de Inglaterra⁵, el cual concedió a los autores la propiedad de sus obras durante catorce años, prorrogables por igual periodo si el autor sobrevivía a la consumación del primer lapso.

Transcurrió más de siglo y medio antes de que se creara la Unión Universal de Naciones para la protección de las obras literarias y artísticas, que dio origen al instrumento marco más influyente en la evolución del derecho de protección a la propiedad intelectual: la Convención de Berna (1886), también llamada Unión de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Este instrumento marca el inicio de la conformación de un derecho supranacional, que se amplía y profundiza con el curso del tiempo y que apunta hacia una legislación universal y única que se hace necesaria en la misma medida en que progresan los medios de transporte y de comunicación.⁶

⁵ *An Act for Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such copies, during Times therein mentioned.* Traducción: Un Acta para el estímulo del saber, atribuyendo los ejemplares de sus libros impresos a los autores o cesionarios de tales ejemplares, durante el tiempo en ella mencionado.

⁶ En esta evolución tecnológica encontramos la otra característica del derecho de autor: su dinamismo. Y ello es fácilmente comprensible dado que esta disciplina jurídica, desde sus inicios, ha estado vinculada al desarrollo de los medios de comunicación. No es raro así, hoy en día, ver que en gran parte de los países la normativa que regula ese derecho es constantemente revisada y puesta al día ante los nuevos retos de la tecnología aplicada a los medios de difusión. Esta persistente preocupación tiene un alto impacto en el ámbito internacional. Basta ver los calendarios de trabajo anuales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para comprobar esta aseveración. Así, por ejemplo, la Convención de Berna, a partir de sus orígenes en el ya lejano año de 1886, ha venido sufriendo revisiones periódicas -cada veinte años, por lo general- siendo la última en París en 1971, con una adecuación en 1979 y la discusión de un Protocolo a partir de los años 90. A últimas fechas, en el seno de ese organismo internacional, rector del Derecho Intelectual en sus dos ramas,

Esta Convención se apoya en un trípode de principios: a) Trato nacional; b) Protección automática, y; c) Independencia de la protección. El «trato nacional» establece que las obras originarias de cualquiera de los países miembros tendrán en cada uno de los demás países el mismo trato que se confiere a las obras de sus nacionales; la «protección automática» consiste en no subordinar la protección al cumplimiento de formalidades —ya sean registros, depósitos, etc— reconociéndose, de esta manera, la premisa de que el título fundamental del derecho de autor está en la creación intelectual. El tercer principio establece que la tutela que otorga el Convenio es independiente del que se otorgue a la obra en su país de origen.

Los Estados Unidos y otras naciones americanas presentaron resistencia al Convenio de Berna, por considerarlo un sistema ajeno de protección de las obras literarias y artísticas. De esa posición surgieron convenciones de carácter regional, especialmente dentro del sistema de la Unión Panamericana, firmándose, en consecuencia, los siguientes instrumentos: el Tratado sobre propiedad literaria y artística (Primer Congreso Sudamericano del Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1889); la Convención sobre protección de obras literarias y artísticas (II Conferencia Internacional Americana, México, 1901-2); la Convención sobre propiedad literaria y artística (IV Conferencia Internacional Americana, Buenos Aires, 1910); la Convención sobre propiedad literaria y artística (V Conferencia Internacional Americana, La Habana, 1928); el Tratado sobre Propiedad Intelectual (Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1939) y ; la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor de obras literarias, Científicas y Artísticas (Conferencia Interamericana de Expertos en Derecho de Autor, Washington, D.C. 1946).

¿Qué son los derechos de propiedad intelectual?

Los derechos de propiedad intelectual son los conferidos a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador un derecho exclusivo

encontramos la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ginebra 2 al 20 de diciembre de 1996), el Grupo de Trabajo de la OMPI sobre Tecnologías de la Información para la Propiedad Intelectual, cuya primera sesión se llevó a cabo en Ginebra, Suiza, entre el 14 y el 18 de julio de 1997, y el Comité de Expertos sobre un Protocolo Relativo a las Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales (Ginebra 15, 16, 19 de septiembre de 1997), que ha tendido como corolario el Tratado sobre Derecho de Autor y el tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas.

sobre la utilización de su obra por un plazo determinado.

Habitualmente, los derechos de propiedad intelectual se dividen en dos sectores principales:

a) Derecho de autor y derechos con él relacionados. Los derechos de los autores de obras literarias y artísticas (por ejemplo, libros y demás obras escritas, composiciones musicales, pinturas, esculturas, programas de ordenador y películas cinematográficas) están protegidos por el derecho de autor por un plazo mínimo de 50 años después de la muerte del autor. También están protegidos por el derecho de autor y los derechos con él relacionados (denominados a veces derechos “conexos”) los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes (por ejemplo, actores, cantantes y músicos), los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión. El principal objetivo social de la protección del derecho de autor y los derechos conexos es fomentar y recompensar la labor creativa.

b) Propiedad industrial. Conviene dividir la propiedad industrial en dos esferas principales:

–Una de ellas se caracteriza por la protección de signos distintivos, en particular marcas de fábrica o de comercio (que distinguen los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas) e indicaciones geográficas (que identifican un producto como originario de un lugar cuando una determinada característica del producto es imputable fundamentalmente a su origen geográfico). La protección de esos signos distintivos tiene por finalidad estimular y garantizar una competencia leal y proteger a los consumidores, haciendo que puedan elegir con conocimiento de causa entre diversos productos o servicios. La protección puede durar indefinidamente, siempre que el signo en cuestión siga siendo distintivo.

– Otros tipos de propiedad industrial se protegen fundamentalmente para estimular la innovación, la invención y la creación de tecnología. A esta categoría pertenecen las invenciones (protegidas por patentes), los dibujos y modelos industriales y los secretos comerciales. El objetivo social es proteger los resultados de las inversiones en el desarrollo de nueva tecnología, con el fin de que haya incentivos y medios para financiar las actividades de investigación y desarrollo. Un régimen de propiedad intelectual efectivo debe también facilitar la transferencia de tecnología en forma de inversiones extranjeras directas, empresas conjuntas y concesión de licencias. La protección suele prestarse por un plazo determinado.

Si bien los objetivos sociales fundamentales de la protección de la propiedad intelectual son los indicados *supra*, cabe también señalar que los derechos exclusivos conferidos están por lo general sujetos a una serie de

limitaciones y excepciones encaminadas a establecer el equilibrio requerido entre los legítimos intereses de los titulares de los derechos y de los usuarios.⁷

La Constitución y la propiedad intelectual

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el Estado venezolano confiere rango constitucional a la protección de la propiedad intelectual, cuando se lee en el Capítulo VI del Título III, lo siguiente:

Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Acuerdo sobre los ADPIC

Todas las conferencias, convenciones y tratados citados fueron prolegómenos más o menos valiosos al Anexo 1C de la Ronda Uruguay del GATT, relativo al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual protege tanto los derechos de autor y derechos conexos como las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las patentes, los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y la información no divulgada.⁸

Con este Acuerdo se concreta la ampliación de lo que debemos entender como *obras del ingenio*; antes eran conceptuadas como tales aquellas que no tenían un fin utilitario específico, tales como las obras de arte, obras literarias, piezas musicales y similares. Actualmente, los avances tecnológicos y la ampliación del comercio mundial han inducido a los

⁷ Tomado del web-site de la O.M.C.

⁸ Párrafo 2 del artículo 1º del ADPIC: A los efectos del presente Acuerdo, la expresión «propiedad intelectual» abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II.

países industrializados a buscar nuevas y mejores formas de protección a la producción intelectual de sus nacionales, con especial énfasis en los productos tecnológicos cuya invención exige inversiones ingentes cuya recuperación debe quedar garantizada.

La lucha a fondo contra la falsificación de marcas de fábrica y de comercio y contra la mercancía piratas que lesiona el derecho de autor⁹, recién comienza en Venezuela. Es apenas a partir del 1º de enero del 2000 que a nuestro país le correspondió aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, las *medidas provisionales* y las *prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera* a que se refieren las secciones 3 y 4 de su Parte III, sin que ello obste para que se aplique la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que recae sobre las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer.¹⁰

Medidas provisionales en el Acuerdo sobre los ADPIC

En el artículo 41 se establece que los procedimientos de observancia deben permitir la adopción de medidas eficaces contra las infracciones, con

⁹Artículo 51 del ADPIC: ...a) se entenderá por «mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas» cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven puesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación; b) se entenderá por «mercancías pirata que lesionan el derecho de autor» cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación., pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio.

¹⁰Decisión 351. Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; b) Las conferencias, alocucio-

inclusión de recursos ágiles. Como los procedimientos judiciales pueden llevar bastante tiempo, es necesario que las autoridades estén facultadas para prestar ayuda provisional al titular del derecho con el fin de poner inmediatamente término a la presunta infracción. Las disposiciones sobre la adopción de medidas provisionales figuran en el artículo 50. En él se dispone que cada país debe velar por que sus autoridades judiciales estén facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces con respecto a cualquier derecho de propiedad intelectual.

Han de adoptarse medidas provisionales en dos casos. Uno de ellos es cuando son necesarias para impedir que se produzca una infracción o para evitar que las mercancías infractoras entren en los circuitos comerciales. Ello incluye impedir que las mercancías infractoras importadas desaparezcan en los circuitos nacionales de distribución inmediatamente después del despacho de aduana. El otro caso es cuando esas medidas son necesarias para preservar pruebas relacionadas con la presunta infracción.

Para que las medidas provisionales sean eficaces puede ser necesaria su adopción sin aviso previo a la otra parte. Por consiguiente, las autoridades judiciales deben estar facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, inaudita altera parte, es decir, sin haber oído previamente a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular de los derechos o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas (párrafo 2).

Los tribunales podrán exigir al demandante que presente las pruebas de que razonablemente disponga de ser el titular del derecho y de que su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción (párrafo 3). Podrá exigírsele también que facilite la información necesaria para la identificación de las mercancías (párrafo 5). Cuando se hayan adoptado medidas provisionales sin haber oído a la otra parte, deben notificarse

nes, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) Las composiciones musicales con letra o sin ella; d) Las obras dramáticas y dramático-musicales; e) Las obras coreográficas y las pantomimas; f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías; h) Las obras de arquitectura; i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; j) Las obras de arte aplicado; k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias; l) Los programas de ordenador; ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.

sin demora a la parte afectada, a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. El demandado tendrá derecho a revisión, en un plazo razonable contado a partir de la notificación, con objeto de decidir si deben modificarse, revocarse o confirmarse esas medidas (párrafo 4).

Las disposiciones sobre las medidas provisionales contienen ciertas salvaguardias contra su abuso. Las autoridades judiciales podrán exigir al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos (párrafo 3). Las medidas provisionales se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el demandante no inicia el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto en un plazo razonable que ha de ser determinado por la autoridad judicial que haya ordenado las medidas. A falta de esa determinación, el plazo no podrá ser superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor (párrafo 6). Cuando las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción ni amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al demandante que pague al demandado una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas (párrafo 7).

Los principios enunciados supra son también aplicables a los procedimientos administrativos en la medida en que puedan ordenarse medidas provisionales como consecuencia de esos procedimientos (párrafo 8).¹¹

Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera en el Acuerdo sobre los ADPIC

En la parte del Acuerdo sobre los ADPIC dedicada a la observancia se hace especial hincapié en los mecanismos internos de observancia, que, si son eficaces, permitirán detener la actividad infractora en el origen: el punto de producción. En los casos en que resulte posible, es un medio de hacer observar los derechos de propiedad intelectual más eficaz y que es menos probable dé lugar a riesgos de discriminación contra las importaciones que las medidas especiales en frontera. No obstante, en el Acuerdo se reconoce que esa observancia en el origen no siempre es posible y que, en todo

¹¹ Tomado del web-site de la O.M.C.

caso, no todos los países son Miembros del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, se reconoce también en el Acuerdo la importancia de los procedimientos de observancia en frontera, que permitirán a los titulares de los derechos obtener la cooperación de las administraciones de aduanas con objeto de impedir el despacho de las mercancías infractoras para libre circulación. Las prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera figuran en la sección 4 de la parte del Acuerdo dedicada a la observancia.

De conformidad con el artículo 51 del Acuerdo, entre las mercancías que deben estar sujetas a procedimientos de observancia en frontera deben figurar por lo menos las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías pirata que lesionan el derecho de autor que se presenten para su importación. El citado artículo permite que los gobiernos Miembros tengan flexibilidad para incluir o no importaciones de mercancías que entrañen otras infracciones de derechos de propiedad intelectual. Los Miembros tienen asimismo libertad para decidir la aplicación de esos procedimientos a las importaciones paralelas. Ello queda confirmado en la nota de pie de página 13 al mencionado artículo, según la cual queda entendido que no habrá obligación de aplicar esos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento. De conformidad con el artículo 60, los Miembros podrán excluir de la aplicación de esos procedimientos las importaciones de minimis, es decir, pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas. El artículo 51 deja a los Miembros la decisión de aplicar procedimientos análogos para la suspensión por parte de las autoridades aduaneras del despacho de mercancías infractoras destinadas a la exportación desde sus territorios o a las mercancías en tránsito.

El mecanismo básico exigido por el Acuerdo es que cada Miembro debe designar unas «autoridades competentes», de carácter administrativo o judicial, a las que los titulares de derechos puedan presentar solicitudes de adopción de medidas por parte de las autoridades de aduanas (artículo 51). El titular de un derecho que presente una solicitud a las autoridades competentes estará obligado a presentar pruebas suficientes de que existe presunción de infracción de su derecho de propiedad intelectual y a facilitar una descripción suficientemente detallada de las mercancías de modo que puedan ser reconocidas con facilidad por las autoridades de aduanas. Las

autoridades competentes comunicarán al demandante si ha sido aceptada la demanda y, en la afirmativa, el correspondiente plazo, y darán las instrucciones necesarias a los funcionarios de aduanas (artículo 52). Después, corresponderá al demandante iniciar un procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto. En el Acuerdo se exige que se establezca un sistema que permita que se adopten medidas sobre la base de una solicitud del titular de un derecho, pero se deja que sean los Miembros quienes decidan pedir o no a las autoridades competentes que actúen por propia iniciativa. En el artículo 58 figuran algunas disposiciones adicionales aplicables a esa actuación de oficio.

Las disposiciones sobre las medidas en frontera requieren la adopción de lo que son esencialmente medidas provisionales contra las importaciones de mercancías infractoras. Se prevén muchos de los tipos de salvaguardias contra abusos que aparecen en el artículo 50 con respecto a las medidas judiciales provisionales. Las autoridades competentes podrán exigir al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y a las autoridades competentes e impedir abusos. Sin embargo, esa fianza o garantía equivalente no deberá disuadir indebidamente del recurso a esos procedimientos (párrafo 1 del artículo 53). Debe notificarse prontamente al importador y al demandante la retención de las mercancías (artículo 54). Si el titular del derecho no inicia un procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión en un plazo no superior a 10 días hábiles, se procederá normalmente al despacho de las mercancías (artículo 55). Cuando las mercancías entrañen la presunta infracción de dibujos o modelos industriales, patentes, esquemas de trazado o información no divulgada, el importador debe tener derecho a obtener su despacho de aduana previo depósito de una fianza suficiente para proteger al titular del derecho de cualquier infracción, aun cuando se haya iniciado un procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo de la cuestión (párrafo 2 del artículo 53). Una vez se haya iniciado el procedimiento judicial sobre el fondo del asunto, las autoridades judiciales podrán continuar la suspensión del despacho de aduana de las mercancías en cumplimiento de una medida judicial provisional. En tal caso, se aplicarán las disposiciones sobre medidas provisionales contenidas en el artículo 50. Podrá exigirse al demandante que pague una indemnización adecuada a las personas cuyos intereses se hayan visto desfavorablemente afectados por la retención infundada de las mercancías o por la retención de las

que se hayan despachado por no haber iniciado a tiempo el demandante el procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo de la cuestión (artículo 56).

Las autoridades competentes deben estar facultadas para dar al titular del derecho oportunidades suficientes para que haga inspeccionar, con el fin de fundamentar sus reclamaciones, cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades de aduanas. Cuando, como consecuencia de la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto, se haya concluido que las mercancías infringen un derecho, el Acuerdo deja que sean los Miembros quienes decidan si se informa al titular del derecho sobre otras personas que actúen en el circuito de distribución con el fin de que puedan adoptarse también medidas apropiadas contra ellas (artículo 57).

En lo que se refiere a los recursos, las autoridades competentes deben estar facultadas para ordenar que las mercancías infractoras sean destruidas o apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite todo daño al titular del derecho. Los principios contenidos en el artículo 46 sobre los recursos civiles –por ejemplo, la necesidad de que exista proporción– son también aplicables a las medidas en frontera. En lo que se refiere a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no podrán permitir, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se reexporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto. Estos recursos se entenderán sin perjuicio de las demás acciones a que pueda acogerse el titular de los derechos –por ejemplo, para obtener indemnización por daños mediante un procedimiento civil– y a reserva también del derecho del demandado a solicitar una revisión por parte de una autoridad judicial (artículo 59).¹²

Los artículos del Acuerdo sobre los ADPIC principalmente relacionados con la actividad aduanera, son los siguientes:

Artículo 50

1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a:

¹² Tomado del web-site de la O.M.C.

a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;

b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

2. Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.

3. Las autoridades judiciales estarán facultadas para exigir al demandante que presente las pruebas de que razonablemente disponga, con el fin de establecer a su satisfacción con un grado suficiente de certidumbre que el demandante es el titular del derecho y que su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción, y para ordenar al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

4. Cuando se hayan adoptado medidas provisionales sin haber oído a la otra parte, éstas se notificarán sin demora a la parte afectada a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. A petición del demandado, en un plazo razonable contado a partir de esa notificación se procederá a una revisión, en la que se le reconocerá el derecho de audiencia, con objeto de decidir si deben modificarse, revocarse o confirmarse esas medidas.

5. La autoridad encargada de la ejecución de las medidas provisionales podrá exigir al demandante que presente cualquiera otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4, las medidas provisionales adoptadas al amparo de los párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido, cuando la legislación de un Miembro lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

7. En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al demandante, previa petición del demandado, que pague a éste una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas.

8. En la medida en que puedan ordenarse medidas provisionales a resultados de procedimientos administrativos, esos procedimientos se atenderán a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en esta sección.

Sección 4: Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera

(En caso de que un Miembro haya desmantelado lo esencial de sus medidas de control sobre los movimientos de mercancías a través de sus fronteras con otro Miembro con el que participe en una unión aduanera, no estará obligado a aplicar las disposiciones de la presente sección en esas fronteras.

Artículo 51

Suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras

Los Miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos (Queda entendido que no habrá obligación de aplicar estos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a las mercancías en tránsito) para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor (Para los fines del presente Acuerdo).

a) se entenderá por “mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas” cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven aposta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación;

b) se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se

realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación., pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio.

Artículo 52

Demanda

Se exigirá a todo titular de un derecho que inicie un procedimiento de conformidad con el artículo 51 que presente pruebas suficientes que demuestren a satisfacción de las autoridades competentes que, de acuerdo con la legislación del país de importación, existe presunción de infracción de su derecho de propiedad intelectual y que ofrezca una descripción suficientemente detallada de las mercancías de modo que puedan ser reconocidas con facilidad por las autoridades de aduanas. Las autoridades competentes comunicarán al demandante, dentro de un plazo razonable, si han aceptado la demanda y, cuando sean ellas mismas quienes lo establezcan, el plazo de actuación de las autoridades de aduanas.

Artículo 53

Fianza o garantía equivalente

1. Las autoridades competentes estarán facultadas para exigir al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y a las autoridades competentes e impedir abusos. Esa fianza o garantía equivalente no deberá disuadir indebidamente del recurso a estos procedimientos.

2. Cuando a consecuencia de una demanda presentada en el ámbito de la presente sección, las autoridades aduaneras hayan suspendido el despacho para libre circulación de mercancías que comporten dibujos o modelos industriales, patentes, esquemas de trazado o información no divulgada,

sobre la base de una decisión no tomada por una autoridad judicial u otra autoridad independiente, y el plazo estipulado en el artículo 55 haya vencido sin que la autoridad debidamente facultada al efecto dicte una medida precautoria provisional, y si

se han cumplido todas las demás condiciones requeridas para la importación, el propietario, el importador o el consignatario de esas mercancías tendrá derecho a obtener que se proceda al despacho de aduana de las mismas previo depósito de una fianza por un importe que sea suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción. El pago de tal fianza se entenderá sin perjuicio de ningún otro recurso a disposición del titular del derecho, y se entenderá asimismo que la fianza se devolverá si éste no ejerce el derecho de acción en un plazo razonable.

Artículo 54

Notificación de la suspensión

Se notificará prontamente al importador y al demandante la suspensión del despacho de aduana de las mercancías de conformidad con el artículo 51.

Artículo 55

Duración de la suspensión

En caso de que en un plazo no superior a 10 días hábiles contado a partir de la comunicación de la suspensión al demandante mediante aviso, las autoridades de aduanas no hayan sido informadas de que una parte que no sea el demandado ha iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión o de que la autoridad debidamente facultada al efecto ha adoptado medidas provisionales que prolonguen la suspensión del despacho de aduana de las mercancías, se procederá al despacho de las mismas si se han cumplido todas las demás condiciones requeridas para su importación o exportación; en los casos en que proceda, el plazo mencionado podrá ser prorrogado por otros 10 días hábiles. Si se ha iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto, a petición del demandado se procederá en un plazo razonable a una revisión, que incluirá el derecho de audiencia, con objeto de decidir si esas medidas deben modificarse, revocarse o confirmarse. No obstante, cuando la suspensión del despacho de aduana se efectúe o se continúe en virtud de una medida judicial provisional, se aplicarán las disposiciones del párrafo 6 del artículo 50.

Artículo 56*Indemnización al importador y al propietario de las mercancías*

Las autoridades pertinentes estarán facultadas para ordenar al demandante que pague al importador, al consignatario y al propietario de las mercancías una indemnización adecuada por todo daño a ellos causado por la retención infundada de las mercancías o por la retención de las que se hayan despachado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.

Artículo 57*Derecho de inspección e información*

Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, los Miembros facultarán a las autoridades competentes para dar al titular del derecho oportunidades suficientes para que haga inspeccionar, con el fin de fundamentar sus reclamaciones, cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades de aduanas. Las autoridades competentes estarán asimismo facultadas para dar al importador oportunidades equivalentes para que haga inspeccionar esas mercancías. Los Miembros podrán facultar a las autoridades competentes para que, cuando se haya adoptado una decisión positiva sobre el fondo del asunto, comuniquen al titular del derecho el nombre y dirección del consignador, el importador y el consignatario, así como la cantidad de las mercancías de que se trate.

Artículo 58*Actuación de oficio*

Cuando los Miembros pidan a las autoridades competentes que actúen por propia iniciativa y suspendan el despacho de aquellas mercancías respecto de las cuales tengan la presunción de que infringen un derecho de propiedad intelectual:

- a) las autoridades competentes podrán pedir en cualquier momento al titular del derecho toda información que pueda serles útil para ejercer esa potestad;
- b) la suspensión deberá notificarse sin demora al importador y al titular del derecho. Si el importador recurre contra ella ante las autoridades competentes, la suspensión quedará sujeta, *mutatis mutandis*, a las condiciones estipuladas en el artículo 55;
- c) los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios

públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe.

Artículo 59

Recursos

Sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, las autoridades competentes estarán facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no permitirán, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se reexporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto.

Artículo 60

Importaciones insignificantes

Los Miembros podrán excluir de la aplicación de las disposiciones precedentes las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas.

Legislación venezolana sobre la materia

Venezuela tiene una vasta legislación sobre derechos de autor y propiedad intelectual e industrial, a saber:

Constitución Nacional, artículo 98.

Decisión N° 344 sobre propiedad industrial de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (1993).

Reglamento de la Decisión N° 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Decisión N° 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el régimen común de protección de los derechos sobre variedades vegetales (1993); entrará en vigor cuando comience a funcionar el Registro Nacional de Variedades Vegetales.

Decisión N° 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el régimen

común del derecho de autor y otros conexos.

Ley de Derecho de Autor (1993).

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuya entrada en vigencia se estimaba para el 1º de enero del año 2000.

Capítulo de Propiedad Industrial del Acuerdo de Complementación Económica suscrito por Colombia, México y Venezuela.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias.

Convención Universal sobre el Derecho de Autor.

Convención de Ginebra sobre Fonogramas.

Ley Orgánica de Aduanas, Título IV.

La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

El 17 de diciembre de 1993, durante Sexagésimo primer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, se produjo la Decisión 351 referida al Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, con el objeto de «reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.» Allí se establece que cada País Miembro concederá a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Definiciones

En esta Decisión se encuentran las siguientes definiciones:

- Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.
- Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.
- Autoridad Nacional Competente: Órgano designado al efecto, por la legislación nacional sobre la materia.
- Copia o ejemplar: Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.
- Derechohabiente: Persona natural o jurídica a quien por cualquier título

se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.

–Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

–Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

–Emisión: Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público. –Fijación: Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

–Fonograma: Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

–Grabación Efímera: Fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.

–Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

–Obra audiovisual: Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

–Obra de arte aplicado: Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.

–Obra Plástica o de bellas artes: Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.

–Oficina Nacional Competente: Órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.

–Organismo de radiodifusión: Empresa de radio o televisión que

transmite programas al público.

–Productor: Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.

–Productor de fonogramas: Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

–Programa de ordenador (Software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones–, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

–Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

–Retransmisión: Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

–Titularidad: Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

–Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

–Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

Objeto de la protección

A decir de su artículo 4, la protección reconocida por esta Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que

incluye, entre otras, las siguientes: a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) Las composiciones musicales con letra o sin ella; d) Las obras dramáticas y dramático-musicales; e) Las obras coreográficas y las pantomimas; f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías; h) Las obras de arquitectura; i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; j) Las obras de arte aplicado; k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias; l) Los programas de ordenador; ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales. Este instrumento también protege las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, todo ello con independencia del objeto material al cual esté incorporada la obra.

Lo que esta Decisión protege es la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras, pues no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

El autor y sus derechos

Por presunción *iuris tantum*, se considera autor a la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra, aunque una persona natural o jurídica distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros. Asimismo, las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral.

El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de

la obra o su reputación, sin que ello obste para que los países Miembros reconozcan otros derechos de orden moral.

En lo que respecta a derechos patrimoniales, el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento. A su vez, se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento; b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales; c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación; d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono; e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada; f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión; g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones; h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e, i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

La Decisión reconoce a los autores de obras de arte el derecho a una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, dejando a cada país Miembro la respectiva reglamentación.

Duración de la protección

Esta no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, mas cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, la protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra.

La Decisión deja a cada país Miembro la libertad de establecer, de conformidad con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que el plazo de protección, para determinadas obras, se cuente a partir de la fecha de su realización, divulgación o publicación.

En caso de muerte del autor, la protección se contará a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte o al de la realización, divulgación o publicación de la obra.

Aspectos procesales

En lo relativo a los aspectos procesales, la Decisión impone la obligación de observar el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad y conocimiento pleno para las partes de todas las actuaciones procesales.

Además establece que la autoridad competente podrá ordenar las medidas cautelares siguientes: a) El cese inmediato de la actividad ilícita; b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión; c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Además, podrá ordenar lo siguiente:

–El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

- Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

La Ley sobre el Derecho de Autor

Con el objeto de proteger los derechos de los autores sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino, el 16 de septiembre de 1993 se promulgó la señalada en el epígrafe.

Objeto de la protección

En esta Ley se consideran obras del ingenio sometidas a protección las siguientes: los libros, folletos y otros escritos literarios, artísticos y científicos, incluidos los programas de computación, así como su documentación técnica y manuales de uso; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático- musicales, las obras coreográficas y pantomímicas cuyo movimiento escénico se haya fijado por escrito o en otra forma; las composiciones musicales con o sin palabras; las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, grabado o litografía; las obras de arte aplicado, que no sean meros modelos y dibujos industriales; las ilustraciones y cartas geográficas; los planos, obras plásticas y croquis relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias; y, en fin, toda producción literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento. Además de las señaladas, se tienen como obras del ingenio distintas de la original las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, así como también las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones personales;¹³ quedan expresamente excluidos los textos de las leyes, decretos, reglamentos oficiales, tratados públicos, decisiones judiciales y demás actos oficiales.¹⁴

Las obras de autores extranjeros que no hayan sido publicadas en Venezuela, quedan protegidas por los acuerdos internacionales de los cuales la República forme parte, aplicándose la protección que concede la nuestra legislación interna cuando el autor sea nacional de un país que confiera protección equivalente a los autores venezolanos.

El autor y sus derechos

Salvo que se pruebe lo contrario, se tendrá como autor de una obra aquél cuyo nombre aparece indicado como tal de la manera acostumbrada.¹⁵ A falta de conocimiento de la identidad del autor, quien la haya publicado o divulgado podrá hacer valer los derechos del autor de la obra anónima o seudónima, salvo que el seudónimo utilizado no admita duda sobre la identidad civil de su creador.

Por cuanto los derechos que reconoce esta Ley a los autores son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra, los embargos y comisos que se pudieran aplicar en ejecución de la Ley Orgánica de Aduanas en nada disminuyen la propiedad intelectual ni los derechos que de ella se derivan. Si –por ejemplo– se aprehende un contrabando de libros impresos sin la autorización de su autor, éste podrá pedir al juez que ordene la destrucción de los ejemplares, quedando a salvo la acción por la indemnización de los daños y perjuicios que le fuesen causados; el juez que conozca del asunto no podrá autorizar el uso o disposición de los ejemplares acogiéndose al artículo 113 de la Ley Orgánica de Aduanas, porque de hacerlo estaría contrariando la protección establecida en el artículo 98 de la Carta Magna, que es «la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico», a la vez que estaría obviando el deber de proteger la Constitución que le impone su artículo 334.¹⁶

En su Título VII, (artículos 119 a 124) de la ley en análisis se establece pena de prisión hasta por seis años a sus infractores, estableciendo además que la persecución de los delitos en ella contenidos son de acción privada, es decir, se iniciará mediante denuncia de parte interesada.¹⁷

Los titulares de los derechos de explotación que ampara esta Ley podrá

¹³ Ver el artículo 127 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el cual amplía el objeto de la protección.

¹⁴ Ver el artículo 138 de la Ley sobre el Derecho de Autor

¹⁵ Ver el artículo 104 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

pedir amparo al Juez cuando considere que tales derechos están siendo desconocidos o cuando se reincida en una violación ya realizada, pudiendo pedir también la destrucción de los ejemplares o copias y el retiro de los aparatos utilizados para la reproducción ilícita. Queda a juicio del perjudicado solicitar la adjudicación de los ejemplares, en cuyo caso el juez apreciará un valor que se deducirá del monto que se estime por daños y perjuicios.

La Ley Orgánica de Aduanas y la propiedad intelectual

Con motivo de la reforma sufrida por la Ley Orgánica de Aduanas el 4 de noviembre de 1998, se introdujo un Título –el IV– contentivo de dos artículos –87 y 88– referido a las medidas en aduanas sobre propiedad intelectual.

La suspensión del desaduanamiento

En dicho Título se establece que las aduanas podrán impedir el desaduanamiento de mercancías que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país, o que se deriven de acuerdos internacionales de los cuales Venezuela sea parte. De esta manera, los derechos que se protegen pueden ser los señalados en la Ley sobre el Derecho de Autor u otros instrumentos nacionales, o también los indicados en tratados internacionales suscritos y ratificados por la República.¹⁸ Así pues, la fuente de tales derechos puede ser autóctona o exógena.

Los delitos contra la propiedad intelectual son siempre de instancia privada, es decir, que las acciones que de ellos nacen sólo podrán ser ejercidas por la víctima, salvo las excepciones expresamente establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal.¹⁹

Pero nuestra legislación aduanera no permite que sea directamente la víctima quien solicite a las aduanas la protección de sus derechos, con lo cual

¹⁶ Artículo 334 de la Constitución: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

¹⁷ Ver artículo 123.

establece un sistema de precalificación donde, si bien la acción inicial sigue correspondiendo al agredido por la actuación ilícita, este primer paso debe realizarlo ante el *órgano competente*, es decir, ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor del Ministerio de la Producción y el Comercio,²⁰ quien de encontrar fundamentada la denuncia solicitará a las autoridades aduaneras que impidan el desaduanamiento de los efectos objeto de sospecha.

Las medidas que se aplican en aduanas en materia de propiedad intelectual están siempre dirigidas a prevenir la consecución de un fin delictivo, es decir, son medidas preventivas y como tales no pueden ser indefinidas ni definitivas; tampoco constituyen sanción ni presumen culpabilidad del inculpado.²¹ Por tal razón, el artículo 55 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que si «en un plazo no superior a 10 días hábiles contado a partir de la comunicación de la suspensión al demandante²² mediante aviso, las autoridades de aduanas no hayan sido informadas de que una parte que no sea el demandado ha iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión o de que la autoridad debidamente facultada al efecto ha adoptado medidas provisionales que prolonguen la suspensión del despacho de aduana de las mercancías, se procederá al despacho de las mismas si se han cumplido todas las demás condiciones requeridas para su importación o exportación...» En otros términos, si transcurridos diez días hábiles contados desde que ocurre la notificación al demandante, sin que la aduana reciba notificación de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, procederá la entrega del cargamento, sin que sea necesario el pronunciamiento de autoridades superiores del Ministerio de Finanzas o de los organismos que tutelan la propiedad intelectual. No puede ser de otra manera, pues estas medidas constituyen limitaciones al derecho constitucional a la propiedad y en un estado de derecho tales restricciones no deben desbordar los límites de lo legal y absolutamente necesario.

¹⁸ Ver el artículo 98 de la Constitución.

¹⁹ Ver artículos 24 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal.

²⁰ Ver artículos 130 de la Ley sobre el derecho de Autor y 29 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

²¹ Ver el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución y el Capítulo I del Título III de la Ley sobre Simplificación de trámites administrativos.

²² Las notificaciones al demandante y al importador deben hacerse sin demora, según lo señalado en el artículo 54, ejusdem. En sentido similar se pronuncia el último párrafo del artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Desaduanamiento de mercancías sujetas a medidas provisionales

Una vez que la autoridad aduanera haya recibido del órgano competente en materia de propiedad intelectual la solicitud de no desaduanar un determinado embarque, se inicia un procedimiento que –en lo a aduanas se refiere– puede concluir por alguna de las siguientes razones:

- a) Por caducar el lapso de diez días hábiles comentado en el párrafo anterior;
- b) Por solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, en el sentido de que se permita el desaduanamiento, previa presentación de garantía para proteger los derechos en juego;
- c) Por decisión del órgano competente para decidir el fondo del asunto.

Del contexto legal se desprende que la aduana retiene y custodia, pero las decisiones sobre el asunto corresponden a otras autoridades administrativas o judiciales.

Lo que resulta anfibológico es el segundo párrafo del artículo 87 en lo que respecta al órgano ante el cual se debe consignar la garantía. Por una parte, parece lógico pensar que si es la Dirección Nacional del Derecho de Autor la que toma las decisiones –incluida entre éstas el establecimiento del monto de la garantía– a ella debe corresponderle su recepción y administración; de otro lado, la redacción de este párrafo nos induce a pensar que el órgano competente sólo fija el monto, correspondiendo a la autoridad aduanera recibir y custodiar el correspondiente documento y realizar la ejecución si así lo decidieran los órganos del Estado competentes para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esta segunda alternativa puede ser la correcta, si tomamos en cuenta que la garantía suple a la mercancía, siendo esta última la que, en primera instancia, garantiza tanto los derechos del Fisco como los que corresponden a los propietarios intelectuales.

CAPÍTULO X

LA DECLARACION DE MERCANCIAS

Las mercancías de importación, exportación o tránsito deben ser declaradas ante la respectiva oficina aduanera por el consignatario aceptante, quien en virtud de presunción legal¹ *iure et de iure* y a los efectos de la legislación aduanera, será tenido como su propietario, con las obligaciones y derechos que de tal condición se derivan. Con esta presunción que no admite prueba en contrario, la Ley logra dos objetivos: uno, determinar quién es el *responsable* de la obligación aduanera, es decir, el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria y, por consiguiente, obligado a la satisfacción de los créditos fiscales y de los requisitos aduaneros correspondientes; dos, establecer a quién debe entregar los efectos una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones aduaneras o, si fuere el caso, a quién debe pagar los bienes recibidos que no pueda entregar. En otros términos, la mencionada presunción señala la persona con la cual debe entenderse la Administración durante la realización de los trámites requeridos por la operación de que se trate, y aún después, hasta tanto hayan prescrito obligaciones y acreencias.

Parafraseando a Pugliese, podemos decir que, para el derecho aduanero, el sujeto pasivo de la obligación es el que *jurídicamente* debe pagar la deuda tributaria, ya sea propia o de otras personas. Decimos «jurídicamente» para indicar que este derecho, a diferencia de la ciencia de las finanzas, se preocupa solamente del contribuyente de derecho y se desinteresa del contribuyente de hecho, que puede, como se sabe, no coincidir con el primero como consecuencia del fenómeno de traslación del tributo aduanero.²

Con la declaración, el consignatario o exportador procuran su legitimación procedimental o, en otros términos, hacen nacer su derecho de ser parte

¹ Ver artículos 1.394 y siguientes del Código Civil.

²PUGLIESE, Mario. *Instituciones de derecho financiero*. Págs. 54-55.

en la operación aduanera en cuestión, habida cuenta que en sus resultados están involucrados sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

La declaración de mercancías ante la aduana tiene características que son similares a las prescritas en otras rentas fiscales, pero también algunas que le son propias a título exclusivo. Examinémoslas en detalle:

La declaración de mercancías ante la aduana es irreversible, única, no repetible, así como tampoco modificable. La Ley Orgánica de Aduanas fija el momento de la declaración como el único en el cual se pueden suministrar datos que frustren la aplicación de las multas con que se penan las declaraciones incorrectas. De esta manera, el legislador niega toda posibilidad de modificación o sustitución de la declaración y pone un dique a la modificación fraudulenta de la declaración para substraerse de las sanciones a que pudieran resultar sometidos los infractores durante el acto de reconocimiento.

La doctrina italiana reconoce a las declaraciones ante el Fisco valor de confesión extrajudicial y, en consecuencia, fuerza de plena prueba contra quien la formula. Obviando consideraciones acerca de tal condición con respecto a otras rentas, todo indica que esa doctrina es aplicable en un todo a las referidas declaraciones ante la aduana. Giannini, aduce que tal doctrina es inexacta, ya que la función de la declaración consiste tan solo en llevar a conocimiento de la autoridad financiera los elementos de hecho necesarios para la liquidación del impuesto. De ahí se desprende -según Giannini- que el sujeto que formula la declaración puede rectificar por medio de una declaración posterior las afirmaciones contenidas en la primera, demostrando que fueron frutos del error o que deliberadamente no fueron exactas, y confiando a la libre apreciación de la autoridad administrativa el juicio acerca de cual de esas declaraciones se acomoda a la real situación de hecho. La crítica del jurisconsulto italiano parece pertinente respecto a las declaraciones que pueden ser modificadas o suplantadas por otras, pero su criterio no resulta aplicable al ámbito aduanero, a no ser para ratificar la doctrina por él criticada.

La declaración sólo puede ser efectuada por quien tenga la capacidad civil y administrativa de obligarse, por quien esté en capacidad de ser sujeto pasivo ante el Fisco Nacional pero, además, cuando se trate de operación aduanera objeto de liberación de gravámenes, licencias, permisos, delegaciones o cualquier otra restricción, el declarante debe ser, de consuno, el efectivo

destinatario o propietario del cargamento. Con esta previsión, el legislador asigna carácter de intransferibilidad a las liberaciones, licencias, permisos y delegaciones, con lo que elimina toda posibilidad de tráfico con tales beneficios que, por su esencia misma, son *intuitu personæ*.

Pero además de poseer la capacidad civil y administrativa ya comentada, sólo pueden declarar las mercancías quienes sean sus propietarios y puedan demostrarlo mediante la presentación de los documentos a los cuales la Ley les asigna esa capacidad de probanza; en casos de excepción, la Ley permite que el retiro sea hecho en ausencia de esos documentos, pero garantizando el valor C.I.F. (Cost, Insurance and Freight) del cargamento, mediante depósito o fianza otorgada en documento auténtico por empresas de seguros o compañías bancarias establecidas en el país o por empresas de comprobada solvencia económica.³

La declaración a que nos venimos refiriendo, está sujeta a verificación administrativa en el acto de reconocimiento por el funcionario reconocedor, exclusivamente. En materia de esta declaración, no son aplicables los artículos 45 y 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; el primero por cuanto colide frontalmente con la Ley Orgánica de Aduanas, la cual establece que el análisis sobre la corrección y exactitud de las declaraciones forma parte del acto del reconocimiento y, por consiguiente, no puede ser realizado fuera de él ni por funcionarios distintos al señalado. Ante el disímil tratamiento que dos leyes, ambas orgánicas, le dan al mismo asunto, prela la especial; de no ser así, todo el andamiaje jurídico en que se fundamentan las *actividades* aduaneras que, en su conjunto, conforman las operaciones, quedaría a tal punto modificado que sería menester suplirlo casi en su totalidad. Tampoco resulta aplicable el citado artículo 50, por cuanto los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplican con preferencia al procedimiento ordinario previsto en el Capítulo I del título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.⁴

La declaración no puede realizarse en cualquier momento o ante cualquier autoridad aduanera. La Ley establece que debe hacerse en un lapso no mayor de cinco días hábiles, contados a partir de su ingreso a las zonas de almacenamiento debidamente habilitadas, dejando a salvo las excepciones que ella misma prevé. ¿Ante quién declarar? Ante la oficina aduanera en

³ Ver artículos 142 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁴ Ver artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

cuyos almacenes o patios se encuentren los efectos y que, estando debidamente habilitada para la operación de que se trate, emitirá oportunamente la documentación demostrativa de la culminación del procedimiento y la correspondiente orden de entrega de los bienes.

Si transcurrido el plazo a que se refiere la Ley Orgánica de Aduanas, las mercaderías no hubiesen sido declaradas, se impondrá multa. Pero, además, el retardo en la declaración produce consecuencias que si bien no son de tipo penal, pueden resultar en extremo onerosas, hasta el punto de que los efectos pueden ser declarados en estado de abandono y rematados en subasta pública. Así, si transcurridos treinta días continuos contados a partir del vencimiento del lapso de cinco días hábiles antes mencionado sin que se haya producido la declaración, se producirá la figura del abandono legal y el fenecimiento del lapso para hacerlo. En caso de que la declaración se haya realizado pero los efectos no se hayan retirado de los almacenes o patios, el lapso de abandono se computará a partir de la fecha del reconocimiento. En ambos casos, queda expedito el procedimiento establecido en el artículo 430 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Carácter reservado de las declaraciones

El artículo 124 de esta Ley Orgánica establece —en su primera parte— que ningún empleado de Hacienda puede hacer publicaciones sobre asuntos internos del servicio, si tal publicación no le está atribuida por leyes o reglamentos o si no está autorizado para hacerla por el respectivo Ministerio. Esta norma impone que las declaraciones realizadas por los consignatarios o exportadores no puedan hacerse del conocimiento público, sino por quien esté autorizado para ello por ley formal, reglamento o por el Ministro de Finanzas. Esta prohibición de hacer públicas las declaraciones hechas ante la aduana por sus usuarios, es oponible a las autoridades judiciales, administrativas o legislativas, civiles o militares, por cuanto la Ley no las exceptúa; por ello, si en el curso de una averiguación requirieran tales declaraciones, los jefes de oficina aduanera no podrán satisfacer el pedimento sin la previa autorización del Ministro.⁵ Por su parte, la Ley de Carrera Administrativa en el ordinal 4º de su artículo 28, impone a los funcionarios la obligación de guardar la reserva y secreto que requieran los asuntos relacionados con su

⁵Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y Comercio. «Artículo 10. Toda información que por su naturaleza sea confi-

trabajo, mientras que el artículo 62 de la misma Ley sanciona con destitución a quienes revelen asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario. El carácter reservado, confidencial o secreto de los asuntos administrativos, no debe obstaculizar el ejercicio del derecho de información que tienen los interesados y que se encuentra consagrado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Nótese, entonces, que los artículos de las leyes citadas no son contradictorios sino, por el contrario, complementarios; en su conjunto conforman un sistema coherente para la regulación de este aspecto de la actividad administrativa.

Renuncia a la consignación

La declaración de las mercancías no es obligatoria para quien aparezca como consignatario en el conocimiento de embarque, guía aérea o en la guía de encomienda. Este puede, a su libre albedrío, designar a otra persona para que las declare, siempre y cuando no exista declaración precedente ni se haya materializado el estado de abandono; puede, igualmente, dentro del plazo señalado por el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, renunciar voluntariamente a favor del Fisco Nacional a sus derechos sobre el cargamento; puede, también, manifestar su voluntad de reexportar las mercancías que aún no hayan sido declaradas y para las cuales no se haya designado otro consignatario. Las mencionadas, constituyen un amplio abanico de posibilidades que el usuario puede escoger con plena libertad; pero una vez que decida efectuar la declaración, queda sujeto a las contingencias que se pudieran derivar de los errores en ella contenidos.

Hay que diferenciar las figuras del consignatario y del consignatario aceptante. El primero es quien aparece como tal en el conocimiento de embarque (B/L), en la guía aérea (AWB) o en la guía de encomienda y es susceptible de tener los derechos y obligaciones que la Ley le asigna al *propietario aduanero* de las mercancías. Podemos decir que el consignatario *documental* tiene capacidad de atribución o goce, pero no de ejercicio; para que aflore la capacidad de ejercicio es menester que acepte la consignación,

dencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial.»

con lo cual se materializa la figura del consignatario aceptante, sujeto de deberes y derechos ante la aduana.

El declarante queda obligado a cumplir una serie de deberes formales, establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el Código Orgánico Tributario. Entre ellos destacan el facilitar a los funcionarios fiscales autorizados las inspecciones y verificaciones para el ejercicio de la potestad aduanera; presentar, cuando le fueren requeridos, las declaraciones, informes y documentos relacionados con sus obligaciones aduaneras; comunicar a las autoridades competentes cualquier hecho que modifique su situación aduanera, como sería el caso de la utilización de mercancías exoneradas para fines distintos a los considerados para la concesión del beneficio; comparecer ante la autoridad, personalmente o mediante representante debidamente autorizado, cuando ello le fuera requerido por la autoridad; acatar los lapsos establecidos en la leyes y reglamentos para la ejecución de los trámites aduaneros; impulsar el procedimiento y evitar su perención (caso del abandono de mercancías, por ejemplo), muy especialmente cuando se inicie, como es el caso de las operaciones aduaneras, a instancias del particular.

Con la declaración ante la aduana, el particular adquiere un grupo de derechos inalienables, entre los cuales se pueden señalar: el de participar en el acto reconocimiento y realizar las observaciones que a su juicio resultaren procedentes; solicitar nuevos reconocimientos ante el Jefe de la Oficina Aduanera; recibir el acta de reconocimiento con mención exacta de las observaciones y comentarios que hubiere hecho durante el acto; que le sean entregados los efectos sujetos a operación aduanera en el mismo estado en que fueron recibidos por la Administración y, caso contrario, que se le indemnice oportuna y suficientemente.

La declaración tácita de mercancías

Lo *tácito*, en oposición a lo *expreso*, significa lo callado o silencioso o, en segunda acepción, lo que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere⁶

El caso de los viajeros y tripulantes que se presentan ante las aduanas con el objeto de introducir efectos de diversa naturaleza, independientemente de que constituyan equipaje o no, merece una especial atención. En

⁶Diccionario de la Real Academia Española.

tales eventos, no hay una declaración formal de la cantidad y calidad de los bienes, ni una manifestación escrita de la voluntad de internarlos. Pero la inexistencia de formas no puede interpretarse como ausencia de obligaciones o sostén de especiales beneficios o derechos negados a quienes —en otras circunstancias— cumplen con las formalidades legales inherentes a la declaración de mercancías. Los beneficios concedidos por la Ley a la internación de equipajes constituye una excepción al régimen general a que está sometida la importación y, por tanto, su interpretación debe ser siempre restrictiva, pues de lo contrario estaríamos haciendo excepciones a lo que de suyo es excepcional, creando una babel que derrumbaría cualquier orden jurídico o lógico.

Los objetos que formen parte del equipaje están sujetos a potestad aduanera y a las disposiciones que rigen para la importación, exportación y tránsito ordinarios; por tanto, con su llegada a lugar habilitado causan derechos y régimen legal aplicable, mientras que la figura del sujeto pasivo está constituida por el pasajero o tripulante que aparezca como su propietario legal.

El caso del equipaje es uno de los pocos en los cuales el carácter de su propietario legal (pasajero o tripulante) determina el régimen aplicable a los efectos; desde la óptica de la ley no hay equipaje sin viajero, ni se puede invocar ni es aplicable el régimen preferencial que le está acordado hasta tanto no se cierre el triángulo pasajero-equipaje-aduana, lo cual sucede cuando el *pasajero material* se convierta en *pasajero legal*, es decir, cuando quien viaja se presenta ante la aduana para solicitar —de forma tácita o expresa— que se autorice la internación de sus bienes y que se les aplique el régimen legalmente establecido. En ese momento el peticionario se constituye en sujeto pasivo de la relación que se forma con el Estado en virtud de la pretendida internación, desencadena la actividad aduanera y se hace propietario legal desde el punto de vista aduanero, con todas las obligaciones y derechos que de tal condición se derivan.

CAPITULO XI

RECONOCIMIENTO ADUANERO DE MERCANCIAS

Generalidades

Reconocer significa «examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias» o también «registrar, para enterarse bien del contenido, un baúl, lío, etc., como se hace en las aduanas y administraciones de otros impuestos». Visto en su forma más simple, pero no por ello menos cierta, el reconocimiento aduanero de mercancías consiste en un conjunto de acciones dirigidas a enterar a la aduana de las características de las mercancías objeto de operación aduanera, con el fin de determinar el régimen jurídico a que se encuentran sometidas.

Este acto, que desde el punto de vista del derecho administrativo tiene el carácter de preparatorio o de mero trámite, es de tal relevancia a los efectos que nos ocupan, que la Ley lo ha dotado de carácter solemne, es decir, de una serie de formalidades de cuya observancia pende su validez.

El reconocimiento se inscribe dentro de lo que los autores llaman *fase de sustanciación* del procedimiento administrativo, posterior a la de *apertura* y anterior a la de *decisión*. En esta fase, son aportados al órgano que ha de decidir, al jefe de la oficina aduanera, los elementos de juicio que podrán servir de fundamento a su decisión. Es en esta etapa donde se pone de manifiesto el carácter contradictorio del procedimiento, el cual interpretamos esencialmente, como la posibilidad que tienen todos los participantes en el mismo de hacer alegatos, aportar elementos probatorios, esto es, de actuar en el sentido que lo consideren más conveniente para la defensa de los intereses que han hecho valer y de los cuales son titulares. Esta fase puede presentarse con muchas complejidades si el carácter contradictorio es acentuado, y existen conflictos de intereses entre sujetos ajenos a la Administración, caso en el

cual, la sustanciación puede tener la naturaleza de un subprocedimiento en el cual se aduzcan los elementos más variados. (Rondón de Sansó, 1983)

La importancia del reconocimiento se evidencia, entre otras cosas, por la manera detallada como el legislador lo reguló, tanto en su fondo como en su forma, con la evidente intención de que se desarrolle en condiciones que aseguren su imparcialidad, normalidad y exactitud y que se realice libre de todo apremio, perturbación y coacción; con ello se pretende, entre otras cosas: evitar medidas oficiales para aligerar el acto, en perjuicio de las labores de verificación; impedir la presencia, durante la verificación del acto o inmediatamente después, de autoridades distintas a los reconocedores, que pretendan cumplir labores de inspección, policía o resguardo y, en general, se quiere evitar la aplicación de medidas que afecten o puedan afectar sus resultados (Exposición de motivos de la Ley Orgánica de Aduanas).

En la búsqueda de esa imparcialidad, normalidad y exactitud, el legislador originario dispuso que el propietario de las mercancías tuviera derecho a que el reconocimiento se efectuara en su presencia o en la de su representante e informados del momento de su realización, en virtud de la publicación a que estaba obligada la aduana hasta la entrada en vigencia de la reforma.¹ No es lo común que en los trámites administrativos estén presentes los interesados, como tampoco es lo usual que un trámite relacionado con una operación aduanera pueda ser cumplido por quien no tenga carácter de agente de aduanas (Art. 34 de la Ley Orgánica de Aduanas). Pero en este caso el legislador se mostró sabio y previsor, al admitir tácitamente que, en buena parte de los casos, el propietario tiene un conocimiento de las mercancías mucho más preciso y detallado que el indirecto del agente de aduanas y que la imparcialidad y exactitud, afanosamente buscadas, pudieran verse comprometidas de negarse el acceso al importador o exportador de los efectos.

La declaración de las mercancías que realizan ante la aduana los consignatarios y los exportadores, se presume hecha de buena fe, libre de cualquier intención de engañar, es decir, ajena a toda astucia o maquinación dirigida a lesionar, en mayor o menor grado, los legítimos derechos del Fisco Nacional

¹ Si bien se modificó el artículo 43 en lo que respecta a que «La aduana dará publicidad con la debida antelación a la realización del reconocimiento», en la parte final del artículo 52 de la Ley reformada se lee «comparecientes», lo cual nos induce a interpretar que el reconocimiento sigue siendo un acto público y que los interesados tienen derecho a participar en él y a realizar las observaciones que consideren pertinentes.

o a substraerse del cumplimiento de requisitos u obligaciones establecidos en la legislación nacional. Pero la presunción de que la declaración hecha ante la aduana es justa y sincera, no basta; la Ley ordena que se analice su corrección y exactitud, que se verifique la documentación que la respalda y que, en definitiva, se precisen las restricciones y requerimientos a que pudieran encontrarse sometidos los efectos declarados.

El funcionario reconocedor

La Ley Orgánica de Aduanas es tajante al supeditar la validez del acto de reconocimiento a que se efectúe con la «asistencia del funcionario competente» quien tendrá carácter de fiscal de la Hacienda Pública Nacional. De esta manera, la Ley elimina toda posibilidad de que interventores de aduana o cualquier otro funcionario, sea cual fuese su rango, puedan realizar validamente este acto.

Es nulo de nulidad absoluta, e incapaz de adquirir firmeza y producir consecuencias jurídicas, el reconocimiento realizado en ausencia de dicho funcionario.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que serán absolutamente nulos los actos de la Administración, cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal. Tal es el caso de los reconocimientos realizados por quien no sea funcionario competente, en virtud de la locución «*a los fines de su validez*» utilizada por la Ley Orgánica de Aduanas. El reconocimiento realizado por funcionario distinto al señalado por la Ley, no se puede convalidar ni crear ni producir ningún efecto, derecho u obligación ni, por tanto, convertirse en firme. En consecuencia, nadie podría alegar derechos adquiridos frente a un acto nulo de nulidad absoluta. Sobre ellos, ha dicho la Corte Suprema en alguna sentencia: «nada útil puede levantarse por lo que no puede establecer una obligación ni crear ningún derecho. Por eso, los actos nulos, de nulidad absoluta, se tienen como que nunca se han dictado porque si no pueden producir efectos, el acto se tiene como no dictado» (Brewer, 1982).

La incapacidad del acto nulo de nulidad absoluta de adquirir firmeza, hace que éstos puedan ser impugnados en cualquier momento, aun cuando los lapsos para recurrir estén vencidos. Por su parte, la Administración puede revocarlos en cualquier momento, por la misma razón y en atención al texto del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que

reza: «La administración podrá en *cualquier momento*, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.»

La función del reconocedor es responsable, es decir, está sujeta a responsabilidad penal (ver artículo 61 del Código Penal), civil (ver artículo 1.185 del Código Civil) y administrativa (ver Título V de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), así como disciplinaria (ver artículos 55 y 58 de la Ley de Carrera Administrativa) cuando en el acto de reconocimiento surjan irregularidades que sean consecuencia de su acción u omisión dolosa o culpable. Como es obvio, la culpa puede ser producto de la ignorancia, impericia, imprudencia o negligencia.

En el área psicológica hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso. Pero esto que psicológicamente es de superlativa trascendencia, carece de interés en el derecho positivo y en la práctica judicial. Las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, porque consignan a una y otro los mismos efectos; por ello, no se investiga en los casos concretos si se está en presencia de ignorancia o error (Jiménez de Asúa, 1962).

El carácter de Fiscal de la Hacienda Pública Nacional que le confiere la Ley Orgánica de Aduanas al citado funcionario, lo hace representante natural del Fisco, con las atribuciones señaladas en el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y demás leyes y disposiciones reglamentarias.

Responsabilidad del funcionario reconocedor

El acto de reconocimiento puede generar responsabilidad penal, civil y administrativa para los funcionarios actuantes, cuando la irregularidad obedezca a acción u omisión dolosa o inexcusable, o a ignorancia, impericia, imprudencia o negligencia.

Hay acción u omisión dolosa si el acto que origina la transgresión es intencional y consciente, mientras que resulta inexcusable si el error

pudo ser evitado actuando con el sentido común propio de una persona normalmente inteligente.

En virtud de lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, los reconocedores responden no sólo por los ilícitos intencionalmente cometidos, sino también por la simple culpa, es decir, por la acción voluntaria no intencional.

Las omisiones a que se refiere la Ley no pueden ser otras que las que se derivan de *no hacerlo* que la Ley Orgánica de Aduanas les ordena realizar; así, por ejemplo, si el reconocedor no hace el conteo de las mercancías, incurre en responsabilidad por omitir hacer lo que expresamente se le ordena.

Los reconocedores son penalmente responsables, están sujetos a penas por los delitos o faltas en que incurran durante el acto de reconocimiento. Pero, además, lo son civil y administrativamente; lo primero, por cuanto quedan obligados a reparar los perjuicios causados al Fisco por sus acciones u omisiones contrarias a la Ley; lo otro, por cuanto son pasibles de las sanciones administrativas que puedan corresponderles, de acuerdo a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y a la Ley de Carrera Administrativa.

Lugares donde se realiza el reconocimiento

En principio, el reconocimiento debe realizarse en los patios o almacenes de la aduana donde se esté efectuando la operación respectiva.² Ello no obsta para que se efectúe en otros lugares cuando los efectos sean descargados o embarcados en forma directa o cuando por su naturaleza o características deban permanecer a la orden de la aduana en otros lugares. La Ley Orgánica de Aduanas, faculta al Ejecutivo Nacional para que, por vía reglamentaria exclusivamente y con vista a las características de los efectos, permita que los trámites se realicen en lugares distintos a los habilitados permanentemente para ello.

En casos de exportación y a solicitud de parte, el reconocimiento podrá efectuarse en los propios locales del interesado o en el momento del envasamiento, con las formalidades establecidas en el Reglamento respectivo

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas, el reconocimiento deberá efectuarse en las zonas de almacenamiento de la aduana. Ello es sumamente importante especialmente

² Ver artículo 23 de la Ley Orgánica de Aduanas.

en los casos de importación, dado que una vez que se produce la salida se pierde el control directo de los efectos y, con ello, toda garantía de que los bultos a reconocer sean los mismos llegados a la zona aduanera, tanto en número como en contenido. Cabe recordar que el Fisco responde ante el consignatario aceptante o exportador de los bienes retenidos en prenda legal y que esa responsabilidad podría verse comprometida si la aduana pierde, aun cuando temporalmente, la custodia de las mercancías.

Sin embargo, la ley autoriza al Ministro de Finanzas para que autorice que la determinación del valor y otros aspectos inherentes al reconocimiento se efectúen con posterioridad a la salida del cargamento de la zona primaria.³ El ejercicio de esta facultad está tácitamente limitado por la imposición legal de que se tomen las medidas necesarias en resguardo de los controles fiscales. Así, no podrá el Ministro autorizar la salida de los cargamentos sin que se hayan cumplido todos los extremos del reconocimiento, si esa decisión conlleva pérdida de controles fiscales y riesgo para los derechos del Fisco Nacional.

Es pertinente señalar que las verificaciones que realizan los Fiscales Nacionales de Hacienda durante el ejercicio del control posterior, no constituyen reconocimiento aduanero, ni se pueden realizar dentro de la zona primaria; por tanto, no se rigen por las regulaciones contenidas en el Capítulo III del Título II (Del Reconocimiento) de la Ley Orgánica de Aduanas, sino por lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Actuaciones que forman parte del reconocimiento

El reconocimiento, visto a *grosso modo*, está constituido por una serie de actuaciones sobre los documentos presentados por el consignatario aceptante o exportador y sobre las mercancías sometidas a operación aduanera.

Para fines didácticos exclusivamente, podemos dividir en este acto en tres grandes porciones:

1. La documental, en la cual se analiza la información contenida en la declaración, se revisan las operaciones matemáticas, las señas del consignatario y de su agente de aduanas y se constata la existencia de los documentos (permiso, licencia, registro, delegación, certificado de origen, etc.) que pudieran ser necesarios de acuerdo a la clasificación arancelaria

³ Ver artículo 55 de la Ley Orgánica de Aduanas.

declarada.

2. Una segunda parte constante de las actuaciones de identificación, examen, medida, peso y contaje de las mercancías. En esta instancia los reconocedores establecerán la existencia y estado físico de los efectos y determinarán si faltan mercancías o éstas presentan averías, señales de descomposición, fallas, pérdidas u otras irregularidades similares que puedan afectar la base imponible o, incluso, la clasificación arancelaria (caso de animales muertos durante el transporte, por ejemplo). En esta fase, los reconocedores toman conocimiento directo de las características físicas de las mercancías.

3. En la tercera y última etapa, se procede a la clasificación arancelaria y su correspondiente determinación de tarifas y restricciones, así como a la valoración; se coteja lo declarado por el usuario con el conocimiento adquirido por los funcionarios, estableciéndose la declaración correcta, si fuere el caso; se levanta el acta de reconocimiento si hubiere surgido alguna objeción, dando cumplimiento a los extremos señalados en la Ley Orgánica de Aduanas y —por último— se sancionan las infracciones cometidas con motivo de la declaración de las mercancías, independientemente de que produzcan o no perjuicio fiscal.

Las mercancías averiadas han de valorarse según su estado, es decir a su valor en aduana,⁴ habida cuenta del daño sufrido hasta el momento en que los derechos sean exigibles. En principio, no se trata de apreciar el daño experimentado por las mercancías, sino de determinar el valor de dichas mercancías averiadas. Sin embargo, en la práctica, cuando tales mercancías son objeto de una compraventa *bona fide* y el precio pagado o pagadero en origen pudiera tomarse normalmente por base de valoración, dicho precio puede constituir un punto de partida razonable para determinar el valor de las mercancías averiadas, deduciéndose el importe de la indemnización comercial, obtenida por el comprador, en compensación por el demérito del valor de las mercancías a causa del daño, pero excluyéndose cualquier indemnización por los perjuicios sufridos. El hecho de que el comprador no haya obtenido ninguna indemnización comercial por el daño, no justifica, de modo necesario, que la totalidad del precio pagado o pagadero se tome

⁴ Para el literal a) del artículo 15 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, «por *valor en aduana de las mercancías importadas* se entenderá el valor de las mercancías a los efectos de percepción de derechos de aduana ad valorem sobre las mercancías importadas»

por base del valor. Será preciso averiguar cuáles son las razones por las que no se ha concedido esta indemnización —en especial si el comprador no ha pagado un precio más bajo, aceptando el riesgo de daño, con la esperanza de obtener un mayor provecho— y si las mercancías tienen, en realidad, a consecuencia del daño sufrido, un valor menor que el precio pagado por el comprador.

Pero el artículo 57 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que «Se harán exigibles los gravámenes causados aún cuando en el reconocimiento faltaren mercancías o éstas presenten averías, señales de descomposición, fallas, violaciones, pérdidas y otras irregularidades similares.»

Con este artículo, el legislador contradice flagrantemente principios aduaneros universalmente aceptados y —muy especialmente— el anexo F.6 del Convenio Internacional para Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), relativo a la devolución de los derechos e impuestos de importación. Dice dicho anexo en su parte introductoria:

«Durante el despacho de las mercancías declaradas al consumo, o después del levante⁵, puede ser comprobado, bien por el importador mismo, bien por las autoridades aduaneras, que la base sobre la que se han calculado los derechos de aduana no era exacta en razón, especialmente, de un error de las autoridades aduaneras, del declarante o de cualquier otra persona interesada (expedidor, por ejemplo) y que, por este motivo, los derechos e impuestos de importación⁶ percibidos o a percibir, son superiores a los efectivamente exigibles. También puede suceder que las mercancías hayan sido dañadas, destruidas o irremediablemente perdidas por accidentes o fuerza mayor, especialmente antes del levante para el despacho a consumo, y en este caso igualmente, por razones de equidad, los derechos e impuestos de importación ya percibidos podrían ser devueltos⁷ total o parcialmente.»

«La persona interesada debería poder, después de la comprobación de los hechos, obtener la devolución de los derechos e impuestos de importación

⁵ Se entiende por *levante* el acto por el que la aduana permite a los interesados disponer de las mercancías que han sido despachadas. (Convenio de Kyoto)

⁶ Se entiende por *derechos e impuestos de importación*, los derechos de aduana y cualesquiera otros derechos, impuestos y gravámenes o imposiciones diversas que se perciban en el momento de la importación o con motivo de la importación de mercancías, con excepción de los gravámenes e imposiciones cuyo importe se limite al coste aproximado de los servicios prestados. (Convenio de Kyoto)

que hubiere pagado en exceso, o si no hubiera procedido todavía al pago, la condonación de los derechos e impuestos que excedan del importe efectivamente exigible.»

«Es de gran importancia, especialmente cuando el exceso percibido sea debido a un error de las autoridades aduaneras o resulte de circunstancias independientes de la voluntad del importador o de cualquier otra persona interesada, que la devolución se efectúa en los menores plazos y con el mínimo de formalidades. Sin embargo, en algunos casos, puede ser necesario subordinar la devolución a ciertas condiciones o a precauciones particulares en evitación de cualquier riesgo de fraude o abuso.»

Pero no todo queda allí. La Nota Explicativa 3.1, producida por el Comité Técnico de Valoración en Aduana, relativa a «Mercancías no conformes con las estipulaciones del contrato» dice:

«1. El trato aplicable a las mercancías no conformes con las estipulaciones de l contrato plantea una cuestión previa, que es la de saber si todas las situaciones de esta índole o algunas de ellas deben considerarse como asunto de valoración, o si han de tratarse como una cuestión de técnica aduanera (véase el Anexo F.6 del Convenio de Kyoto)»

«2. Aunque parece que algunas situaciones se refieren a cuestiones que, en la mayoría de los países, dependen de la legislación nacional no relacionada con la valoración, otras situaciones puede que exijan la aplicación de principios de valoración. El presente proyecto de Nota explicativa se propone, pues, formular normas de valoración para todas las situaciones normalmente previsibles, para orientación de las administraciones que quieran aplicar a tales situaciones métodos de valoración.»

«3. La expresión *mercancías no conformes con las estipulaciones del contrato* puede tener significados diversos según las diferentes legislaciones nacionales. Por ejemplo, algunas administraciones consideran que dicha expresión abarca las mercancías averiadas, mientras que otras sólo la aplican a mercancías en buen estado pero no conformes con las estipulaciones del contrato, y tratan las mercancías averiadas según otros procedimientos u otras disposiciones. Por ello, el presente documento distingue diferentes situaciones con el fin

⁷ Se entiende por «devolución de los derechos de importación»: La devolución, total o parcial, de los derechos e impuestos de importación pagados por las mercancías declaradas a consumo y la condonación, total o parcial, de estos derechos e impuestos en el caso de que no hubieren sido satisfechos. (Convenio de Kyoto)

de facilitar la adopción de una solución uniforme en el marco del Acuerdo. Las situaciones son las siguientes:

I. Mercancías averiadas:

A) En el momento de la importación, el envío se haya totalmente averiado, sin ningún valor.

B) En el momento de la importación, el envío se haya parcialmente averiado, o con un valor puramente residual, como desperdicios.

II. Mercancías no conformes con las estipulaciones del contrato, es decir, mercancías que no están averiadas pero que no están conformes con el contrato o con el pedido inicial.

III. Importación de las mercancías en sustitución de las mercancías mencionadas en I y II arriba citados:

A) en un envío ulterior.

B) En el mismo envío.

«4. Como, según la naturaleza de la avería y el tipo de mercancías, las circunstancias pueden variar de modo incontable, la presente Nota explicativa no se propone establecer detalladamente las diferencias entre las nociones *totalmente averiadas* y *parcialmente averiadas* a efectos de valoración

VALORACION

I. Mercancías averiadas

A) Las mercancías están totalmente averiadas, sin ningún valor

5. En la medida en que la legislación nacional prevea la reexportación, el abandono o la destrucción de las mercancías, (véase la norma 6 del Anexo F.6 del Convenio de Kyoto⁸) no existirá obligación de pagar derechos.

B) Las mercancías están parcialmente averiadas, o con un valor puramente residual, como desperdicios

⁸ La devolución de los derechos e impuestos de importación se concederá a las mercancías dañadas, destruidas o irremediamente perdidas como consecuencia de un accidente o por causa de fuerza mayor antes del levante para consumo, a condición de que los hechos se de-muestran debidamente a satisfacción de las autoridades aduaneras. (Norma 6 del

6. Cuando las mercancías se reexportan, se abandonan o se destruyen como en el apartado A), no existirá obligación de pagar derechos.

7. Si, en cambio, el importador acepta las mercancías el Acuerdo se aplica como sigue:

Artículo 1: El precio realmente pagado o por pagar no se referirá a las mercancías averiadas realmente importadas, y por consiguiente el artículo 1 no puede aplicarse. Ahora bien, si sólo una parte del envío está averiada, podría aceptarse como valor de transacción el porcentaje del precio total que corresponda al porcentaje de mercancías no averiadas del total de mercancías compradas. La parte averiada del envío se valorará según uno de los otros métodos especificados en el Acuerdo en el orden de aplicación prescrito, tal como se indica a continuación.

Artículo 2: En la mayoría de los casos, será poco probable que un envío averiado pueda valorarse sobre la base del valor de transacción de mercancías idénticas, es decir mercancías averiadas vendidas para la exportación al país de importación. Lo que no quiere decir, desde luego, que este criterio pueda pasarse por alto completamente, puesto que algunos productos se prestan a tales soluciones.

Artículo 3: Las observaciones formuladas sobre el Artículo 2 se aplican también al Artículo 3.

Artículo 5: Si las mercancías averiadas, u otras idénticas o similares, se venden en el país de importación en el mismo estado en que son importadas, y si se cumplen todos los demás requisitos de la disposición, el valor en aduana de las mercancías podría determinarse debidamente según el método deductivo. Si las mercancías se reparan antes de su venta, y si el importador lo pide, el valor podría determinarse según lo dispuesto en el Artículo 5.2, habida cuenta de los gastos de la reparación.

Artículo 6: No puede aplicarse, visto que las mercancías averiadas ni se fabrican ni se producen como tales.

Artículo 7: Aunque existan posibilidades, como se indica más arriba, de determinar el valor en aduana de mercancías averiadas según métodos prioritarios en el orden de aplicación, puede conjeturarse que a la mayoría de los casos deberá aplicárseles probablemente el Artículo 7. En este supuesto, el valor debe determinarse según criterios razonables, compatibles con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo y del Artículo VII

del Acuerdo General, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación.

8. El método de valoración que ha de aplicarse según el Artículo 7 podrá significar una aplicación flexible del Artículo 1, es decir en el ejemplo citado:

a) un precio negociado de nuevo (teniendo presente que para llegar a este precio puede tenerse en consideración una indemnización por parte del vendedor, o el hecho de que el vendedor quiera evitar los gastos en los que incurriría si las mercancías se le reexpidieran, o ambos elementos)

b) el precio total inicialmente pagado o por pagar, menos el importe equivalente a uno de los elementos siguientes:

- i) la estimación de un perito independiente del comprador y del vendedor;
- ii) el costo de las reparaciones o de la restauración;
- iii) la indemnización efectuada por la compañía de seguros.

Cabe subrayar que la indemnización por el seguro no ofrece, necesariamente, la medida exacta de la depreciación debida a la avería, puesto que pueden influir en su importe circunstancias ajenas como, por ejemplo, una diferencia, superior o inferior, entre el valor real y el valor asegurado, o negociaciones con la compañía. Sin embargo, la indemnización por la compañía de seguros al comprador no influye en la aceptación por la aduana de un precio reducido a causa de la avería sufridas por las mercancías en la importación. En otras palabras, aunque el precio realmente pagado o por pagar al vendedor no varíe, puesto que la indemnización por la avería debe tratarse como un asunto distinto entre la compañía de seguros y el importador, el valor de las mercancía debe determinarse sobre la base del estado en el que son importadas.»⁹

Pero además, se nos impone reflexionar sobre el siguiente hecho: el artículo 57 se refiere a «derechos causados» a la vez que se refiere a mercancías faltantes. Preguntémonos: ¿Cómo determinar la necesaria causación, si no sabemos ni podemos constatar la realización del hecho imponible con la totalidad de las mercancías? ¿Cómo saber si las mercancías faltantes salieron

Anexo F.6)

⁹Tomado del *Manual de Instrucción sobre Valoración Aduanera* publicado por la Junta del Acuerdo

del país de origen?

Este artículo da prelación a documentos privados elaborados en el extranjero por extranjeros, sobre la determinación tributaria (*ascertainment* para los italianos) realizada en el país por funcionarios legalmente competentes del Estado venezolano. Además, esta disposición pone sobre los hombros del importador total o parcialmente fallido una carga adicional a sus pérdidas financieras, al quedar imposibilitado, en mayor o menor medida, de trasladar el impuesto al consumidor final.

Pero ello no es todo. Con esta norma los conceptos de causación¹⁰ y de determinación tributaria resultan severamente lesionados, mientras que la majestad del acto de reconocimiento sufre severo daño.

Los artículos 50 y 57 parecen colidir, especialmente en lo que respecta a la verificación de la existencia y estado físico de los efectos, valor en aduana, medida, peso y conteo de los efectos. Todo esto resultaría un ejercicio ocioso, cuando el contenido de la factura prevalece sobre la comprobación realizada por el funcionario reconocedor.

Reconocimientos documental y físico

Entendemos por reconocimiento documental aquel que se realiza sobre los documentos presentador por el consignatario o exportador, con prescindencia de la verificación de las mercancías que conforman el cargamento sujeto a operación aduanera.

En este reconocimiento, el funcionario reconocedor revisa la documentación que le es presentada, verifica las operaciones matemáticas que tales documentos pudieran contener y hace cualesquiera otras verificaciones que le aconseje la prudencia. Encontrado conforme el

de Cartagena el 19 de octubre de 1994.

¹⁰ «La obligación tributaria en general, desde el punto de vista jurídico, es una relación jurídica *ex lege*, en virtud de la cual una persona (sujeto pasivo principal, contribuyente o responsable), está obligada hacia el Estado u otra entidad pública, al pago de una suma de dinero, en cuanto se verifique el presupuesto de hecho determinado por la ley. Por voluntad de la ley la obligación del contribuyente y la pretensión correlativa del Fisco se hacen depender del verificarse de un *hecho jurídico*, el titulado presupuesto legal del tributo, o hecho imponible. Desde este punto de vista, la obligación tributaria en general y la impositiva en particular se parecen a todas las otras obligaciones legales, cuyo nacimiento siempre es subordinado a la verificación de un hecho jurídico, sea éste un hecho lícito o ilícito, un delito civil o penal.»

contenido documental, firme y remite o hace remitir el manifiesto al departamento de liquidación para que se establezca la deuda tributaria y se emitan las correspondientes planillas de liquidación. Si hubiera alguna objeción a lo declarado, ésta deberá constar en el acta que se levante al efecto.¹¹

El reconocimiento físico consiste en el cotejo entre lo declarado y las mercancías sobre las que versa la operación. En este tipo de reconocimiento se debe dar cumplimiento plano al artículo 50 de Ley Orgánica de Aduanas y, en tal virtud, se verificará la existencia y estado físico de los efectos y de la documentación respectiva y se identificarán, examinarán, clasificarán arancelariamente, se medirán, pesarán y contarán los bienes y —en fin— se determinará el régimen aduanero que corresponda a las mercaderías.

Procedimiento aleatorio o selectivo

¿Qué significa el término aleatorio? Perteneciente o relativo al juego de azar —o también— dependiente de algún suceso fortuito. ¿Qué significa *selectivo*? Que implica selección, es decir, que es hecho mediante selección.

Podemos hablar de reconocimiento fiscal, documental y físico, pero no de reconocimiento aleatorio o selectivo. Lo aleatorio o selectivo es el procedimiento para determinar cuáles cargamentos deben ser reconocidos documental o físicamente, pero tal aleatoriedad o selectividad no es característica inherente al reconocimiento mismo, no es adjetivo que le pueda ser aplicable.

En el caso del procedimiento aleatorio se deja a la suerte y nada más que a ella la determinación de los cargamentos que se deben reconocer físicamente; no se puede pensar de otra manera, por cuanto siempre debe haber un reconocimiento —físico o documental— y siendo el físico el que requiere mayor tiempo y energía administrativa, es lógico pensar que es éste el que debe ser echado a la suerte.

El procedimiento selectivo obedece a consideraciones técnicas que siempre deben tener carácter general. Así, la aduana puede que todos los cargamentos venidos en contenedores de más de veinte pies deben ser reconocidos físicamente o que se haga lo propio con las mercancías sujetas a restricciones o a las que sean originarias de un país o región del mundo. La

(Dino Jarach. *El Hecho Imponible*. Pag. 73)

selectividad casuística puede dar sustento a todo género de irregularidades y corruptelas y debe ser evitada a todo evento, a riesgo que este mecanismo se convierta en un futuro próximo en la forma más expedita y segura de cometer contrabando.

El acta de reconocimiento

Toda acta no es más que la relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta o reunión de personas. Para la aduana, el acta de reconocimiento es el documento que recoge los resultados de dicho acto y que sirve de fundamento para la liquidación de los derechos, la autorización para realizar el desaduanamiento y para la determinación de las penas a que se hagan acreedores los consignatarios o exportadores.

Cuando existan objeciones¹², la omisión de dicho documento vicia toda la operación aduanera, no sólo porque se requiere como solemnidad del acto, sino por cuanto conforma prescindencia total del procedimiento legalmente establecido (ver artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). No puede ser otra la interpretación, pues el artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas al utilizar la locución «se dejará constancia de las actuaciones cumplidas» se está refiriendo, sin lugar a dudas, al acta de reconocimiento. En base a tales resultados se efectúa la liquidación de los derechos o se corrigen las liquidaciones efectuadas por el contribuyente, se emiten las planillas de liquidación correspondientes y se autoriza el retiro de las mercancías de la zona aduanera. En ausencia de acta, todas esas actividades perderían sustento y, en definitiva, producirían la nulidad absoluta del acto administrativo.

Reconocimiento fiscal

El jefe de la oficina aduanera podrá ordenar la realización del reconocimiento, aun sin haber sido aceptada la consignación o declaradas las mercancías, cuando se trate de efectos que presenten condiciones de peligrosidad, que amenacen la integridad de otras mercancías, o la de personas, instalaciones y equipos, o las que estén sujetas a inmediata descomposición, deterioro

¹¹ Ver artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas.

¹² Cuando no existan objeciones puede omitirse el acta, bastando la firma y el sello del

o vayan a ser pasadas a remate.¹³

Los supuestos de hecho del artículo 58 pueden presentarse en la zona aduanera en cualquier momento, ya por las características propias de la mercancía o bien como consecuencia de su manejo inadecuado. Era necesario, y así lo entendió el legislador, permitir a la Administración enfrentar esas situaciones de la forma más expedita, en defensa de los factores sometidos a riesgo.

Aunque en un primer momento pueda parecer lo contrario, el reconocimiento fiscal no produce consecuencias jurídicas trascendentes. Es obvio que el cotejo del criterio de los reconocedores y el contenido en la declaración que presenta el usuario no puede efectuarse, como tampoco el establecimiento de la declaración correcta ni la consiguiente imposición de sanciones, ni la valoración fundamentada en un valor de transacción que se desconoce, etc.; por lo demás, este *reconocimiento fiscal* debe cubrir todos los aspectos que sean posibles y cumplir con los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Ley y, sobre todo, lo relativo a la existencia y estado de los efectos, examen, clasificación arancelaria, determinación de tarifas y restricciones, medida, peso y conteo. Ello debe ser así, por cuanto en buena parte de las veces los efectos son trasladados a lugares especiales de almacenamiento ajenos a la zona primaria aduanera y la aduana debe, en resguardo de los intereses fiscales, precisar con toda claridad las características de los bienes sometidos a tan especiales circunstancias. La información así acopiada servirá, posteriormente, para que se complete el procedimiento administrativo con los ajustes que resultaran procedentes o, en caso de abandono, las mercancías puedan ser rematadas sin que ello constituya inobservancia de la Ley.

Reconocimiento de envases y embalajes

Los envases o embalajes seguirán el régimen aduanero y arancelario que les corresponda, cuando no sean los apropiados o comúnmente utilizados para el transporte del contenido principal. Es el muy viejo problema de diferenciar lo accesorio de lo principal. En principio, los envases y embalajes, cuando son los regularmente utilizados para proteger la mercancía de que se trate, quedan sujetos al régimen del contenido y son tenidos, por vía de ficción, como una misma cosa, al punto de que, universalmente, el peso

funcionario reconocedor. Ver artículo 52 de la Ley Orgánica de Aduanas.

admitido a los efectos aduaneros es el *bruto*, es decir, el que resulta de la suma de los pesos del contenido y el continente.

Pero es posible que por diversas circunstancias, los envases o embalajes no sean los comúnmente utilizados o, lo que es peor, que lo presentado como principal sea, en verdad, accesorio y viceversa. Joaquín Escriche, en su muy comentado Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, ofrece unas reglas que pueden ser útiles para diferenciar lo uno de lo otro: *Regla primera*. Cuando la una no pueda subsistir sin la otra, y la otra pueda subsistir por sí misma, ésta se tendrá por principal y aquella por accesorio. Así que, el edificio, el árbol y el trigo son accesorios del terreno, y el dueño de éste los hace suyos. Sin embargo, la rigurosa aplicación de esta regla sería tal vez injusta y aun ridícula en los casos en que la cosa que puede subsistir por separado es casi de ningún valor en comparación del precio de la otra, como sucede en la tabla o lienzo con respecto a la pintura, y en el papel o pergamino con respecto a la escritura. *Regla segunda*. Cuando cada una de las cosas unidas pueda subsistir por separado, se considera entonces accesorio la que sirve para el uso, complemento o adorno de la otra. Se monta –por ejemplo– una piedra en oro para hacer un anillo; la piedra es lo principal y el oro lo accesorio, porque no se ha unido la piedra por el oro, sino al contrario el oro por la piedra, para montarla, engastarla y hacer un anillo. Si se pone marco a un retrato, el retrato es lo principal y el marco lo accesorio, aunque esté guarnecido de pedrería, porque el marco es el que se ha hecho para el retrato, y no el retrato para el marco. Si el sastre te ha puesto un forro riquísimo en un frac que le mandaste hacer, aunque el forro valga mucho más que el frac, el frac será lo principal y el forro lo accesorio, porque no se ha unido el frac al forro por razón del forro, sino que el forro se ha unido al frac para su uso, adorno o complemento. Así, pues, en estos tres ejemplos el dominio del frac, del retrato y de la piedra, atrae y absorbe al dominio del forro, del marco y del oro. *Regla tercera*. Cuando una de las cosas unidas puede subsistir sin la otra, y la una no se ha hecho más para la otra que la otra para ella, debe en tal caso tenerse por principal la que sobrepuja en mucho en volumen, y habiendo igualdad en el volumen la que fuera de mayor precio. *Regla cuarta*. Cuando se han unido en una sola masa materias sin labrar que pertenecían a diferentes dueños, no se atrae la una a la otra, sino que cada uno de los dos propietarios es propietario de la masa por la parte que en ella tiene. De seguidas, dice el autor: cuando las cosas principales y accesorias no están unidas entre sí de manera que formen un solo cuerpo, se reputan

entonces accesorias las que se hayan destinadas para servicio perpetuo de la otra, o tienen tal dependencia de éstas que por separado serían inútiles o no podrían subsistir (Pag. 92).

Nunca el contenido puede ser accesorio respecto al continente. Por definición, los envases o embalajes tienen un fin de simple resguardo de los efectos que acompañan; caso, contrario, el criterio de que lo accesorio sigue el régimen de lo principal resulta inaplicable y dichos envases y embalajes deben ser vistos, valorados y clasificados independientemente del contenido.

Los funcionarios reconocedores, para aplicar a dichos continentes un régimen distinto al señalado para el contenido, están sujetos a la presencia de dos circunstancias: que los envases o embalajes estén sometidos a restricciones y/o mayores derechos de importación que el contenido y que, simultáneamente, no sean los apropiados o comúnmente utilizados en el transporte del contenido principal.

El jefe de la oficina aduanera y los nuevos reconocimientos

Antes de la reforma a la Ley, era necesario hacerse una pregunta: ¿puede el jefe de la oficina aduanera ordenar *nuevo reconocimiento* sin que medie orden del Ministerio de Hacienda o solicitud del consignatario aceptante o exportador?.

Al analizar los reconocimientos desde el punto de vista del derecho administrativo, llegamos a dos conclusiones, a cuál más interesante: una, que los *nuevos reconocimientos* no son recursos y, dos, que los reconocimientos no constituyen actos administrativos definitivos sino que, por el contrario, son actos preparatorios o de mero trámite dirigidos, como todos ellos, a preparar una posterior declaración de voluntad de la Administración, productora de efectos jurídicos; dicha declaración se inscribe en la *fase de decisión* del procedimiento administrativo.

El órgano competente para manifestar esa voluntad en los casos de operaciones aduaneras, es el jefe de la oficina aduanera en su carácter de *órgano-individuo* que representa al *órgano-institución* llamado aduana. Planteados los hechos en esos términos, debemos reflexionar sobre el contenido de la Ley Orgánica de Aduanas que, en principio, parece limitar la realización de nuevos reconocimientos a la exigencia del Ministerio o a petición del administrado, dejando al jefe de la oficina aduanera, como única competencia,

la determinación de la valía de las dudas expresadas por el interesado. Si el jefe de la oficina aduanera puede realizar tal determinación, qué debe hacer en los casos en que las dudas no sean ajenas sino propias?

Si analizábamos el texto de la Ley desde un punto de vista eminentemente literal, debíamos concluir que sólo el Ministerio de Hacienda, el consignatario aceptante y el exportador podían promover la nueva realización del acto, pero si el análisis se realiza a la luz del derecho administrativo y dentro del contexto de las normas aduaneras que expresamente señalan la obligación de que sus resultados sean imparciales y exactos, debe concluirse que el jefe de la oficina aduanera puede ordenar los nuevos reconocimientos que considere pertinentes, tanto en resguardo de los intereses fiscales como en defensa de la justicia y equidad que debe informar a todos los actos jurídicos de la Administración. Savigny –citado por Villegas– fortalece este aserto al señalar que la ley forma parte de un conjunto armónico, por lo cual no puede ser analizada en sí misma, sino relacionada con las disposiciones que forman toda la legislación de un país. Las normas tributarias deben ser entendidas computando la totalidad de los preceptos que las integran, de forma tal que el propósito de la ley se cumpla conforme a una razonable interpretación (H. Villegas, 1992).

Si interpretábamos de otra manera, corríamos el riesgo de admitir como bueno que un funcionario público emita un acto administrativo, guardando dudas acerca de su corrección o, lo que es peor, que la Ley pretendiera, por el camino de las formalidades, promover infracciones a sus propias regulaciones.

El reconocimiento, como cualquier otro acto administrativo –definitivo o preparatorio– persigue un fin preciso, busca una finalidad: determinar el régimen jurídico a que están sometidas las mercancías. Si el jefe de la oficina aduanera tiene la convicción de que en el acto de reconocimiento no se logró ese fin, está en la obligación de aplicar el correctivo del caso, es decir, ordenar un nuevo reconocimiento.

El jefe de la oficina aduanera está obligado a que los actos que dicte tenga una precisa adecuación con los fines de la norma; por ello, si hubiera ordenado el desaduanamiento de mercancías sin el cumplimiento de los requisitos a que estuvieran sometidas (delegación, permiso, licencia, etc.), o sin pagar los derechos o multas correspondientes, como consecuencia de omisiones o acciones que le sean imputables y que distorsionen la

operación aduanera, queda sujeto a un cúmulo de sanciones administrativas y disciplinarias, sin que ello hubiere implicado relevo de la responsabilidad establecida para los reconocedores.

La reforma a la Ley Orgánica de Aduanas¹⁴ faculta expresamente al jefe de la oficina aduanera para que ordene la realización de nuevos reconocimientos. De esta manera se corrige una falla de la Ley y se circunscribe a la aduana una actividad que nunca ha debido estar fuera de sus límites.

¹⁴ Ver artículo 54

es una relación jurídica *ex lege*, en virtud de la cual una persona (sujeto pasivo principal, contribuyente o responsable), está obligada hacia el Estado u otra entidad pública, al pago de una suma de dinero, en cuanto se verifique el presupuesto de hecho determinado por la ley. Por voluntad de la ley la obligación del contribuyente y la pretensión correlativa del Fisco se hacen

CAPÍTULO XII

ILICITOS Y SANCIONES

Introducción

Los sujetos pasivos aduaneros no siempre cumplen con las obligaciones formales o sustanciales que les impone la legislación; por ello la Ley ha previsto sanciones de diversa intensidad que sirven, simultáneamente, de castigo y de *advertencia legal punitiva* para los hechos realizados o por realizar; contrario a esta idea, Jarach es del criterio que la pena no tiene como carácter esencial ni la idea de castigo, ni la de intimidación, ni la de represión sino —simplemente— la de constituir la consecuencia jurídica de la transgresión a un precepto legal, sin que tenga el propósito de restablecer el derecho violado o representar un equivalente jurídico del daño ocasionado por la trasgresión. Por su parte, Alfonso Reyes E. Sostiene que «cuando el legislador considera que un determinado comportamiento humano lesiona o pone en peligro fundamentales intereses del Estado, de la sociedad o de la persona misma, lo describe en una norma legal y le adscribe una pena, con la doble pretensión de evitar que tal comportamiento se realice y se sancionar a quienes violen la tácita prohibición.»¹

El viejo y universalmente aceptado aforismo jurídico *nullum delictum nulla poena sine lege* recogido por la Constitución, (Art. 49) señala que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente; por su lado, el artículo 1º del Código penal, recoge este principio, en los siguientes términos: Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella que ella no hubiese establecido previamente. El carácter constitucional de este precepto, lo hace aplicable a todo el derecho positivo nacional y, por ende, al derecho aduanero.

¹ Reyes, Alfonso. La Tipicidad. Pag. 153.

Clasificación de los ilícitos aduaneros

Al observar la estructura de la Ley Orgánica de Aduanas, encontramos un Título completo dedicado al tratamiento del ilícito aduanero: el VI, que a su vez se divide en dos Capítulos; el primero dedicado íntegramente al contrabando y el segundo a las infracciones aduaneras.

Dentro de esta división bilateral subyace una clasificación tripartita del ilícito aduanero: contrabando (delito propiamente dicho), evasión en segundo término y contravención, aun cuando el legislador parece haber acogido la clasificación de los hechos punibles (delitos y faltas) contenida en el artículo 1º *in fine* del Código Penal; por ello, quedan encuadradas dentro de las faltas, tanto la evasión como la contravención.

Estas divisiones y subdivisiones han dado lugar a controversias inacabables entre ilustres penalistas de diversos lugares del orbe; no es del interés de este trabajo tomar partido por una u otra teoría ni, mucho menos, agregar elementos controvertibles a la dilatada polémica. Pero si consideramos pertinente diferenciar el contrabando, la evasión y las contravenciones, entendiendo por estas últimas la trasgresión a los deberes formales que no provoquen disminución de los tributos (impuestos y tasas), que debe percibir el Fisco Nacional en su condición de sujeto activo de la relación jurídico-tributaria que se origina con motivo de la realización de operaciones aduaneras.

En el ámbito aduanero no podemos diferenciar contrabando, evasión y contravención por la dureza de la pena.² Es un error –dice Villegas– diferenciar delito de contravención por la pena, ya sea en cuanto a su cantidad o calidad; esto no puede aceptarse científicamente, ya que la sanción no pertenece a la esencia del hecho, sino que es algo externo a él, de lo cual se deduce que pueden existir contravenciones castigadas con penas privativas de la libertad, y por otra parte, delitos sancionados con leves multas, sin que ello pueda alterar la esencia delictual o contravencional de las infracciones (1992). Como nos iremos percatando a lo largo de este estudio, las normas aduaneras miden el ilícito por el daño que ocasionan a la sociedad.

² Antes de la reforma de 1998, era posible que un defraudador resultara sancionado con más dureza que un contrabandista.

Delito aduanero

En materia aduanera existe la prohibición absoluta de introducir o extraer mercancías por lugares distintos a los legalmente dispuestos para ello. Como ya hemos comentado, todo el andamiaje aduanero se basa en esa prohibición y, por ello, es comprensible que la infracción más grave corresponda a su inobservancia. En nuestro sistema aduanero, como en el de muchos otros países, nada es más grave que evadir la intervención de las oficinas aduaneras al introducir y extraer efectos del territorio nacional, pues nada resulta más directamente perjudicial a los intereses de la colectividad ni configura una agresión más peligrosa al ordenamiento legal. Quien evade las oficinas aduaneras, hace caso omiso del cumplimiento de sus deberes formales, defrauda al Fisco en la mayoría de los casos y, lo que es más grave, burla la pretensión del Estado de controlar, en beneficio de la colectividad, el tráfico internacional de mercancías.

Pero todas esas afrentas al orden legal y al interés social, no son las que tipifican el contrabando. En nuestro criterio, se comete delito de contrabando cuando se intenta introducir o extraer o se introducen o extraen mercancías del territorio nacional, sin que haya sido conferida autorización por el órgano administrativo competente o, cuando conferida la autorización, ésta se obtuvo mediante ocultamiento, simulación, ardid o engaño que haya producido *error en la causa* del acto administrativo autorizatorio.

Evasión

La evasión, por su parte, está íntima e indisolublemente ligada a la percepción del tributo y conlleva un enriquecimiento sin causa para el sujeto pasivo y un empobrecimiento indebido para el activo. Podemos decir que comete defraudación aduanera, quien mediante simulación, ocultamiento de información o cualquier otra forma de engaño, obtiene un provecho indebido a expensas del derecho del Fisco Nacional a la percepción cabal del tributo. Para Armando Giorgetti, evasión es cualquier hecho, comisivo u omisivo, del sujeto pasivo de la imposición que contravenga o viole una norma fiscal y en virtud del cual una riqueza imponible en cualquier forma resulte sustraída, total o parcialmente al pago del tributo previsto por la ley.³

³ Giorgetti, Armando. *La Evasión Tributaria*. Pag. 107.

Contravención

La contravención es una falta de colaboración, una omisión de ayuda, en cuyo campo los derechos del individuo están en juego de manera mediata. El objeto que se protege contravencionalmente no está representado por los individuos ni por sus derechos naturales o sociales en sí, sino por la acción estatal en todo el campo de la administración pública (Villegas, 1992).

El ilícito aduanero se enmarca dentro de las contravenciones cuando no constituye delito ni defraudación. Es, como lo sostiene el autor citado, un entorpecimiento de la actuación administrativa, una negativa a prestar la ayuda debida al Estado, pero cuya materialización –repetimos– no constituye contrabando ni afecta negativamente la percepción del tributo a que tiene derecho el sujeto activo.

Delitos y faltas

Los más notables y autorizados penalistas han dedicado mucho tiempo y gran esfuerzo a diferenciar los delitos de las faltas, a poner frontera entre unos y otras; en ese empeño se han construido múltiples teorías, entre las que señalaremos las más interesantes para el presente trabajo.

Para Carrara, los delitos violan las leyes de seguridad social; el delito –a su entender– consiste en la violación de un derecho protegido por la ley penal y se distingue fundamentalmente de las contravenciones, por cuanto éstas consisten en las violaciones de las leyes que protegen la prosperidad, no el derecho; leyes que tienen su fundamento en el solo principio de utilidad. Para Anselmo von Feuerbach, hay delito cuando se viola un derecho existente antes de que la ley lo haya reconocido como tal, limitándose, por tanto, la intervención del Estado a asegurar ese derecho; para él, hay contravención cuando se hace una cosa que sería lícita si el Estado no la hubiese prohibido. Para este autor, el Estado tiene facultad para mirar mediatamente a su fin por medio de leyes de policía y prohibir en ellas las acciones en sí mismas no contrarias al derecho, pues el Estado tiene especiales derechos a que no se cometan esas acciones especialmente prohibidas, que originariamente eran jurídicamente posibles para los súbditos. La noción de la contravención de policía existe, desde el momento en que el derecho del Estado a la obediencia se sanciona con pena.

Algunos autores italianos ven el delito una violación efectiva o potencial del derecho, mientras que en las contravenciones sólo observan un mero

peligro para el orden social que, despojadas de toda inmoralidad, aparecen como simples desobediencias. El autor alemán Binding sostiene igual concepto respecto a las contravenciones, mientras que el argentino Ricardo Núñez considera que la conducta contravencional puede caracterizarse como la omisión de prestar ayuda a la actividad administrativa tendiente a favorecer el bienestar público o estatal. Carnevale piensa que hay delito cuando el hecho, siendo contrario a un bien jurídico en su entidad propia, al chocar contra él lo lesiona, y que hay contravención cuando el hecho no es contrario a la entidad propia de un bien jurídico, y por consiguiente ni le ofende ni le lesiona, sino que está en contradicción con las condiciones de ambiente que se consideran necesarias para su tranquilo desarrollo y para el desenvolvimiento de otros bienes jurídicos. Textualmente, Zanardelli sostiene que «... para dar cuenta, sin embargo, de los criterios seguidos para distinguir los delitos de las contravenciones, analizando su íntima naturaleza, no puedo menos de referirme a las conclusiones de la ciencia, según la cual son delitos aquellos hechos que producen una lesión jurídica, y son contravenciones aquellos otros hechos que, si bien pueden ser inocuos por sí mismos, presentan sin embargo un peligro para la tranquilidad pública o para los derechos de otro.» Lucchini sostiene que la diferencia que media entre un delito y una contravención está en esto: que mientras el primero infringe un deber específico y lesiona efectiva o potencialmente un derecho determinado y orgánico, la segunda, por el contrario, viola un deber genérico, expone un derecho indeterminadamente a un peligro. Biagio Petrocelli dice que los delitos, cualquiera que sea su importancia o gravedad, constituyen agresión inmediata y directa a los bienes-intereses que la ley penal considera que debe tutelar; mientras que las contravenciones –continúa– están constituidas por acciones u omisiones, que sin ser por sí mismas un daño o peligro actual o concreto para esos bienes-intereses, son capaces de producir, por presunción de ley, las condiciones para que pueda producirse un daño o peligro, o de obstaculizar el progreso o desarrollo de los mismos bienes.

Impallomeni, al referirse a esta diferenciación, cree que se debe comenzar por considerar que hay hechos que ofenden las condiciones permanentes y, por así decirlo, fundamentales de la existencia y de la convivencia civil, las cuales son propias de los pueblos civilizados, y otros que están en oposición a las condiciones secundarias, complementarias de aquéllas, y que son esencialmente contingentes. Para el citado autor, los hechos de la primera categoría (delitos) constituyen siempre una ofensa a determi-

nados derechos subjetivos, colectivos o individuales, públicos o privados, y son por su naturaleza perjudiciales al orden y a la seguridad social. Las contravenciones, por su parte, pueden ser repartidas –a su entender– en las siguientes clases: 1ª Hechos que pueden poner en peligro la incolumidad de uno o más bienes jurídicos, sin considerar con ello que se ha ocasionado o querido un peligro efectivo. 2ª Hechos que hacen presumir o sospechar una conducta en oposición al estado de derecho. 3ª Hechos contrarios a las exigencias de conveniencia pública. 4ª Hechos perjudiciales para determinados bienes jurídicos secundarios y, por tanto limitativamente, a algunos derechos subjetivos.

Altavilla es del criterio que se debe considerar delito sólo la acción humana que revele una peligrosidad, por cuanto ataca o pone en peligro un derecho fundamental, calificando como contravenciones las acciones opuestas a los preceptos que sirven para una ulterior o indirecta tutela de esos derechos.

A lo largo de las múltiples citas que anteceden, vamos encontrando herramientas útiles para diferenciar el contrabando, verdadero delito aduanero, de los otros ilícitos a los cuales la Ley Orgánica de Aduanas sanciona, en sede administrativa, con multa y comiso.

Los sujetos pasibles de penas aduaneras

Antes de cualquier otra determinación, debemos tratar, aunque someramente, las causas eximentes de responsabilidad penal. Chiossone, en su Manual de Derecho Penal, señala que la legislación nacional, inspirada en la clasificación de la escuela clásica, considera la situación personal del sujeto activo del delito a los efectos de la imputabilidad del hecho. Descartando los conceptos de delitos culposos y de delitos voluntarios, hay excepcionalmente ciertos estados individuales que inducen a eliminar la responsabilidad criminal. Unos hechos punibles (castigables) son llevados a efecto por individuos cuya conciencia es *imperfecta* o *enferma* (minoridad o demencia); otros, realizados en momentos de absoluta inconsciencia (hipnosis, sonambulismo, etc.); y otros que son determinados por circunstancias de orden externo, y que más bien responden al orden jurídico, según el criterio de la escuela positivista. A su entender, son tres las causas que eximen de responsabilidad penal: patológicas, naturales y legales.

No es punible, dice el artículo 62 del Código Penal, el que ejecuta la

acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos (causa patológica). Por disposición del artículo 65, ejusdem, tampoco es punible el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales (causa legal); el que obra en virtud de obediencia legítima y debida (causa legal); el que obre en defensa de su propia persona o derecho, siempre y cuando concurran determinadas circunstancias (causa natural); el que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona o la de otro de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo (causa natural).

Tampoco es punible el menor de edad, en los términos establecidos en la legislación especial.

El Código Penal trata de manera genérica la no punibilidad en sus artículos 62, 65, 69, 72 y 73, mientras que lo hace con respecto a las causas específicas en sus artículos 258, 291, 304, 395, 425, 435, 445, 218, 228, 240, 245, 276, 280, 281 y 286.

De los artículos numéricamente citados, hay dos que requieren especial atención: el 228 y el 276. El primero, referido a los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública, como es el caso de los funcionarios aduaneros; dice: Las disposiciones establecidas en los artículos precedentes (223 a 227) no tendrán aplicación si el funcionario público ha dado lugar al hecho, excediendo con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones. Por el contrario, quien cometa delito contra un funcionario público por razón de sus funciones, se le incrementará la pena de una sexta una tercera parte (Art. 229).

El otro (276), exime de la pena contemplada en el artículo 275 (prisión de dos a cinco años) a quienes posean colecciones de armas consideradas como objetos históricos o de estudio, siempre que para formar, conservar o enajenar dichas colecciones se ciñan a los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional.

Sujetos imputables por la comisión de ilícitos aduaneros

En los casos de contrabando, *cualquiera* cuya acción, omisión o condición se ubique dentro de la descripción legal del delito o, en otros

términos, cuya acción, omisión o condición sea descrita como punible («típica») por los artículos correspondientes de la Ley Orgánica de Aduanas. Como es fácil comprender, cualquier persona puede realizar los actos u omisiones a que se refiere dicha Ley; igualmente, cualquier persona puede conducir, tener o hacer circular mercancías extranjeras sin poder probar su legal introducción o adquisición en lícito comercio en el país.

Sólo pueden ser defraudadores los deudores del Fisco o, en otros términos, los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria; observamos, entonces, que la evasión aduanera es un ilícito que sólo puede ser cometido por los consignatarios aceptantes o por los exportadores, por estar «sujetos a las obligaciones y derechos que se causen con motivo de la operación aduanera respectiva».

Sólo pueden ser contraventores quienes, por su especial situación, estén obligados por la legislación aduanera a *dar*, a *hacer* o a *no hacer*, mediante normas que N. Korkounov llamaría *leges minus quam perfectae*. En este orden de ideas, pueden incurrir en ilícito de tipo contravencional los consignatarios aceptantes, los exportadores, los agentes de aduana, los transportistas, los consolidadores, los porteadores, los depositarios, los almacenistas y los mensajeros internacionales.

Señalamos a los consignatarios aceptantes y a los exportadores, por cuanto están sujetos a satisfacer obligaciones distintas a las netamente tributarias, requeridas por la aduana para establecer el régimen jurídico a que se encuentran sometidas las mercancías o, en general, para ejercer los controles que le asignan las leyes.

Los agentes de aduanas como tales, nunca son deudores de impuestos al Fisco por cuanto actúan en nombre y representación del sujeto pasivo y sin carácter solidario, por lo que no pueden ser defraudadores; ello no significa que no estén sujetos al cumplimiento de obligaciones cuya inobservancia les acarrea multas, suspensión o revocación, estas últimas penas incorpóreas y no pecuniarias que se inscriben dentro del género penal de inhabilitación para el ejercicio de alguna profesión. Cabe observar que de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, la revocatoria puede ser producto de un acto lícito, tal como quiebra, pérdida de la nacionalidad, de los empleados capacitados a que se refiere la Ley o de algunas de las condiciones que se tomaran en cuenta para otorgar el permiso. La revocatoria puede ser consecuencia, también, de la comisión de hechos considerados delitos por

el ordenamiento penal ordinario que provoquen pena corporal y, en consecuencia, directa o indirectamente, inhabilitación para ejercer como agente de aduanas; tal sería el caso de quien sometido a presidio sufra de interdicción civil como pena accesoria. Por último, cabe señalar que la aplicación de pena corporal por delito de contrabando, acarrea necesariamente la inhabilitación para actuar como agente de aduanas.

Los transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agentes de aduanas y mensajeros internacionales no están sujetos al pago de derechos aduaneros, por lo que sólo pueden incurrir en ilícitos contravencionales, sancionados con multas que oscilan entre un máximo y un mínimo, a excepción de las establecidas para sancionar la descarga de bultos de más o de menos, falta de participación a los consignatarios de la llegada de los cargamentos y toque en puerto extranjero con vehículos de cabotaje, no autorizado.

Las penas aduaneras y su aplicación

La Ley Orgánica de Aduanas es, en lo que respecta a los ilícitos aduaneros y a sus correspondientes penas, ley sustantiva, por cuanto los define y clasifica, dejando a otras leyes del sistema tributario nacional, en primer término y al sistema penal en segundo, la parte adjetiva, es decir, la relativa al modo de averiguar o comprobar los hechos delictuosos, de descubrir a sus autores y de oírlos en juicio.

Esta Ley Orgánica fija penas de la más variada naturaleza e intensidad: desde prisión hasta multas de menor cuantía, a saber:

Para contrastarlas, veamos las penas corporales o restrictivas de la libertad:

1.- La pena de *presidio* es la más grave que establece el Código Penal y está dirigida al castigo de los delitos más lesivos al orden social; se cumple en penitenciarías y conlleva trabajos forzados dentro o fuera del establecimiento penitenciario, que siempre deberán ser proporcionales a las fuerzas del penado.

La interdicción civil y política mientras dure la pena y la sujeción a vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, son las penas accesorias a la de presidio.

2.- La pena de *prisión* se cumple en cárcel nacional cuando excede de un

año; si no excediera, se cumple en cárcel local, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código Penal. Quien sufra esta condena no estará obligado a trabajos diferentes a los de artes y oficios, que puedan verificarse dentro del establecimiento, con la facultad de elegir los que más se adecuen a sus aptitudes u ocupaciones anteriores.

Son penas accesorias a las de prisión la inhabilitación política durante el tiempo de la condena y la de sujeción a vigilancia de la autoridad por una quinta parte de la misma, contada a partir de su terminación.

3.- El *arresto* se cumple en cárceles locales o en cuarteles de policía; el Código Penal, en su artículo 17, deja abierta la posibilidad de que esta pena se cumpla en fortaleza o cárcel nacional, cuando expresamente lo disponga la ley. Por falta de tal disposición, el arresto por contrabando se cumplirá en los lugares referidos en primer término. Mientras cumple esta pena, el reo queda suspendido de su empleo, si lo tuviera.

Penas no corporales

1.- El *comiso*, que consiste en la pérdida de los efectos objeto del delito, así como de los vehículos, semovientes, enseres, utensilios y aparejos utilizados para cometer el delito. Con respecto a los vehículos (nave, ferrocarril o aeronave), la pena sólo se aplicará si su propietario es autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando; si el vehículo fuera de transporte terrestre distinto al ferrocarril, la pena sólo se aplicará si el vehículo pertenece al autor, coautor, cómplice o encubridor del delito. Pero, en todo los casos, la aplicación del comiso de vehículos queda sujeta a que su valor no exceda del décuplo del valor de los efectos objeto del contrabando, en cuyo caso se aplicará al contraventor multa equivalente a dicho décuplo.⁴

Refiriéndose al comiso de vehículos utilizados en la comisión de contrabando, dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas: se formulan especiales consideraciones en cuanto a la afectación de los vehículos de transporte. La actual expresión legal, conforme a jurisprudencia administrativa y judicial, permite aplicar esta pena aún cuando el propietario del vehículo no tenga ninguna culpabilidad, responsabilidad o participación

⁴ Hay un evidente error en el literal b) del artículo 110 de la Ley Orgánica de Aduanas, pues dice que se exceptúan del comiso los vehículos de transporte cuyo valor **no** exceda del décuplo del valor en aduanas de los efectos de contrabando. La señalada negación no tiene ningún sentido lógico.

en la comisión del delito; tal ocurre, por ejemplo, cuando el vehículo ha sido robado o cuando, en caso de transporte colectivo, el contrabando es cometido por un pasajero sin conocimiento del conductor, propietario o arrendatario. Por tales motivos se dispone que el comiso afectará a los vehículos cuando, si se trata de embarcaciones, ferrocarriles o aeronaves, exista responsabilidad del dueño o arrendatario. Para los vehículos de transporte terrestre, la pena se aplicará si existe responsabilidad para el propietario, arrendatario y, además para el conductor (El Congreso Nacional modificó el proyecto, en cuanto al arrendatario y al conductor).

Por razones de mera justicia, fácilmente comprensibles, el comiso no se debería aplicar cuando el contrabando se cometa en virtud de rotura no autorizada de precintos, sellos, marcas, puertas, envases u otros medios de seguridad; por carga o descarga de artículos de rancho o suministros y repuestos destinados al uso de las tripulaciones ni cuando medie incumplimiento de formalidades legales o reglamentarias con ocasión de transbordos de mercaderías extranjeras y —en cualquiera de los tres casos— el propietario no tuviera carácter de autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando. La Ley Orgánica de Aduanas de 1998 debería haber mantenido esta salvedad, pues resulta repugnante a toda idea de justicia o de equidad que el propietario de unas mercancías perdiera su derecho de propiedad por acontecimientos que le son ajenos e ignorados. Pensemos en un transbordo para el cual no se hayan cumplido las formalidades legales y reglamentarias; el propietario de los efectos, quizás a miles de kilómetros de distancia, no tiene por qué resultar sancionado por hechos que escapan a los ámbitos de su voluntad y comportamiento.

Puede darse el caso —y de hecho se da con bastante frecuencia— que las mercancías decomisables no puedan ser aprehendidas, bien porque se hayan consumido total o parcialmente, o porque se hayan distribuido entre tal número de personas que su captura se haga en extremo dificultosa, o por circunstancias similares; en tales casos, la Ley Orgánica de Aduanas dispone que se aplique al infractor multa equivalente a su valor. Esta disposición tiene un eminente carácter penal, pues cuando se hace esta conversión no se está reparando ni impidiendo el daño que la introducción ilícita pueda provocar sino que, simplemente, se está castigando el acto antijurídico. Cosa diferente sucede cuando se aplican las multas de *dobles derechos* establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas; en estos casos no sólo se está privando al evasor del fruto de su ilicitud al establecer la declaración correcta y determinar el exacto

monto de los derechos de aduana sino que, además, se le está privando de una parte de su patrimonio con el claro objeto de castigarlo y procurar un efecto disuasivo con vista al futuro.

El artículo 110 (antes 109) de la Ley Orgánica de Aduanas limita la aplicación de la pena de comiso a que los efectos sean el **objeto** del contrabando; por tanto, si las mercancías no cumplen tal condición, no deben ser decomisadas.

Si nos tomamos la licencia de suplir en el aludido artículo 110 el término *contrabando* por el de *delito*, obtendríamos el siguiente resultado: «Además de la multa prevista en los artículos anteriores, se impondrá también el comiso de los efectos *objeto del delito*, así como el de los vehículos, semovientes, enseres, utensilios, aparejos y otras mercancías usadas para cometer, encubrir o disimular el contrabando...» La metonimia nos permite encontrarnos con la locución *objeto del delito*, figura profusamente tratada por la doctrina penal universal.

Al respecto, dice Cuello Calón: «En cuanto al objeto del delito debe distinguirse el *objeto material* y el *objeto jurídico*. El objeto material del delito es la persona o cosa sobre las que recae el delito, por tanto pueden ser objetos materiales del delito el hombre, vivo o muerto, las personas colectivas, el estado; en algunos de estos casos el objeto material del delito puede confundirse con el sujeto pasivo del mismo; también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados (v. g. la cosa robada). El *objeto jurídico* del delito es la norma o precepto violado o puesto en peligro por el hecho delictuoso; así en el hurto es el precepto que prohíbe apoderarse de lo ajeno, en el homicidio el que prohíbe matar, etc.»

Ignacio Villalobos –citado por Sosa Chacín– dice: «Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que ésta es el objeto material o de la acción; teniéndose siempre como objeto jurídico o de protección, el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito, como la vida, el honor, etc.»⁵

Crispigni afirma que «objeto material del delito es aquello sobre lo cual, según la descripción del tipo legal, debe caer la conducta del agente. Y dicese objeto material, en contraposición al objeto jurídico que consiste en el bien tutelado por la singular norma penal y ofendido por el delito

⁵ Sosa Chacín, Jorge. La Tipicidad. Pág. 161

(considerado en su unidad)».⁶

Visto el enfoque de estos reputados expertos, es notorio que las mercancías, efectos o mercaderías sólo pueden ser *objetos materiales* del delito, siendo imposible que sean *objetos jurídicos*, por lo que en lo sucesivo dirigiremos la mirada hacia los objetos materiales, que son los que ahora llaman nuestro interés.

Para Fontán Balestra «por objeto material se entiende la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable. Como se ve, en algunos casos, sujeto pasivo y objeto material puede ser la misma cosa, mas esto sólo es posible cuando el objeto material del delito es un hombre vivo. Por ejemplo, en el homicidio, ... en el rapto, etc. En cambio, los muertos, los animales y las cosas pueden ser objetos materiales únicamente⁷. Tomemos un ejemplo que ofrezca todos los supuestos: en el caso de sustracción de valores de una caja fuerte, *objeto material* son los valores sustraídos, sujeto pasivo, el dueño de los valores sustraídos, objeto jurídico el derecho de propiedad violado, y “*cosa alcanzada por la acción*”, la caja fuerte.»⁸

Cuando el contrabando se realiza mediante la internación o extracción de mercancías, de tal manera que la Ley considere que se comete delito, como son todos los casos señalados en los literales del artículo 104, los efectos deben ser decomisados. Esta situación cambia radicalmente en algunos tipos delictuales contenidos en el artículo 105, pues en ellos se tipifican situaciones en las cuales la acción del delincuente no recae sobre las mercancías, si no sobre otros objetos como, por ejemplo, las planillas de liquidación de gravámenes cuando se aparenta el pago de cantidades debidas al Fisco Nacional (literal h)).

Pero no en todos los casos las mercancías que no sean objeto material del delito escapan al comiso. Si la actuación delictiva consiste en

⁶ Crispigni, Filippo. Derecho Penal Italiano. Pág. 355.

⁷ A este respecto debemos recordar que –según señala acertadamente el maestro italiano Rocco «la **res** sobre los que se ejercitan los actos materiales del culpable no puede constituir jamás, en ningún sentido, el **sujeto**, aun cuando sea pasivo, del delito; ella no puede ser más que **objeto material**. En el campo del derecho y, desde luego, del derecho penal, el sujeto es siempre el hombre, pero no la cosa» (Tomado de *La Tipicidad*, de Anfonso Reyes. Pág. 115)

⁸ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 367.

la presentación de delegación, permiso, licencia, registro u otro requisito forjado o adulterado, los efectos deben ser decomisados, pero no por aplicación del artículo 110, si no por ejecución del mandato contenido en el artículo 114 de la Ley Orgánica de Aduanas. No puede ser de otra manera, por cuanto un documento inválido se debe tener como inexistente y, por ende, no se le pueden asignar los efectos jurídicos acordados al válido.

2.- *La multa* consiste en la obligación de pagar al Fisco Nacional, la cantidad que conforme a la Ley y previo cumplimiento del procedimiento judicial o administrativo correspondiente, señale el funcionario competente para imponerla.

Las multas establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas son impuestas por los jueces en los casos de contrabando, o por los funcionarios administrativos en todas las demás. Cuando son impuestas por los jueces, tienen carácter accesorio a la pena corporal; cuando son aplicadas por órganos administrativos, tienen el carácter de principales, por cuanto se dirigen directamente y en solitario al castigo de la infracción.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 103 del Código Penal, la muerte del procesado extingue la pena y la acción penal, pero cada vez con mayor vigor la doctrina tributaria se pregunta si el fallecimiento del procesado extingue las multas o si, por el contrario, hay una transmisión hereditaria de ellas. Tanto el Modelo de Código Tributario para la América Latina como nuestro Código Orgánico Tributario en su artículo 76, establecen la subsistencia de la responsabilidad por las multas aplicadas que hubieran quedado firmes en vida del causante. Al tocar este tema, Villegas convalida y fortalece doctrinariamente la disposición legislativa, al sostener que en derecho penal común se considera elemental que fallecido el procesado o condenado, el proceso quede clausurado y las penas extinguidas. En derecho penal tributario contranvencional el criterio puede ser distinto, al entenderse que los herederos de un procesado o condenado nada tienen que ver con el proceso si se trata de un delito común; pero en cambio, si la reprimida es una infracción tributaria, dichos herederos deben asumir la defensa del causante y reemplazarlo en las sanciones que puedan corresponderle. Esto se funda en que la pena pecuniaria hace nacer un crédito en favor del Estado, dado su carácter compensatorio, crédito que correlativamente significa una disminución en el patrimonio del fallecido, debiendo los herederos recibir disminuido dicho patrimonio al heredarlo (1992).

La Ley Orgánica de Aduanas señala que cuando un mismo hecho diera lugar a la aplicación de diversas multas, sólo se aplicará la mayor de ellas, con lo cual el legislador aduanero acogió el sistema de *absorción* de las penas menos graves en las más graves, desechando el sistema de *adición*. Este último consiste en la suma de todas las penas aplicables a cada delito, de manera tal que la condena sea el resultado de la sumatoria. El sistema de absorción toma en cuenta, a los efectos de la fijación del castigo, la pena correspondiente al hecho más grave, desechando las demás.

Es conveniente observar detenidamente la locución «un mismo hecho» utilizada por la Ley. Por ejemplo, una errada clasificación arancelaria en la declaración ante la aduana comporta simultáneamente tres errores: en el código numérico, en la descripción y en la tarifa; si este último provoca que resulten impuestos superiores, dando lugar a la aplicación de multa del doble de la diferencia por quince mil bolívares, será esta última la aplicable y no la señalada en el artículo que sanciona genéricamente la incorrección en los datos suministrados.

Al referirse a este tema, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas dice que se prevé la imposición de la multa mayor cuando al mismo tiempo concurren varias de las premisas que dan lugar a castigo. La legislación aduanera acoge con relación a las multas provocadas por la violación de varias disposiciones legales con un mismo hecho, lo que la doctrina penal denomina *concurso ideal de infracciones*, en su especie *formal*, tratado por el derecho penal ordinario mediante el artículo 98 del Código Penal.

3.- La inhabilitación para ocupar cargos públicos, cierre y suspensión para operar el establecimiento, para ejercer el comercio exterior y cualquier actividad a la cual la Ley le señale la condición de auxiliar de la administración aduanera.⁹ Todas estas penas son señaladas por la Ley Orgánica de Aduanas como accesorias a la pena corporal que se aplique por contrabando, debiendo durar un lapso que oscila entre seis y sesenta meses.

Estas sanciones se inscriben dentro del género de la inhabilitación profesional tratada por el artículo 25 del Código penal. Tal pena no puede ser, ni lo es para el campo aduanero, perpetua ni absoluta. Su duración, en el más grave de los casos, nunca podrá ser mayor de sesenta meses.

La aplicación de las penas accesorias establecidas en la Ley Orgánica

⁹Son auxiliares de la administración aduanera los transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agentes de aduanas y mensajeros internacionales.

de Aduanas, no excluye las accesorias a la pena de prisión establecidas en el Código Penal; por el contrario, el juez que conozca la causa deberá decretar todas las señaladas en la Ley Orgánica de Aduanas y las correspondientes a quienes tengan la cualidad de prisioneros.

¹ Reyes, Alfonso. La Tipicidad. Pag. 153.

² Antes de la reforma de 1998, era posible que un defraudador resultara sancionado con más dureza que un contrabandista.

³ Giorgetti, Armando. La Evasión Tributaria. Pag. 107.

⁴ Hay un evidente error en el literal b) del artículo 110 de la Ley Orgánica de Aduanas, pues dice que se exceptúan del comiso los vehículos de transporte cuyo valor **no** exceda del décuplo del valor en aduanas de los efectos de contrabando. La señalada negación no tiene ningún sentido lógico.

CAPITULO XIII EL CONTRABANDO

«Este delito nace de la ley misma; porque al aumentar los impuestos aduaneros aumenta el aliciente y con él la tentación de hacer contrabando, y la facilidad de cometerlo crece con la periferia que hay que custodiar y con la disminución del volumen de la misma mercancía. La pena de perder no sólo la mercancía prohibida, sino también los demás géneros que la acompañan, es justísima, pero será tanto más eficaz cuanto más pequeños sean los impuestos aduaneros, porque los hombres no se arriesgan sino en proporción al beneficio que el resultado feliz de la empresa produciría».

Cesare Beccaria, 1764

Desde cualquier ángulo que se le observe, el contrabando es una figura delictual de muy especiales características, muchas de las cuales no encuadran dentro de los principios generales del derecho penal ordinario.

Este ilícito está íntimamente ligado a las ideas de *territorio* y de *intervención*. Este último término es, probablemente, es el más importante de la terminología aduanera, por cuanto la función principal de la aduana es la intervenir en todas las introducciones y extracciones de mercancías del territorio nacional, a objeto de ejercer los controles establecidos en la legislación correspondiente. Si falta esa intervención, hay delito.

El contrabando constituye lo que la doctrina penal denomina *delitos de mera conducta* o de *mera actividad*, en oposición a los llamados delitos con resultado. Según Crispigni, a veces se requiere como elemento constitutivo, no la verificación efectiva de un determinado resultado ofensivo, sino solamente

que la conducta se dirija a la producción de un determinado resultado ofensivo, siendo indiferente para la consumación del delito que aquél se haya o no verificado. Sobre la base de ello –sigue el autor– los delitos se distinguen en *materiales* y *formales*. Son delitos materiales –prosigue– aquellos para cuya consumación la ley reclama que se haya verificado el resultado querido por el agente, que consiste en la lesión de hecho del bien para cuya protección está puesta la norma penal. A su vez, son delitos formales aquellos para los que la ley –si bien reclama que la voluntad del agente se dirija a la producción de un resultado que constituirá una lesión del bien para cuya protección está puesta la norma penal– no exige, sin embargo, que ese resultado se verifique (citado por Jiménez de Asúa, tomo III, Pag. 464).

Al hacer la descripción legal del delito de contrabando, el legislador aduanero eliminó toda posibilidad de que existiera en grado de tentativa¹ o de delito frustrado². Hay tentativa –dice el Código Penal– cuando con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad. Como resulta obvio, la Ley Orgánica de Aduanas confirió calidad de delito consumado a los actos u omisiones tendientes a eludir la intervención de las aduanas en la introducción y extracción de bienes. Siguiendo la terminología del Código Penal, podemos decir que cuando con el objeto de cometer delito de contrabando alguien ha comenzado su ejecución por medios apropiados, ya el delito se ha consumado.

Tampoco admite nuestra Ley el grado de delito frustrado, por cuanto si alguien ha realizado, con el objeto de cometer contrabando, todo lo necesario para consumarlo, aun cuando no haya logrado su objetivo por razones ajenas a su voluntad, el delito ya estará consumado.

La responsabilidad penal por contrabando es objetiva, pues la ley prescinde del dolo y aun de la simple culpa, lo cual constituye una importante excepción a los principios generales del derecho penal universal. Por ejemplo, si el conductor de un vehículo de carga, por haberse guiado por

¹ Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se ha interrumpido por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura jurídica de la tentativa.

² Hay delito frustrado cuando el agente ha realizado todos los actos propios y característicos del delito de modo que materialmente el delito queda ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención del agente por causas independientes de su voluntad, es decir, cuando el agente ha hecho todo cuanto era necesario para la consumación.

una señal de carretera equivocada, ingresa a territorio nacional por lugar no habilitado para la importación, es imputable, aun cuando sea evidente el error que condujo a dicho territorio. Basta la acción material de introducir el cargamento para que se consume el delito, aun cuando el conductor no lo haya querido. Charles Bindingg escribe en defensa de la responsabilidad objetiva: «por inocente que sea el que produce un mal, más lo es todavía quien lo sufre». Este parece ser el sentido adoptado por las leyes de aduana de casi todo el mundo al tipificar el contrabando.

El contrabando y sus tipos

Nuestro legislador siguió la ortodoxia legislativa para estructurar los *tipos* de contrabando en la Ley Orgánica de Aduanas.

A criterio de Jiménez de Asúa, en un buen sistema legislativo-penal los delitos que se describen en especie han de poder referirse todos ellos a un determinado número de delitos *fundamentales o básicos*, y en derredor de ellos podrían aparecer otros tipos que podríamos denominar *especiales*. Así, por ejemplo, sería tipo básico o fundamental el *homicidio*, en tanto que tendrían carácter especial el parricidio o el infanticidio. El tipo especial se caracteriza, frente a otros delitos que precisan de complemento, porque en ellos la figura delictiva aparece completa y no se precisa acudir a otra para darle el sentido propio. Tal es el caso de la primera parte del artículo 104, por una parte, y el resto por la otra. El inicio del 104 contiene el tipo fundamental y el resto del mismo artículo y el 105 los tipos especiales. Como es notorio, estos últimos, contenidos en los artículos 104 *in fine* y 105, contienen la figura delictiva completa, es decir, no requieren referirse al tipo básico del artículo 104 para que tengan sentido propio. Así, por ejemplo, el literal h) del artículo 104 dice que los transbordos de mercancías extranjeras efectuados sin el cumplimiento de las formalidades legales y reglamentarias, constituye contrabando. Aquí, la descripción del delito está completa, sin subordinación al tipo básico y sin necesidad de él para complementarse.

El acto y la omisión delictual

Si algunos términos han producido extensos análisis y largas controversias entre los estudiosos del derecho penal, son estos dos utilizados por nuestro legislador al hacer la descripción del contrabando.

Jiménez de Asúa, haciendo la salvedad de que utiliza los términos *acto* y *acción* en su sentido propio y estricto, señala que *acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda*. Es evidente que nuestro legislador utilizó un criterio menos amplio que el utilizado por el maestro; del contexto se desprende que aquél usó el término *acto* como sinónimo de *acción*.

La *acción* es toda actividad para el logro de un fin, un hacer positivo, mientras que, por el contrario, la *omisión* es un no hacer; que el delito se haya realizado mediante acciones lo hace *comisivo*; si, por el contrario, es producido por omisiones, lo hace *omisivo*. Acciones y omisiones, en su conjunto o separadamente, configuran la conducta humana, pero si esas acciones u omisiones son descritas por la ley como delitos, la conducta es delictual y merece pena.

Del desarrollo de la ciencia penal ha surgido un tercer tipo de delito y, con él, la consabida controversia: el *delito de comisión por omisión*. Para el profesor Mezger, en estos casos el autor no hace lo que debe hacer, y produce por ello un resultado que no debe producir. Este resultado es distinto a la *acción esperada*, a lo que legalmente podíamos esperar de parte de una persona. Para Mezger, todo delito de omisión tiene su fundamento en una acción esperada, ya que lo que hace que la omisión sea omisión es la acción esperada, la acción que el autor ha debido realizar y no realizó por algún motivo; para Antolisei, la verdadera esencia de la omisión, está propiamente en no haber obrado de un determinado modo, en no haber realizado una determinada acción.

El contrabando se comete, siempre, desarrollando una conducta dirigida a evadir la intervención de la aduana en la introducción o extracción de bienes del territorio aduanero. Esa conducta, como bien lo dice la Ley, puede estar conformada por acciones u omisiones, pero debe estar dirigida o haber logrado la *elusión* que se considera delictuosa.

En el artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, el núcleo del tipo viene dado por el verbo *eludir* (eluda, eludir); este verbo delimita la acción de lo injusto, de lo que se considera contrario a derecho. En otras palabras, contrabandear es —a la luz de este artículo— observar una conducta positiva (comisión) o negativa (omisión) para *eludir* la intervención de las oficinas aduaneras en la introducción o extracción de mercancías del territorio

nacional.

El interés jurídicamente protegido es el derecho del Estado de intervenir y controlar el paso de mercancías extranjeras, nacionales o nacionalizadas a través de las fronteras, aguas territoriales o espacio aéreo para determinar y aplicar el régimen jurídico al cual dichas mercancías estén sometidas. Esto nos lleva a entender que la *elusión* punible abarca mucho más en el espacio de los hechos que la simple introducción o extracción de bienes por lugares no habilitados para ello; habrá contrabando cuando medien acciones u omisiones que intenten eludir o eludan el control aduanero, aun cuando se hayan cumplido requisitos formales que pudieron dar apariencia de legalidad a la conducta delictiva.

Sujeto pasivo del contrabando

El sujeto pasivo es la persona que resulta ofendida directa e inmediatamente por el delito o, en otros términos, el portador del bien jurídico atacado directamente por el hecho penalmente punible. Para Jiménez de Asúa, el sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido.

En el contrabando quien resulta ofendido directa e inmediatamente por este delito o, en otros términos, quien soporta las consecuencias inmediatas de la acción criminal es el Estado, quien es el portador del bien jurídico atacado directamente por este hecho punible.

Jiménez de Asúa sostiene que el Estado puede presentarse como sujeto pasivo en las siguientes situaciones:

- a) Sujeto pasivo *genérico o mediato*, en los delitos en que se lesiona inmediata o directamente un bien o interés propio de un particular, como en el homicidio, por ejemplo.
- b) Sujeto pasivo *único*, en los casos en que se quebranta un bien o interés exclusivo del Estado, como entidad política o administrativa, como en los delitos contra la forma de gobierno del Código español, o en los de rebelión o sedición.
- c) Sujeto pasivo, *junto a otro sujeto en que se personifica la autoridad o la función del Estado*, como el atentado contra las autoridades.
- d) Sujeto pasivo, *junto a otro sujeto cuyos intereses se lesionan en el ámbito de la lesión del interés estatal* como, por ejemplo, la expedición de moneda falsa y el

cohecho, entre otros.

Por su parte, la doctrina alemana maneja la figura del llamado *delito de peligro general*, en que la agredida por la acción delictual es la sociedad toda, la comunidad en pleno. El contrabando, por las múltiples lesiones que produce al cuerpo social, se enmarca, sin mayores dudas, dentro de este concepto y en el señalado en el literal d) por el tratadista argentino.

La descripción legal del contrabando

El contrabando admite plenamente la sentencia de Alfredo Nicéforo de que el delito no muere, se transforma; que la civilización moderna, como toda otra civilización, no suprime el mal, le transforma. Esta transformación se evidencia por cuanto el delito que en la sociedad bárbara se realizaba preferentemente mediante la violencia, ahora se realiza especialmente por el fraude.

Del *contrabando de aventura* común en la primera mitad del siglo XX, nos hemos deslizado hacia el delito realizado mediante engaño de la autoridad aduanera o mediante corrupción de ella. Tal realidad parece haber inducido al legislador aduanero a revisar el tratamiento conferido al contrabando por la Ley de Aduanas de 1.957, orientando la Ley Orgánica hacia enfoque más cónsono con la nueva realidad surgida de tal deslizamiento. La introducción de mercancías por lugares despoblados y generalmente de noche, ha cedido ante otras formas más sutiles pero quizás más perniciosas; un alto porcentaje de los contrabandos que se cometen hoy en día pasan por las zonas primarias aduaneras. Esa es la realidad que debe enfrentar el Estado a través de sus órganos especializados.

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los *concretan*, para poder castigarlos. *Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo*—según el creador de la teoría— *es lo que constituye la tipicidad*. Por tanto, *el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito*.³

El contrabando está tipificado o, para decirlo en otras palabras, está legalmente descrito en los artículos 104 a 105 de la Ley Orgánica de

³JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit.. Tomo III, Pág. 747.

Aduanas. Como ya hemos dicho, el artículo 104 describe el tipo fundamental o básico del contrabando. Según él, se incurre en el delito cuando se elude o se intenta eludir la intervención de la aduana en la introducción o extracción de mercancías al territorio nacional. Si nos detenemos a pensar acerca del sistema aduanero, tanto en los medios que emplea como en los fines que persigue, observaremos que nada agrede más peligrosamente a la institución aduanera que las acciones u omisiones que eludan o intenten eludir su intervención. La *elusión* ataca la médula misma del sistema y su generalización lo haría desaparecer, amputado del esquema estatal por no poder alcanzar sus fines.

Para el sistema aduanero contrabandear es *eludir*, bien sea en su etapa preparatoria, en la de ejecución u otra posterior. Los tipos especiales contenidos en los literales de los artículos 104 y 105 no son más que precisiones de la *elusión* a que nos venimos refiriendo; igual puede decirse del artículo 104, por razones que analizaremos más adelante.

Siguiendo el mismo orden que presenta el citado artículo 104, analizaremos cada uno de sus literales:

a) La carga de la prueba

Este apartado del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas fue redactado de tal forma que resulta contradictorio; la locución «mercancías extranjeras» utilizada por el redactor de la norma se contrapone a las ideas de «legal introducción» y de «adquisición en lícito comercio en el país». Veamos por qué.

Recordando que los almacenes generales de depósito, los almacenes in bond, los almacenes privados fiscalizados y otros de similar naturaleza donde se encuentran depositadas mercancías extranjeras son tenidos como zonas primarias aduaneras, las únicas mercancías extranjeras que pueden estar fuera de estos lugares y de los patios y almacenes aduaneros sin que se configure un ilícito, son las admitidas temporalmente y aquellas sobre las cuales se realice una operación de tránsito. En ningún otro caso puede presentarse simultáneamente las condiciones de mercancías *lícitas* y *extranjeras*; si son lo primero, deben haber sido objeto del proceso de nacionalización, en cuyo caso no podrían ser adjetivadas como extranjeras si no como nacionalizadas. Si, por el contrario, son extranjeras (no nacionalizadas) y se encuentran en zona secundaria, estaríamos en presencia de una introducción ilícita o, en

otras palabras, de un contrabando.

Todo indica que el problema quedaría resuelto y a salvo la división tripartita de las mercancías, con la siguiente redacción: «La conducción, tenencia o circulación de mercancías *de origen extranjero*, si no se comprueba su legal introducción o su adquisición en lícito comercio en el país.»

La prueba es la más importante institución del proceso penal y en el juicio penal ordinario su peso recae sobre el acusador y sobre el representante del Ministerio Público⁴, pues es principio general que incumbe probar a quien afirma la existencia de un hecho, no a quien lo niegue. Para Carnelutti, la carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; por tanto –sostiene– quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas.⁵ Pero si en los casos de contrabando observáramos ese principio general, tal como es seguido en los derechos penal ordinario y civil, retrocederíamos a la fase *primitiva* o *étnica* de la prueba, en la que sólo era perseguido el delito *in fraganti* y, por tanto, no había necesidad de prueba alguna.

El literal en análisis pone sobre los hombros de quien conduzca, tenga o haga circular *mercancías de origen extranjero* la obligación de probar su legal introducción o adquisición en lícito comercio en el país; de esta manera queda resuelto un sinnúmero de problemas probatorios que harían casi imposible castigar a los contrabandistas y se ahorran grandes cantidades de energía administrativa que exigiría la probanza de la comisión del ilícito.

En términos breves podemos decir que en virtud del texto del comentario literal a), quien tenga en su poder mercancías de origen extranjero deberá demostrar que las introdujo mediante el cumplimiento de los trámites y satisfacción de las obligaciones y requisitos establecidos en la legislación aduanera o que las adquirió en lícito comercio dentro del país; caso contrario, queda sujeto a recibir las penas establecidas para el contrabando.

— Así, la *Ley Orgánica de Aduanas* invierte la carga de la prueba, ⁴ Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal: La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales.

⁵ Hernando Devis Echandia sostiene que «corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.» (Tomado de *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Pag. 490)

liberando de ella al funcionario actuante y trasladándola al tenedor de los efectos. Los funcionarios judiciales o administrativos deben interpretar que han encontrado pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso, cuando el poseedor de las mercancías no pueda demostrar documentalmente haberlas nacionalizado o adquirido lícitamente en el país. Pero tanto unos como otros deben actuar dentro los límites de su competencia, no aplicando embargos a mercancías en cuya introducción no se hayan cometido ilícitos que merezcan el comiso señalado en los artículos 110 y 114 de la Ley Orgánica de Aduanas. La premisa fundamental e ineludible para embargar mercancías es que la pena aplicable sea el comiso; de no ser así, la práctica del embargo es contraria a la ley y violadora del derecho a la propiedad constitucionalmente consagrado.

Se debe tener siempre presente que el vínculo que se forma entre el Fisco Nacional y el sujeto pasivo de la obligación aduanera es de carácter personal; quien adeuda los derechos de aduana es siempre una persona, jamás una cosa. Por ello, no se puede atacar la cosa por motivos distintos a los señalados en los artículos 110 y 114 antes citados, quedando entendido que el pago insuficiente de impuestos y tasas aduaneros o el descubrimiento de una contravención no autoriza a ninguna autoridad a realizar embargos o a disminuir de cualquier otra forma el pleno disfrute del derecho de propiedad garantizado constitucional y legalmente. Queda a salvo la medida de embargo judicial de bienes a que se refiere el Capítulo II del Título V del (artículos 190 y siguientes) del Código Orgánico Tributario.

Para Eugenio Florian la carga de la prueba consiste en la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer prueba de lo que afirma, y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico, de toda atendibilidad. En el proceso civil tal carga incumbe a las partes para lo que respectivamente afirman, y de aquí la regla *actore non probante reus absolvitur*. En el penal no grava de la misma manera.⁶ En el proceso penal, la investigación fundamental es la de la verdad objetiva, material: la investigación de los hechos como han ocurrido en la realidad, y es una investigación amplia, no reducida a los límites que quieran imponerle las partes. Esto en razón de que en el proceso penal existe un interés eminentemente público. Tal indagación

⁶ Por el contrario, Devis Echandía considera que su aplicación no se limita al campo del proceso dispositivo civil y que en lo penal se aplica a través del clásico principio *indubio pro reo*, que significa absolver al imputado o procesado si el Estado no prueba la responsabilidad de aquél.

sería incompleta si se dejase a las partes; no se alcanzaría por ella en tal caso más que una verdad formal, convencional, circunscrita según la voluntad de las partes, como acontece en el proceso civil. En el penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o salir al paso de la astucia de las mismas. En efecto, el Código Orgánico Procesal Penal impone que «el proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, a esta finalidad deberá atenderse el juez al adoptar su decisión» (Art. 13). Este principio de justicia ata tanto al juzgador como a los fiscales del Ministerio Público; a estos últimos no les está permitido convertirse en perseguidores implacables del imputado ni buscar su condenatoria a todo evento. De ello no nos deja dudas el numeral 5 del artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal, al establecer como derecho del imputado el «pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen.» Por aplicación de esta norma, puede darse el caso de que quien deba ejercer la acción penal se encuentre de pronto realizando investigaciones que ayuden al acusado a demostrar su inocencia o a lograr elementos de convicción que aminoren la pena.

Diferenciándose del proceso civil, el penal debe procurar la verdad por encima de cualquier otra circunstancia. Igualmente —en sede administrativa— cuando se trate investigaciones o de procedimientos sancionatorios, los funcionarios no deben actuar maliciosamente, ni orientar su acción a la aplicación de la pena o al logro de la decisión que resulte más gravosa para el administrado. La actuación de la Administración y de sus órganos debe tener como fin último y más elevado el logro de la verdad en obsequio de la justicia.

b) Ocultamiento de mercancías

El literal b) del artículo 104 que se analiza nos indica que no es suficiente que las mercancías que pretendan introducirse o extraerse del territorio nacional sean llevadas hasta una aduana habilitada para la operación de que se trate; la legislación aduanera exige, además, que los bienes no sean ocultados de ninguna forma y que no se utilicen adminículos, dispositivos o sistemas que dificulten o impidan el descubrimiento de las mercancías durante el reconocimiento.

Esta disposición hace evidente que nuestra legislación aduanera exige de los consignatarios y exportadores mucho más que el mero cumplimiento de las formas. Exige, bajo amenaza de graves sanciones, que no traten de llamar a engaño a las autoridades aduaneras dificultando el examen de las mercaderías, ya por ocultamiento de éstas o por el uso de subterfugios dirigidos a dificultar su descubrimiento en el acto de reconocimiento.

Si la Ley hubiese utilizado solamente el vocablo *impedir* la norma resultaría ociosa, pues al resultar exitoso el impedimento ella no sería aplicable y si —por el contrario— fracasara, ello sería prueba de la inexistencia del impedimento.

La palabra *dificultar*, juiciosamente utilizada por la Ley, significa, en su segunda acepción, «hacer difícil una cosa, introduciendo embarazos o inconvenientes que antes no tenía»⁷. Este poner trabas, dificultades o inconvenientes tendientes a que las mercancías no sean examinadas en el acto de reconocimiento es lo que la norma tipifica como delito, con lo que su aplicación no queda sujeta en modo alguno al logro del fin delictual. Estamos en presencia del doctrinariamente llamado *delito formal*, es decir, del que se consuma por el solo hecho de la acción⁸ u omisión⁹ culpable, sin que sea menester el logro de consecuencias antijurídicas.

Todo cuanto se haga sobre las mercancías para llamar a engaño a los funcionarios reconocedores, constituye contrabando. Así, por ejemplo, si a barras de un metal le es aplicado un baño de otro para ocultar las verdaderas características del primero y se declara ante la aduana como si fuera el segundo, estaríamos en presencia del delito; igual cosa sucede cuando se emplean dobles fondos en maletas, baúles o continentes similares, o cuando dentro del bloque de un motor de combustión interna se introducen piezas que no tienen por que estar allí o cuando una mercancía se *disfraza* para hacer creer que se trata de otra, etc.

c) Circulación de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto

⁷Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁸Según Cuello Calón los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una disposición de la ley penal.

⁹Para el mismo autor, los delitos de omisión consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

Se entiende como cabotaje el tráfico marítimo, fluvial, lacustre o aéreo de mercancías y equipajes nacionales o nacionalizados entre lugares habilitados al efecto dentro de un mismo territorio aduanero. El Convenio de Kyoto (anexo 7) define el cabotaje como «el régimen aduanero aplicable a las mercancías que se cargan a bordo de un buque en un punto del territorio aduanero y se transportan a otro punto del mismo territorio aduanero en donde se descargan».

Si una actividad está bajo sospecha permanente de contrabando, es ésta, al punto de que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas dice, al tratar los diversos tipos delictuales: «el transporte de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto, o la de mercancías nacionales o nacionalizadas en los mismos vehículos, sin haberse dado cumplimiento a las debidas formalidades, lo que haría suponer la voluntad de extraerlas del país.» Tal prevención ante el cabotaje encuentra justificación histórica en los múltiples casos de contrabando cometidos a su sombra. La situación geopolítica y la ubicación geográfica de Venezuela, tan cercana por el norte a territorios extranjeros con ínfima presión fiscal y a un puerto libre, invitan a la comisión de hechos ilícitos e imponen a las autoridades nacionales un continuo ejercicio de vigilancia fiscal. No en vano la Ley Orgánica de Aduanas dedica seis artículos a regular este tráfico que, a simple vista, pudiera parecernos irrelevante para el ámbito aduanero.

Mientras las operaciones de importación, exportación y tránsito constituyen tráfico internacional de mercancías, donde están involucrados en la menor medida dos países, el cabotaje es, por definición, transporte de bienes nacionales o nacionalizados entre diferentes lugares de un mismo país. La condición de que las mercaderías sobre los que verse esta actividad sean autóctonas o hayan adquirido previamente la nacionalidad del Estado donde se realice el transporte, no es ociosa y, lo que es más, es un requisito inherente a la esencia misma de este servicio, por dos razones fundamentales: a) El cabotaje no es una operación aduanera y, por lo tanto, no implica ni tráfico internacional ni modificación de la nacionalidad de los efectos, de modo que si la carga o descarga versara sobre efectos extranjeros, con ellos ya se habría cometido delito de contrabando y quienes los tuvieran, condujeran o hicieran circular estarían sujetos a las correspondientes penas. ¿Por qué? Porque las únicas formas de que mercancías extranjeras se encuentren en el país legalmente es que —como ya hemos dicho— hayan sido admitidas temporalmente, sean objeto de tránsito aduanero o se encuentren en lugares

especiales (almacenes generales de depósito, duty free, in bond, privados fiscalizados, zonas primarias etc., a la espera del perfeccionamiento de la correspondiente operación). b) Si se trasladaran mercancías extranjeras de un puerto o aeropuerto nacional a otro con sujeción a los preceptos legales, se estaría efectuando un tránsito aduanero nacional y no un cabotaje, figuras muy diferentes, tanto desde el ángulo de la práctica como de la Ley.

Por evidentes razones de seguridad fiscal, los vehículos que realicen operaciones de tráfico internacional no podrán realizar cabotaje, ni viceversa, salvo permiso que podrá conceder el Ministerio de Hacienda en casos excepcionales. Además, en principio y salvo la excepción establecida en la Ley, los vehículos de cabotaje no podrán tocar en lugares extranjeros; ambas medidas están dirigidas a evitar que mercancías extranjeras y nacionales o nacionalizadas puedan confundirse durante la travesía, la descarga o el almacenamiento, con la consiguiente pérdida de control fiscal.

Es tradicional que las travesías realizadas por buques de cabotaje se hagan sin perder de vista la tierra (el vocablo cabotaje viene de cabo), pero por presunción contenida en la Ley Orgánica de Aduanas, se consideran como cabotaje las operaciones realizadas por vehículos de matrícula nacional en aguas internacionales, salvo que hayan operado en aguas territoriales extranjeras. Esto es de gran importancia práctica para personas y empresas dedicadas a la pesca; en ausencia de tal presunción *iure et de iure*, la internación en territorio nacional de los productos del mar capturados por los barcos pesqueros nacionales en aguas internacionales estaría sujeta al régimen ordinario de importación y, por ende, al cumplimiento de los trámites respectivos.

Con el rigor que la caracteriza en materia delictual, el literal c) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas tipifica como contrabando la circulación o permanencia de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto a que se refiere el artículo 73, ejusdem. No podía ser de otra manera; un vehículo dedicado al cabotaje que no esté autorizado para el tráfico mixto, no puede justificar la presencia a bordo de mercancías extranjeras, pues tal existencia evidenciaría extracción ilícita del territorio nacional de mercancías contrabandeadas o toque ilegal en puerto extranjero. También es tenido como contrabando la existencia a bordo de mercancías nacionales o nacionalizadas sin haberse cumplido los requisitos legales del caso; esta disposición está dirigida a impedir el contrabando de extracción, habida cuenta que lo tipifica el delito no es la presencia de

mercancías nacionales o nacionalizadas, pues es con estas mercancías que se realiza este servicio, sino el incumplimiento de los requisitos legales que sirven de fundamento al control aduanero o, en otros términos, la existencia a bordo de tales mercaderías sin la correspondiente documentación que las ampare.

Por cuanto las autoridades intervinientes en el control del cabotaje son todas del mismo país, no deberían presentarse mayores problemas para su ejercicio; básicamente, éste consiste en la verificación de que las mercancías destinadas a un puerto sean íntegramente descargadas en él y de que no existan a bordo mercancías que no hayan sido cargadas legalmente. Cuando se realice tráfico mixto debidamente autorizado, las autoridades aduaneras del puerto de destino deberán constatar que las medidas de seguridad tomadas en la aduana de origen no hayan sido violadas, permitiendo la confusión entre mercancías nacionales o nacionalizadas y extranjeras; si tal fuere el caso, todas las mercancías, extranjeras o no, quedarán sujetas a los requisitos establecidos para el perfeccionamiento de las operaciones de importación o exportación que les sean aplicables.

d) Circulación de mercancías no nacionalizadas por lugares no autorizados

En casos muy puntuales, es posible que mercancías *no nacionalizadas* circulen por lugares del territorio nacional distintos a las zonas primarias. Si bien el tránsito a través del territorio es el procedimiento donde se presenta esta posibilidad de manera más evidente, no por ello es exclusiva de esta operación; mercancías destinadas a almacenes generales de depósito, a almacenes libres de impuestos o que sean llevadas a estaciones de ferrocarril para su traslado a la oficina aduanera de destino, etc., pueden ser desviadas de la ruta autorizada, con las consecuencias legales del caso.

Al referirse a este literal, dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas: «Otras nuevas modalidades del delito son: la desviación del transporte de mercancías cuya ruta haya sido preestablecida (aplicable, sobre todo, a las mercancías de tránsito a través del territorio nacional y a los artículos que se reexportan, debiendo pasar primero por la zona secundaria de una o varias oficinas aduaneras)».

La norma comentada tiene una especial importancia para el tránsito aduanero a través del territorio nacional, que se traduce en la siguiente afirmación: cuando los efectos sobre los que se realice esta operación no

lleguen a la oficina aduanera de destino, se habrá materializado el delito de contrabando, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea, entre las que destaca el comiso de los efectos y las penas para el infractor, que no sería otro que el consignatario, sujeto como está a las obligaciones y derechos que se causen con motivo de la operación (Art. 30 de la Ley Orgánica de Aduanas).

Es posible que las mercancías de tránsito nunca lleguen a la oficina aduanera de destino y que tampoco abandonen la vía preestablecida; ello puede suceder en caso de accidente vial que produzca pérdida total de los efectos transportados o en situaciones similares, de lo cual deberá darse cuenta a la autoridad aduanera o de resguardo más cercana o, en su defecto, a cualquier otra autoridad que deje constancia del hecho, a los fines legales consiguientes. Pero salvo ese u otros «casos fortuitos o de fuerza mayor» debidamente comprobados y que la misma Ley establece como eximentes, las mercancías sobre las que verse una operación de tránsito a través del territorio no pueden abandonar la ruta que les ha sido acordada ni permanecer en ella por un tiempo mayor que el necesario para llegar a su destino.

A este aspecto temporal parece que no se le ha concedido la debida importancia, con la consiguiente pérdida de control fiscal. El jefe de la oficina aduanera donde se comience la operación deberá establecer, apreciando la distancia, estado de las vías y demás circunstancias que puedan incidir en la duración del transporte, un lapso para que la operación se perfeccione y el consignatario le presente la documentación que demuestre el cabal cumplimiento de sus obligaciones; caducado el lapso sin que la autoridad aduanera tenga noticias de tal cumplimiento o de la existencia de circunstancias eximentes, (la prueba de la liberación de la obligación debe correr siempre a cargo del consignatario) debe proceder a emitir las correspondientes planillas de liquidación pagables, ejecutar la fianza o a imputar el depósito al pago de dichas planillas, sin olvidar dar aviso del hecho a las autoridades fiscales a quienes compete para la aprehensión de los efectos y del responsable.

e) Rotura o violación no autorizada de medios de seguridad

En la actividad aduanera es muy usual la utilización de precintos, sellos, marcas y otros medios de seguridad que impidan el acceso no autorizado a mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o,

simplemente, se encuentren en zona primaria a la espera de continuar viaje hasta su destino definitivo.

El uso de estos medios persigue *aislar* determinadas mercancías para impedir que sean dispuestas, cambiadas o manipuladas de cualquier manera en perjuicio del control aduanero. Este *aislamiento* se aplica, por ejemplo, a las mercancías de exportación reconocidas en el propio local del interesado o en el momento del envasamiento; a las que por su naturaleza o características no se reconozcan en los almacenes o patios de la correspondiente oficina aduanera y deban permanecer a la orden de la aduana en otros lugares; a los bienes sobre los que se efectúe un tránsito aduanero a través del territorio y, además, a todos aquellos efectos cuyo uso y disposición esté restringido por aplicación de normas legales aduaneras.

La ruptura de los adminículos utilizados para el aseguramiento de las mercancías, constituye una clara actividad elusiva del control aduanero y, por definición, contrabando. Es así, por cuanto la utilización de sellos, precintos, marcas y similares no es una determinación arbitraria u ociosa de las autoridades; por el contrario, está dirigida a mantener el control sobre cargamentos que esperen un trámite o el perfeccionamiento de una operación. Por razones fácilmente entendibles, en ciertas circunstancias la aduana se ve necesitada de mantener un estricto control sobre las mercancías, impidiendo el acceso a ellas de personas no autorizadas o, en todo caso, haciendo que queden huellas evidentes de cualquier manipulación subrepticia.

Es posible que la autoridad aduanera prohíba el acceso de personas a determinados locales o espacios donde se encuentran mercaderías sujetas a algún procedimiento; es lo usual que en tales casos se deje constancia en acta levantada al efecto y se proceda a sellar los accesos al local; cuando tal cosa ocurre, no sólo la ruptura de los sellos constituye delito, sino también el de las puertas y otros medio de seguridad utilizados por la autoridad fiscal.

No hay duda de que la sola rotura no autorizada de precintos, marcas, sellos, etc., constituye contrabando; pero ¿Cuál es el procedimiento a seguir y la normativa a aplicar cuando, además de la rotura, los efectos fueran hurtados o robados?. Antes de la reforma de 1998, la situación debía ser analizada a la luz de la disposición que establecía que cuando conjuntamente con el contrabando se cometiere otro delito, competerá el conocimiento del asunto a la jurisdicción penal ordinaria, si el otro delito generara mayor pena que el contrabando.

Así, nuestro legislador acogió la teoría de la absorción de las penas menos graves en las más graves, en virtud de la cual se desecha la pena de menor cuantía y se aplica, únicamente, la de mayor rigor. Desaparecido el dispositivo legal que hacía que ello fuera posible en teoría, debemos acogernos a nuestro Código Penal, el cual acogió un sistema mixto, equidistante entre las teorías de la adición (suma de penas) y la absorción. En tal virtud, quien cometa contrabando y otro delito que merezca mayor pena, recibirá la pena correspondiente al otro delito aumentada en los términos señalados en los artículos 86 y siguientes del referido Código.

f) Despacho de mercancías sin autorización de la aduana

La Ley Orgánica de Aduanas reza que «cuando la recepción corresponda a un organismo público o privado distinto a la aduana, los cargamentos deberán ser puestos a la orden de la autoridad aduanera en las condiciones que señale el Reglamento. La aplicación del régimen jurídico correspondiente a los cargamentos y a su desaduanamiento serán competencia exclusiva de la autoridad aduanera.» Por su parte, al referirse a la multiplicidad de organismos que pueden intervenir en la movilización y almacenamiento de mercancías llegadas a zona primaria para la verificación de una operación o trámite aduanero, dice la Exposición de Motivos: «Ultimamente se ha producido en Venezuela un fenómeno ya experimentado por otros países: la separación de las labores de almacenamiento y custodia de las mercancías, por un lado, de los controles propiamente aduaneros, por el otro. No es función inherente a estos últimos la guarda y custodia de los efectos, sino la determinación de su régimen jurídico-fiscal, el ejercicio de los privilegios legales y las autorizaciones de desaduanamiento. Hasta ahora las oficinas aduaneras se habían venido encargando de aquellas labores, más que todo por falta de una autoridad o delegación específica, pero ya en las aduanas marítimas se ha producido una transferencia hacia las autoridades portuarias, quienes por sus propias funciones deben movilizar y almacenar los cargamentos; lo mismo ha ocurrido en el Aeropuerto Internacional de Maiquetía, donde el Instituto Autónomo que allí opera ha asumido el control referido, proyectándose incluso su posible transferencia a las líneas aéreas de transporte. No obstante, otras oficinas aduaneras del país, a falta de una autoridad más específica, aún ejercen –y continuarán haciéndolo– la guarda y custodia de las mercancías (aduanas fronterizas, interiores y otras), por lo cual se ha meditado muy cuidadosamente la redacción de las normas

que se analizan. Todos estos comentarios conducen a la necesidad de dejar claramente delimitada la función del servicio aduanero y, al mismo tiempo, de actuar con rigurosidad cuando, existiendo la delegación de operaciones, se evadan los controles fiscales. Esto ha ocasionado una norma severa justificada porque es de suponer que el organismo público o privado encargado de la recepción, guarda y custodia de mercancías, debe extremar su celo en el cumplimiento de sus deberes y tendría que ser en este campo el primer colaborador del Fisco Nacional.»

Al establecer el tipo de contrabando a que se produce con motivo del despacho de mercancías sin autorización de la aduana, la Ley reitera contundentemente el carácter exclusivo y excluyente de la competencia de las oficinas aduaneras para autorizar el desaduanamiento, despacho o levante de mercancías que por alguna razón hayan ingresado a zona primaria. A la luz de esta norma, cualquier autoridad distinta a la aduanera, bien sea civil o militar, pública o privada, nacional, estatal o municipal que ordene, autorice o permita la salida de mercancías de los lugares donde se encuentran almacenadas en espera del perfeccionamiento de una operación o de la verificación de un trámite, incurre en contrabando, ya en carácter de autor, coautor cómplice o encubridor.

g) Embarque o descarga no autorizada

La Ley Orgánica de Aduanas tipifica como contrabando la carga y descarga no autorizada o realizadas sin el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias, a la vez que redundando en esta tipificación con respecto a los artículos de rancho, suministros y repuestos.

La advertencia legal de que la carga y descarga de mercancías no autorizada o realizada sin el cumplimiento de las debidas formalidades es delito y acarrea penas, hace especial énfasis sobre los artículos de rancho, dado que la mayor parte de los países del mundo conceden amplias facilidades fiscales a las mercancías conocidas genéricamente como *provisiones de a bordo* y estas facilidades pudieran interpretarse erróneamente o desbordar lo pretendido por el texto legal. De esta manera, la norma toma especial cuidado en diferenciar dichas facilidades (exenciones, exoneraciones, franquicias, etc.) de cualquier idea de libertad absoluta para embarcar o desembarcar ese tipo de efectos.

Dentro de lo que se denomina *rancho* se enmarcan los víveres y provi-

siones destinados al uso y consumo de pasajeros y tripulantes, así como también el material de reparación y accesorios para los vehículos de transporte naval, aéreo o cierto tipo de vehículos terrestres como trenes o ferrocarriles; en otros términos, se considera legalmente *rancho* a las provisiones, comestibles o no, que se embarquen, previo cumplimiento de los debidos trámites, en los vehículos de transporte, bien para el uso o consumo de la tripulación y pasaje, o para las refacciones requeridas por el vehículo para su correcto funcionamiento.

Es bueno notar que las mercancías que constituyen rancho se diferencian de las que no lo son, únicamente, por disposición de la ley y por determinación de las autoridades aduaneras, una vez que el transportista haya dado cumplimiento a una serie de requisitos que a este efecto le son exigidos. El rancho es un régimen aduanero aplicable a mercancías que tienen un determinado destino, pues, como es comprensible, ninguna mercancía puede ser considerada como destinada al *rancho* por sus características propias, aun cuando si es posible que ciertas mercaderías nunca puedan recibir esta calificación. Así, un bulto de detergente se enmarca dentro del concepto de mercancía general; si ese mismo bulto se destina al lavado de las prendas de la tripulación de un buque y así se hace valer ante las autoridades aduaneras y éstas expresan su conformidad, hechas como hayan sido las comprobaciones correspondientes, dicho detergente sería embarcado bajo las facilidades concedidas al *rancho* o, como se usa en otras latitudes, a las *provisiones de a bordo*.

Cualquier embarque o descarga no autorizada constituye contrabando y no vale alegar, por las razones antes expuestas, que mercancías subrepticiamente embarcadas o descargadas constituyan rancho, pues tal calidad la confiere la aduana y no, como ya lo hemos señalado, las características que son inherentes a los efectos.

Este literal tiene un ámbito espacial de aplicación limitado a las zonas primarias aduaneras; además, sólo es invocable para vehículos que realicen tráfico internacional. Lo primero por cuanto la carga y descarga en zonas secundarias, es decir, en lugares no habilitados para la introducción o extracción legal de mercancías, daría lugar a la aplicación del artículo que establece el tipo fundamental del delito en la Ley Orgánica de Aduanas y no la de este literal g); lo otro, por cuanto la importación de mercancías de cualquier tipo para ser utilizadas o consumidas dentro del territorio aduanero nacional, a bordo o no de vehículos, constituye una importación ordinaria

y, en todo caso, sujeta a beneficios distintos a los tratados aquí.

Como la testa de Jano, el rancho tiene dos caras que deben ser estudiadas separadamente. Una, referida a la introducción de mercancías extranjeras destinadas a constituir rancho, en cuyo caso no estarán sujetas al pago de gravámenes aduaneros ni sujetas a las restricciones establecidas en el régimen legal del Arancel de Aduanas. La otra faz es de tipo documental, probatoria de la licitud de la presencia a bordo de los efectos que se han de usar o consumir durante la travesía. De no existir la figura del rancho, este tipo de efecto carecería de amparo y estaría sujeto a toda suerte de vicisitudes, de acuerdo a la legislación de cada país donde deba tocar el vehículo. Vale aquí recordar que los efectos de rancho no van sobordados, por cuanto no están destinados a parte alguna ni sobre ellos versa un contrato de fletamento; por las mismas razones, tampoco están amparados por conocimiento de embarque, guía aérea o documento similar; era necesario, entonces, que existiera una figura que por un lado facilitara la introducción de los bienes a ser utilizados a bordo de los vehículos de transporte y que, por el otro, diera amparo legal a estos bienes, sometidos a la inspección aduanera de diferentes países.

h) Transbordos no autorizados de mercancías extranjeras

Se entiende por transbordo el traslado de mercancías, sobre las que verse una operación aduanera, de un vehículo de transporte a otro, previa autorización y bajo el control de la oficina aduanera donde se verifique el trámite.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Aduanas, el transbordo únicamente podrá realizarse en zona primaria de aduana habilitada para la operación de que se trate; así, por ejemplo, un cargamento de importación sólo podrá ser transbordado en aduana habilitada para la importación, uno de exportación en aduana habilitada para la exportación y así sucesivamente.

Hay una limitación a la aplicación de este literal h) que debe ser tomado muy en cuenta: las mercancías nacionales escapan a su ámbito, por cuanto la disposición sólo afecta al transbordo no autorizado de mercancías extranjeras, por lo que el transbordo no autorizado de mercancías nacionales o nacionalizadas no constituye delito, por carecer de tipo delictual.

Se hace palpable que en el momento de la redacción de este literal, el legislador quiso evitar que bajo la figura del transbordo se escondiera la

intención de internar mercancías eludiendo el control aduanero. Por otra parte, el texto indica que el redactor consideró ocioso que esta disposición abarcara mercaderías nacionales o nacionalizadas, ya que ellas provienen de territorio nacional y se embarcarían zona primaria venezolana, previo cumplimiento de los requisitos aduaneros del caso; en consecuencia, no cabe esperar, dentro del marco de lo lógico, una actividad elusiva dirigida a devolver los efectos a su lugar de origen. Además, no resulta muy razonable que un cargamento sea puesto a bordo de un vehículo para, casi inmediatamente, trasladarlo a otro, salvo que medien circunstancias inesperadas. Por último, cabe observar que el embarque no autorizado de mercaderías, sea cual fuese su nacionalidad, constituye contrabando, pero ya no en virtud del texto del este literal sino del ya analizado literal g).

i) Abandono de mercancías en ciertos lugares

La Ley califica como contrabando el abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras o al mar territorial o en Dependencias Federales, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor.

Son Dependencias Federales las porciones del territorio de la República no comprendidas dentro de los Estados, Territorios y Distrito Federal, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental.

A decir del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es contiguo lo que está tocando a otra cosa, mientras que es cercano lo que está próximo o inmediato. La aplicación concreta del primer término no presenta ninguna dificultad, pero el vocablo *cercano* deja al intérprete un amplio margen de discrecionalidad. ¿Dónde termina lo cercano y empieza lo no cercano o lejano?

Este literal es de aplicación exclusiva a mercancías abandonadas, pero en un sentido distinto al abandono en zonas primarias que trata en otro lugar y con otro sentido la Ley Orgánica de Aduanas. Para la aplicación de este literal, deberán tenerse como abandonadas las mercancías que no tengan dueño aparente, es decir, aquellas cuyo propietario no sea conocido o cuya propiedad no sea reivindicada en respuesta al emplazamiento a que se refiere el artículo 383 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Si en el curso del procedimiento se descubriera el propietario o éste se

presentara para hacer valer sus derechos sobre las mercancías, la cualidad de *abandonadas* desaparecería y otra debe ser la norma a invocar.

Tampoco es aplicable este literal cuando medie caso fortuito o de fuerza mayor en el abandono de las mercancías; tal sería el caso, por ejemplo, de un buque que encontrándose a punto de zozobrar deba aligerarse para poder continuar el viaje o evitar la pérdida total de la embarcación. En tales casos, corresponderá al representante de la nave probar que las circunstancias que envolvieron el hecho se encuadraban dentro de tales eximentes, en virtud de que la prueba corresponde a quien hace el alegato.

Es evidente que con este apartado la Ley trata de evitar que las numerosas islas enclavadas en nuestro Mar Caribe, casi todas las cuales tienen carácter de dependencias federales y están despobladas o escasamente pobladas, sirvan de plataforma o centro de acopio para mercancías que luego sean contrabandeadas a tierra firme.

La redacción de la norma en análisis nos obliga a diferenciar los conceptos de «mar territorial» y de «aguas interiores»; debe entenderse por mar territorial de un Estado, a decir de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, la «zona de mar adyacente a sus costas»; son aguas interiores las «situadas en el interior de la línea de base de mar territorial». Por alguna razón que no viene al caso dilucidar, el redactor de la norma no tomó en cuenta el abandono de mercancías en lugares cercanos o contiguos a las aguas interiores, a pesar de que la topografía de nuestras costas aconsejaba lo contrario. Este hecho pone sobre los hombros del juzgador la tarea de determinar, antes de realizar cualquier otra consideración, si las aguas adyacentes o cercanas a las costas donde se encuentren efectos abandonados corresponden a mar territorial o aguas interiores, para lo cual deberá hacer uso de las cartas marinas que, por disposición de la citada Convención, deben elaborar y publicar los estados signatarios, entre los que se encuentra Venezuela.

El contrabando agravado

Francisco Carrara, en su enjundioso estudio sobre la *cantidad*, *calidad* y *grado* de los delitos, escribió: «Si todos los seres que se presentan ante los ojos de nuestro cuerpo y de nuestra mente fueran perfectamente idénticos, las ideas de *calidad*, *cantidad* y *grado* serían inconcebibles para la inteligencia humana. Si los seres fueran tan completamente distintos que no pudiera advertirse entre ellos relación alguna de identidad, estas ideas, por motivos

contrarios, serían absolutamente imposibles de definir. Pero los seres que pertenecen a un mismo género tienen, entre sí, un mayor o menor número de caracteres *comunes* (relaciones de identidad) y de caracteres distintivos (relaciones de variedad). Esto hace que varios seres, que por cierta relación de identidad pertenecen al mismo género, se distingan unos de otros por ciertas relaciones de variedad, formando así otras tantas especies diversas». ¹⁰

Al igual que las personas señaladas por Carrara, dentro del *género* contrabando se pueden presentar un sinnúmero de especies diversas; cada contrabando en concreto puede presentar una serie de características que lo agraven o atenúen, sin que por ello deje de ser contrabando para convertirse en otro delito. En el campo de los hechos concretos que son los que, en definitiva, son puestos ante el juez para que absuelva o castigue en mayor o menor medida, no se juzga a los géneros ni a las especies, sino a los individuos por los hechos por ellos producidos. Esos hechos tipificados por la ley como delitos, siempre son cometidos en determinadas circunstancias, algunas anodinas, insignificantes a los efectos de determinar la gravedad del hecho, el *quantum criminal*, pero otras, por el contrario, con entidad suficiente establecida por la ley, para que el delito resulte agravado o atenuado, con el consiguiente aumento o disminución de la pena aplicable.

La Ley Orgánica de Aduanas describe como contrabando agravado —entre otras— las siguientes conductas:

a) Desviar, disponer o sustituir de bultos

Este literal tipifica como contrabando la desviación, disposición o sustitución parcial o total de bultos contentivos de mercancías sometidas a régimen de depósito aduanero o cuyo uso o consumo no haya sido autorizado, por estar las mismas a la orden de la aduana. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas, al referirse a los nuevos tipos de contrabando contemplados en la Ley dice, entre otras cosas: «la desviación o sustitución de bultos dentro de la oficina aduanera (por ejemplo, colocar dentro de un lote de bultos ya reconocidos algunos que no lo han sido, sustituyéndolos por los primeros; extraer el contenido de éstos e introducir otras mercancías en los bultos; la realización de actos no autorizados sobre mercancías que se encuentren en depósito aduanero o a la orden de la autoridad competente

¹⁰CARRARA, Francisco citado por Jiménez de Asúa. Op. cit. Págs. 120 y 121.

(por ejemplo, retiro, consumo, utilización o cambio prohibidos de mercancías que se encuentren en el almacén general de depósito, aún no nacionalizadas, o en un almacén in bond o duty free, o en los locales privados en los cuales por razones especiales se encuentren mercancías que tienen pendiente un requisito y están a la orden de la autoridad fiscal)».

Para el Convenio Internacional para Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), en su anexo relativo a los depósitos de aduana, se define el régimen de depósito de aduanas como «el régimen aduanero con arreglo al cual las mercancías importadas se almacenan bajo el control de la aduana en un lugar designado a este efecto, (depósito de aduanas) sin el pago de los derechos e impuestos de importación.» Pueden quedar también sujetas a este régimen y a sus consecuencias, las mercancías nacionales destinadas a la exportación que, estando sujetas a impuestos internos, se almacenan en estos depósitos para no verse obligadas al pago de dichos impuestos o a la ejecución de trámites para obtener los correspondientes reintegros. Pudieran someterse también a este régimen de depósito, las mercancías admitidas temporalmente que antes de caducar el tiempo autorizado de permanencia en el territorio del país, quieran dar por concluida la admisión y liberadas de las garantías prestadas.

En estos y en todos los demás casos en que las mercancías estén a la orden de la aduana, deberán conservarse en el mismo estado que exhibían para el momento de su llegada a los depósitos, tanto en lo relativo a la cantidad, calidad, peso y demás características físicas, como en lo concerniente a su ubicación dentro de los bultos que las contengan; los bultos sometidos a depósito aduanero sólo pueden ser manipulados durante las necesarias y habituales operaciones de transporte, estiba u otras similares propias del almacenamiento de mercancías.

Este literal reitera la prohibición de que mercancías sobre las cuales verse una operación aduanera, sean usadas o consumidas sin que la aduana haya emitido la autorización correspondiente. Ello deriva de manera directa de la obligación que tiene el Estado de cuidar los efectos tomados en prenda legal, con la diligencia de un buen padre de familia o, en su defecto, de resarcir a su propietario, pronta y completamente, los daños sufridos durante todo el lapso de almacenamiento. No es de extrañar, entonces, que la Ley, para desestimular los robos de mercancías tan frecuentes en los patios y almacenes aduaneros, contenga una disposición de esta naturaleza que confiere carácter de delito aduanero a lo que de otra forma pudiera corresponder al derecho

penal ordinario.

b) Conducir mercancías extranjeras no destinadas al lícito comercio

El Estado venezolano tiene soberanía, autoridad y derecho de vigilar el mar territorial, la zona marítima contigua, la plataforma continental y el espacio aéreo, así como el dominio y explotación de los bienes y recursos en ellos contenidos, en la extensión y condiciones que determine la Ley. La Ley Orgánica de Aduanas y la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, convertida esta última, en derecho positivo nacional mediante Ley Aprobatoria de fecha 26 de julio de 1961, dan soporte legal a este derecho constitucional del Estado.

Antes de hacer cualquier otra consideración, debemos notar que la aplicación de este literal está condicionada a que las mercancías sean extranjeras y conducidas por buques, con lo que esta norma excluye al transporte aéreo, terrestre y a cualquier otra forma de conducción de mercancías que no utilice buques para su cometido. Esta norma exceptúa, además, a las mercancías nacionales o nacionalizadas, aunque preceptúa que el barco puede ser de cualquier nacionalidad.

La aplicación de este literal exige de las autoridades administrativas y judiciales una especial sujeción a los textos legales, pues en la mayoría de los casos estarán involucrados intereses foráneos tutelados por distintas legislaciones y por normas de carácter multinacional de aplicación preferente, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Del esmero que pongan las autoridades en apearse estrictamente a la letra y propósito de esta norma jurídica, dependerá, en muchos casos, que se eviten reclamos fundamentados en ausencia de jurisdicción sobre el lugar donde se verifique la fiscalización. Así, cuando la comprobación se efectúe en el mar, lo primero que deberá constatarse es que la posición del buque sujeto a revisión se encuentra dentro de los límites del mar territorial o de la zona contigua.

Sujetos como estamos a las normas de la referida Convención Sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, los buques de cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de *paso inocente* a través de nuestro mar territorial. Se entiende como tal paso el hecho de navegar por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, o bien para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellas. El paso comprende el derecho de detenerse y fondear, pero sólo

en la medida en que la detención y el hecho de fondear no constituyan más que incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o por un peligro extremo; por otro lado, el paso es *inocente* mientras no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño (artículo 14).

Pero además, hay una zona de alta mar adyacente al mar territorial donde los estados ribereños pueden adoptar las medidas de fiscalización necesarias para evitar infracciones a sus leyes de policía aduanera y fiscal, entre otras, que es conocida con el nombre de zona contigua y que no se puede extender más allá de doce millas, contadas desde la línea de base desde donde se mide la anchura del mar territorial (artículo 24). En esta zona el Estado ejerce un derecho de vigilancia, destinada a impedir la infracción a determinadas leyes y a reprimir las infracciones a esas leyes cometidas en su territorio o en su mar territorial.

El derecho de paso inocente, por un lado, y el derecho de constatar la inocuidad de paso por el otro, enmarcan la relación que se genera entre el Estado ribereño y el buque que realiza el paso a través del mar territorial o zona contigua.

Tanto en el mar territorial, donde el Estado ejerce soberanía plena, como en la zona contigua donde ejercer un derecho de vigilancia y represión en resguardo del cumplimiento de sus leyes fiscales, las autoridades venezolanas pueden exigir a los buques que por allí transiten, la demostración de que las mercancías que transportan están destinadas al comercio legítimo con Venezuela o con cualquier otro país; si tal demostración no se realizare, deberá iniciarse de inmediato el procedimiento que, para los casos de contrabando, establece la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

También se tipifica como contrabando el desembarque de mercancías no destinadas al comercio legítimo con nuestro o con cualquier otro país. Observadas en su contexto las normas que tipifican el contrabando, nos daremos cuenta de que el *desembarque* a que se contrae la parte final del literal en estudio, está necesariamente referido al desembarque en zona primaria, pues si éste se efectuara en lugar no habilitado (en despoblado, por ejemplo), procedería la aplicación del artículo 104 y no la del literal en cuestión.

Esta parte final del literal b) influye de manera determinante en el tratamiento que deben dar las oficinas aduaneras a los bultos sobrantes en la descarga. Antes de cualquier otra consideración, el representante del buque

que haya descargado de más mercancías extranjeras, deberá demostrar que dichas mercancía estaban lícitamente destinadas a otro puerto nacional o extranjero; si tal demostración no fuere realizada, la aduana deberá iniciar el procedimiento pautado para los casos de contrabando.

c) Distraer mercancías decomisables por parte de aprehensores o depositarios

En virtud de este literal, cometen delito de contrabando los aprehensores y depositarios que se apropien, retengan, consuman, distribuyan o entreguen de manera incompleta a la autoridad fiscal competente, los efectos que en virtud de la Ley Orgánica de Aduanas deban ser objeto de comiso.

Por disposición del artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, cuando «los funcionarios judiciales o administrativos, en el curso de una averiguación sumaria, encuentren pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso, embargarán los efectos decomisables, formulando por triplicado una relación especificada de ellos, en la que conste su naturaleza, número, peso y valor. Para determinar este último podrán asesorarse con persona experta. De las actuaciones a que se refiere este artículo se dará aviso inmediato al Ministro de Finanzas y mientras este funcionario indica la Oficina o empleados fiscal a quien deban ser entregados los efectos aprehendidos, se mantendrán al cuidado de un Administrador de Rentas Nacionales o Jefe de cualquier Depósito dependiente del Ministerio de Hacienda. Cuando quien instruya el proceso sea un Administrador de Rentas, él mismo guardará provisionalmente los efectos». De esa manera, la vetusta Ley Orgánica estableció controles dirigidos a que los efectos embargados no fueran dispuestos o utilizados de manera distinta a la señalada por la ley, pero no sustrajo el hecho, como ahora lo hace el literal c), a la esfera de las normas penales ordinarias, por lo que la definición y clasificación de este delito continuó dentro del ámbito del derecho penal ordinario como delito de hurto, definido en el artículo 453 de nuestro Código Penal.

Así, quien no entregue a la autoridad fiscal competente todo cuanto hubiese embargado o tuviere en calidad de depósito, cometerá contrabando por la parte apropiada, retenida, consumida, etc., pero no por la totalidad de lo embargado; pero si la entrega fuera hecha a quien no tuviera competencia para recibirla, se estará cometiendo delito con la totalidad de los bienes, tanto a los efectos de determinar el monto de los impuestos arancelarios

correspondientes a las mercancías objeto del delito como, consecuentemente, para la determinación de las penas aplicables.

Este literal es de aplicación exclusiva a quienes tengan calidad de aprehensores o de depositarios; éstos últimos sólo pueden serlo en virtud de nombramiento (empleado de Hacienda) y del cumplimiento de otros requisitos legales. Por el contrario, cualquier autoridad, civil o militar, de hacienda o no, así como los particulares¹¹, pueden ser aprehensores, en cuyo caso quedan sujetos a lo establecido en el literal en estudio.

A diferencia con lo que sucede con el contrabando tipificado en el literal e) ya estudiado, en este caso no es posible la concurrencia de hechos punibles, es decir, la apropiación, retención, consumo, distribución o entrega falla por parte de aprehensores y depositarios será sólo contrabando y no contrabando y hurto o contrabando y robo, por lo que las penas serán las establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas.

d) Introducir mercancías procedentes de territorios con régimen fiscal aduanero preferencial

Las zonas o territorios que gozan de régimen fiscal aduanero preferencial, pueden ser utilizados como plataformas para introducir subrepticamente mercancías al resto del territorio nacional, aprovechando la cercanía o contigüidad entre unos y otro. Por ello, era necesario establecer una rigurosa advertencia legal punitiva dirigida a inhibir cualquier acción tendiente a utilizar estas zonas y territorios para obtener beneficios ilegítimos.

La redacción de la norma nos indica que constituye contrabando «la introducción al resto del territorio nacional» sin ningún distingo. Así, la internación de mercancías de un territorio con régimen fiscal aduanero preferencial a otro territorio con iguales características, no hace variar la tipificación del delito ni las consecuencias legales producidas por el hecho.

El texto legal se refiere a «régimen fiscal aduanero preferencial». ¿Por qué el legislador no utilizó únicamente el término *aduanero* o el término *fiscal* sino que, por el contrario, utilizó ambos? ¿Por qué no utilizó la conjunción disyuntiva «o» para denotar alternativa, ni la conjunción copulativa «y» para unir *aduanero* y *fiscal*? Todo indica que la palabra *aduanero* es utilizada como

¹¹Ver artículo 349 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

adjetivo para modificar el sustantivo *fiscal*, indicando con ello que no basta, para la aplicación de este literal, que la zona o territorio estén sometidos a un régimen fiscal preferencial, sino que las preferencias fiscales deben tener carácter o calidad de aduaneras. Así, por ejemplo, la introducción al resto del territorio nacional de bebidas alcohólicas procedentes de zonas o territorios que disfruten de un régimen fiscal preferencial en materia de licores, aun cuando no se cumplan, se violen o adulteren los controles respectivos, no constituye contrabando en los términos del presente literal.

Pero no toda introducción al resto del territorio nacional de mercancías procedentes de zonas o territorios sometidos al régimen aduanero fiscal preferencial constituye delito; para ello es necesario que medie incumplimiento, violación o adulteración de los controles respectivos, pues caso contrario se podría estar ante otro tipo de ilícito, pero no ante un caso de contrabando. Nótese, pues, que lo que constituye delito a la luz de la norma que se analiza no es la procedencia en sí, ni el incumplimiento, violación o adulteración de los controles respectivos, por separado, sino la conjunción de la procedencia y el incumplimiento, violación o adulteración ya señalados.

e) Usar ardid o engaño para cometer contrabando

Este último literal del artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas es, quizás, el que impone a los funcionarios judiciales y administrativos a quienes compete impedir, reprimir o juzgar el contrabando, una mayor carga de análisis, interpretación y discrecionalidad. Los términos impedir, dificultar, ardid, engaño y la frase «cabal cumplimiento» constituyen la médula de este apartado.

Impide no sólo quien imposibilita la ejecución de una cosa, sino también quien la estorba, es decir, quien pone embarazo u obstáculo a esa ejecución. Si el impedimento se efectúa mediante ardid (artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento¹²) o engaño (falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre¹³), de manera tal que se imposibilite o estorbe el cabal (completo, acabado) ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas, se está en presencia del delito tipificado en el literal e).

Es notoria la similitud existente entre el literal b) del artículo 104 y el que ahora analizamos. El primero está dirigido a tipificar como delito

las actuaciones dirigidas a llamar a error a los funcionarios reconocedores mediante el uso de adminículos, dispositivos o sistemas que, al dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, produzcan resultados distintos a los que en justicia corresponden, con la consiguiente evasión total o parcial de los derechos y el incumplimiento de los requisitos aduaneros a los que pudieran estar sujetos los efectos. El ardid y el engaño a que se refiere el apartado en análisis, no están circunscritos al acto de reconocimiento ni versa directamente sobre las mercancías en el sentido y alcance a que se refiere el segundo de los apartados de este artículo.

Lo que resulta innegable es que no se pueden realizar acciones dirigidas a dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento sin que, a la vez, se trate de impedir el cabal ejercicio de las facultades otorgadas a las aduanas, por lo que el literal b) del artículo 104 pareciera una *especie* del *género* señalado en el e) del 105; además, todo hacer prever que junto con las acciones dirigidas a dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, deben realizarse otras que coadyuven a tal ocultamente, como la ausencia de declaración o la declaración falsa. Supongamos, por ejemplo, que un importador esconde mercancías en el doble fondo de un contenedor para substraerlas al reconocimiento; ese ocultamiento debe estar acompañado de un engaño, consistente en declarar mercancías en número inferior al real. No se entendería, por ilógico, que alguien oculte y declare mercancías simultáneamente, pues lo uno contradice lo otro.

¿Cuáles son esas facultades legalmente otorgadas a las aduanas, cuyo cabal ejercicio es susceptible de ser impedido mediante ardid o engaño?

a) Desde el punto de vista fiscal, las aduanas están en el deber y tienen el derecho de cobrar la exacta cantidad de dinero liquidada a cargo del contribuyente, por concepto de impuestos, tasas y otros rubros legalmente acordados.

b) Desde el punto de vista del control que deben ejercer dichas oficinas, éstas tienen el derecho de exigir y recibir toda la información necesaria para determinar y aplicar el régimen que corresponda a los efectos, establecido en el Arancel de Aduanas (prohibiciones, permisos, licencias, certificados, etc.).

Es tan amplia la interpretación que se puede dar a la oración «cabal

¹²Diccionario de la Lengua Española. p. 113.

¹³Diccionario de la Lengua Española. p. 532.

ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas», que casi cualquier hecho que caiga dentro de lo que se pueda calificar como ardid o engaño, resulta contrabando. Así, la presentación ante la aduana de cualquier documento falso, alterado o simulado, constituye delito; asimismo, es contrabando la simulación de ciertas circunstancias para obtener un régimen aduanero distinto al que legalmente corresponda, como sería el caso de fingir una arribada forzosa; la presentación de un documento titulado «factura» que no haya sido elaborado y firmado por el fabricante, productor o exportador, pretendiendo hacer creer a la aduana que si lo fue, mediante falsificación o simulación de firmas, sellos, membretes, etc.

Cuando el ardid o el engaño se materialicen mediante ocultación de mercancías o el uso de adminículos, dispositivos o sistemas que dificulten el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, el literal que corresponderá aplicar será el b) del artículo 104, por ser más específico que el e) del 105; en todos los demás casos, resultará procedente la aplicación de este último, siempre y cuando el hecho afecte el cabal cumplimiento a que se refiere la Ley.

Pero no podemos dar por concluido este punto sin definir lo que es ardid, engaño y simulación. Para Laura Damianovich de Cerrero¹⁴, ardid es el artificio, el medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, en despliegue de una falsa apariencia; para la misma autora, engaño es la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer o –en otros términos– dar a la mentira apariencia de verdad.

Dice Carrara –citado por Iureta Goyena– «que *raggiro*, que significa artificio, supone siempre, supone siempre, una simulación o una disimulación, la cual puede ser personal o real. La simulación es personal en el caso, por ejemplo, en que una persona se dice marqués o duque, o abogado o comerciante sin serlo. La disimulación es personal cuando el sujeto oculta una calidad que le es propia; una menor, por ejemplo, que se hace pasar por mayor, una mujer casada que se hace pasar por viuda o por soltera. La simulación es real, cuando se le atribuye a una cosa una calidad que no tiene. Se vende, por ejemplo, plomo por oro, dándole a plomo el aspecto o el color del oro. La disimulación es real cuando se oculta, cuando se oculta una calidad o antecedente sustancial de la cosa, como cuando se vende, por ejemplo, un inmueble gravado con una hipoteca o con una servidumbre o con cualquier otro derecho que constituya un desmembramiento del dominio y que disminuye el

valor de la propiedad, silenciando la existencia de la servidumbre o de la hipoteca, etc.»¹⁵

m) Simular la realización de una operación o actividad aduanera

Genéricamente, la simulación o acción de simular consiste en «representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es»¹⁶. Es evidente que este es el sentido utilizado por el legislador al redactar el literal m) del artículo 105.

En la práctica, la simulación de realizar una operación aduanera o actividades de admisión, reimportación, reexportación, reexpedición, reintroducción, transbordo, reembarque o retorno se materializa mediante la alteración, simulación, forjamiento o falsificación de documentos, con el objeto de hacer creer a las autoridades públicas que han satisfecho trámites y requisitos cuyo conjunto constituyen la operación o actividad que se simula. No toda manipulación fraudulenta de documentos públicos o privados constituye contrabando de acuerdo con este literal, aunque si lo es de acuerdo con otros; es necesario que esa manipulación esté dirigida a simular la operación o actividad pretendidas.

Al estudiar el fraude en aduanas veremos con más detalle los elementos constitutivos y el momento consumativo de este tipo delictual.

n) Participación en el contrabando de funcionario, obrero, auxiliar de la administración aduanera o de pariente de funcionario aduanero

Según este literal, es contrabando agravado la participación en el delito de un funcionario público u obrero al servicio de la Administración Pública o de un auxiliar de la Administración Aduanera o de quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo de afinidad con los funcionarios de la aduana de introducción o extracción de la mercancía.

La redacción que adoptó el legislador con respecto al parentesco nos señala de manera inequívoca que este texto sólo es aplicable a contrabandos

¹⁴ Damianovich de Cerrado, Laura. La Falsedad Documental. Pág. 310.

¹⁵ IURETA GOYENA, José. Delitos de Falsificación Documentaria y Estafa. Págs. 169 y 170.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

realizados en zona primaria aduanera o, en otros términos, que hayan llegado a una oficina aduanera de donde se extraen o tratan de extraerse mediante la comisión de irregularidades señaladas por la Ley como delito. Así, si los efectos son aprehendidos en zona secundaria y no se puede comprobar fehacientemente su ingreso por una determinada aduana, este literal resultaría absolutamente inaplicable. No así si un funcionario aduanero *participa* como autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando—independientemente de que el alijo haya pasado o no por zona aduanera— en cuyo caso no se requiere ninguna comprobación ulterior.

El análisis de este literal resultaría en extremo incompleto si no dedicamos unas líneas a tratar el parentesco, tanto por consanguinidad como por afinidad.

El parentesco siempre es un lazo entre personas que se origina por tener algún ascendiente común o por estar en una situación a la cual la ley le confiere la consecuencia de crear parentela. Cuando dos o más personas provienen de un tronco común se dice que son parientes consanguíneos o, como dice el Código Civil, la consanguinidad es la relación que existe entre personas unidas por los vínculos de la sangre. Por su lado, la afinidad es el vínculo que se forma entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. El primero deriva de la sangre; el segundo del matrimonio.

Cuando las personas descienden unas de otras se habla de parentesco en línea recta, pero cuando las personas tienen un autor común mas no descienden unas de otras, se dice que hay parentesco colateral. Así, el padre e hijo tienen parentesco en línea recta, mientras que los hermanos entre sí lo tienen en forma colateral.

El grado señala la cercanía del parentesco; a menor grado más cerca el vínculo parental. ¿Cómo se calcula el grado? Cuando se trata de línea recta, se cuentan las personas en la línea y se le resta uno. Así, entre abuelo y nieto se cuentan el abuelo, el padre y el nieto y se le resta uno, lo que nos indica que entre ellos hay un vínculo de segundo grado. Cuando el parentesco es colateral, se cuentan las personas hasta el autor común, luego se baja hasta la persona cuyo grado queremos determinar y se le resta uno. Por ejemplo, para determinar el grado de parentesco entre hermanos se cuenta el hermano «A», se sube al padre común «P» y se baja al hermano «B», luego se resta uno, por lo que entre los hermanos «A» y «B» el parentesco será de segundo grado.

Dice el Código Civil que en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo de uno de los cónyuges es afín del otro; por lo tanto, para determinar el grado de parentesco por afinidad se calcula el grado de parentesco consanguíneo de un cónyuge y ese mismo grado será el del parentesco por afinidad del otro. Por ejemplo, si deseamos determinar la afinidad entre yerno y suegro, calculamos el grado de consanguinidad entre la esposa y su padre y ese mismo será el de afinidad entre ellos.

A diferencia de lo que sucede con el parentesco por afinidad, en el caso de la consanguinidad no importa si el vínculo se deriva de una unión matrimonial o extramatrimonial y a los efectos aduaneros tampoco importa si el vínculo es doble o sencillo o si los hermanos son consanguíneos, uterinos o germanos¹⁷. Lo que realmente importa es el grado para determinar si se está dentro del supuesto que establece la Ley para agravar el contrabando.

Este literal dice «la participación en el contrabando de un funcionario público u obrero ...», por lo que la conducta delictual tiene necesariamente que estar señalada como contrabando en otra parte de la Ley, por cuanto es obvio que no estamos en presencia de un tipo delictual, los cuales, como es sabido, tienen «una serie de elementos comunes que contribuyen a formar su estructura; para identificarlos, basta hacernos la consideración de que todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular; por consiguiente en cada uno de ellos se identifican dos sujetos; el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza radica el bien o interés que se lesiona; una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, en veces trae referencias normativas o subjetivas y un **objeto** de doble entidad: jurídica en cuanto bien normativamente tutelado y material en cuanto ente –persona o cosa– sobre el cual recae la conducta típica».¹⁸

Así pues, si tal conducta encaja dentro de los tipos del artículo 104, no se presenta ningún problema, pues el literal en estudio sería el aplicable, pero ¿Qué pasa si la conducta es la descrita en los tipos del artículo 105?

Por ejemplo, si una persona presenta ante la aduana una factura comercial falsa para sustentar la base imponible estará cometiendo contrabando de conformidad con el literal g) del artículo 105, pero si a la

¹⁷ Son hermanos consanguíneos los hijos de un mismo padre y de distinta madre. Son uterinos los hijos de una misma madre y distinto padre y son germanos los padre y madre iguales.

¹⁸ REYES, E., Alfonso. La Tipicidad. Pág. 42.

vez resulta hermano de un funcionario de la aduana en cuya zona primaria se cometió el delito, nos encontramos ante lo que pareciera una doble agravación, pues este literal no describe una conducta como punible, si no que se refiere a la calidad de las personas involucradas en el hecho. Visto así, parece perfectamente aplicable el artículo 79 del Código Penal dice a la letra: «No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse». Ser funcionario, pariente de éste, obrero o auxiliar de la Administración Aduanera no es circunstancia que por sí misma constituya delito, por lo que la agravación torpemente querida por el legislador parece resultar procedente; caso contrario, cuando se cometa un delito descrito en el artículo 105 este literal resultaría ocioso por inaplicable.

Antes de hacer cualquier otra consideración sobre el alcance y contenido del literal n) artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas, nos parece indispensable precisar lo que debe entenderse por funcionario público. Dice la Ley de Carrera Administrativa: «A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado¹⁹». Para la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público: «Para los efectos de esta Ley, se consideran funcionarios o empleados públicos: 1) A todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades...»

El concepto de funcionario público acogido por la Ley Orgánica de Aduanas, parece estar fuertemente influenciado por el artículo 236 del Código Penal, en el cual se lee: «Para los efectos de la ley penal, se consideran como funcionarios públicos: 1° Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio

¹⁹Parágrafo único del artículo 1 de la Ley de Carrera Administrativa.

²⁰CHIOSSONE, Tulio. Manual de Derecho Penal Venezolano. Pág. 516.

o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades...»

Toda persona que realice trabajos para el servicio aduanero y que no tenga carácter de obrero, debe considerarse empleado aduanero; pero sólo aquellos empleados que ejerzan funciones públicas, pueden considerarse funcionarios. Tal como afirma Tulio Chiossone, *empleado público* es el género y *funcionario* la especie²⁰.

Parafraseando a este jurista, podemos decir que hay empleados de la administración aduanera que están investidos con la *función*, pero hay otros que realizan un trabajo para la administración, pero no tienen funciones aduaneras sino que se limitan a prestar un servicio material. En las aduanas hay empleados que no son funcionarios, como es el caso de las mecanógrafas o de quienes realizan la recepción de documentos. Por el contrario, son funcionarios de aduana, entre otros, el Ministro de Finanzas, los jefes de oficina de aduanera, los reconocedores, los liquidadores, los guardalmacenes, etc., bien sea porque la función se la acuerde la Ley Orgánica de Aduanas (como es el caso del Ministro) o esté establecida en otras leyes, como acontece con los liquidadores y guardalmacenes (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional).

Por cuanto lo verdaderamente relevante es la función, es funcionario quien realice una determinada función pública; por consiguiente, los *funcionarios de hecho*, es decir, los que realizan la función sin tener el correspondiente nombramiento, también deben ser tenidos como funcionarios a todos los efectos aduaneros. Admitir lo contrario, sería establecer un estatuto privilegiado no solamente injusto, sino también contrario al principio de responsabilidad que genera el ejercicio del poder público.

Así pues, quienes conozcan de casos en los que parezca estar involucrado un empleado de aduanas, deben determinar, antes de entrar en cualquier otra consideración, que éste tenga carácter de funcionario. De no ser así, la aplicación de dicho literal sería improcedente.

Para el año (1977) en que se redacta la Ley Orgánica de Aduanas, estaba vigente en todas sus partes el Capítulo III del Título III del Código Penal, referente a la corrupción de funcionarios. Luego, el 1º de abril de 1983, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda

²⁰MANZINI, Incensó. Citado por Eunice León de Visani, en su obra «Delitos de Salva-

del Patrimonio Público, todos los artículos que conforman dicho Capítulo quedaron expresamente derogados, pero no así la influencia que su articulado debió ejercer en el ánimo del legislador aduanero, por lo que se nos impone no desechar el componente histórico de la interpretación, para encontrar el pensamiento, la voluntad y la intención que privó en el proyectista para el momento de la redacción de la norma en estudio.

Actualmente, es la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público la que con carácter de ley especial trata lo referente a los delitos contra la cosa pública, entre los cuales se encuentra la corrupción de funcionario y, por ende, la corrupción de funcionario aduanero. Pero antes de acercarnos al texto de dicha Ley, es bueno señalar el carácter bilateral de este delito; para su consumación será siempre necesario que intervenga uno o varios funcionarios, por una parte, y uno o varios agentes corruptores, por la otra, complementándose unos y otros para el logro del objetivo bilateralmente pretendido. Al lado del funcionario que se vende, habrá siempre el elemento que lo compra en procura de un beneficio contrario a la ley. En breves términos, la corrupción de funcionario consiste en una «ilícita relación consensual entre el oficial público y el extraño interesado».²¹ Para Chiossone, la corrupción de funcionario es un delito que consiste en recibir el funcionario público dinero u otras especies o dádivas, bien por un acto de sus funciones o por hacer algo contrario a lo que le impone el deber de la función.²² En criterio de Grisanti Franceschi, «comete este delito el funcionario público que trafica con la autoridad de que está investido para ejecutar, retardar u omitir un acto de sus funciones o realizar alguno contrario a las mismas, a cambio de cualquiera retribución que no se le deba o de la simple promesa de ésta».²³

Según Carrara, citado por Grisanti²⁴, para que exista corrupción «es preciso que una persona constituida en oficial público haya recibido o querido recibir algún lucro. Para nada influye sobre la esencia del delito que el oficial sea superior o inferior, remunerado o sin sueldo, temporal o perpetuo, o sea del orden judicial o del político o administrativo; y tampoco influye de ningún modo que la recompensa sea dada o prometida durante el cargo o después de dejarlo».

Tradicionalmente —dice Eunice León— el delito se diversificaba en

guarda». Pag. 138.

²²CHIOSSONE, Tulio. op. cit. Pag. 525.

distintas especies o formas que daban lugar a otras tantas clasificaciones en las que se separa, por una parte, la llamada corrupción impropia de la denominada corrupción propia; por otra parte, la corrupción pasiva (sea propia o impropia) de la corrupción activa. Esta autora recoge la doctrina universal al señalar que incurre en corrupción impropia el funcionario que *vende* un acto regular de autoridad o, lo que es lo mismo, un acto propio de su función o cargo que por regla general debería ser gratuito (la emisión de una planilla de liquidación de gravámenes, por ejemplo). Estaríamos en presencia de corrupción propia cuando hay consenso lucrativo entre funcionario y particular destinado a la realización, por parte del funcionario, de un acto ilícito o indebido, sea por omitir o retardar un acto funcional que le es propio en virtud de su cargo, o por realizar alguno que es contrario al deber que le imponen las funciones que le han sido encomendadas. Nuestra jurisprudencia afirma que la corrupción propia se diferencia de la impropia, porque en ésta se persigue que el funcionario realice legalmente un acto legítimo, mientras que aquella se contrae a actos ilegales, a omisión de deberes, retardo o violación de los mismos; y tal diferencia incide en la aplicación de la pena aunque no en la calificación jurídica del delito tipo.²³

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público tipifica la corrupción impropia y propia, respectivamente, en sus artículos 65 y 67, con los siguientes términos: «Cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba, para sí o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se le deban, o cuya promesa acepte, será penado...» «Cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado...».

Respecto a la redacción del artículo 67, el jurisconsulto Alberto Arteaga Sánchez, realiza un muy atinado comentario: «...cabe observar que el legislador, creemos inadvertidamente, al describir este tipo delictivo que en su esencia corresponde a la corrupción propia, incluyó la mención «por *hacer*... algún acto de sus funciones...», lo que corresponde a la corrupción

²³GRISANTI FRANCESCHI, Andrés. Manual de Derecho Penal. Pág. 825.

²⁴GRISANTI F., Andrés. Op. cit. Pág. 831.

²⁵Jurisprudencia de los Tribunales de la República, citada por Mariano Arcaya, op. cit. Pág. 271.

²⁶Ver artículo 83 del Código Penal.

impropia y que está comprendido en el artículo 65, con lo cual incurre en una inútil repetición a este respecto».

Como se evidencia de los textos legales transcritos y de la opinión de los eminentes juristas, en el delito de corrupción *siempre* está presente el ánimo de lucro; en ausencia de lucro, no hay corrupción. De allí que la Ley Orgánica de Aduanas utilizó antes de la reforma, al lado de la figura de la corrupción de funcionario aduanero, la de *asociación ilícita*, para cuya configuración no se requiere el ánimo de lucro, bastando el acuerdo entre el funcionario y el extraño con el propósito de hacer varias el tratamiento normalmente aplicable a la mercancías, para que se configure el delito. Esta previsión legal es de gran importancia desde el punto de vista práctico, pues impide que por la rendija de la ausencia de lucro, los funcionarios corruptos escapen a la acción de la justicia, dada la dificultad de probar la existencia de una promesa o la entrega de dádiva, dinero o materialización de una prebenda.

Así las cosas, todo consenso ilícito, lucrativo o no, entre funcionario aduanero y cualquier ciudadano para variar el tratamiento que de conformidad con la ley deba aplicarse a las mercancías, con el objeto de procurar un beneficio ilegítimo para su propietario o tenedor, constituye contrabando y debe ser penado como tal. En resumen, basta la participación del funcionario en la comisión del delito para que el delito agravado tenga lugar, sin necesidad de un determinado ánimo, ya sea de lucro o distinto a él.

El hecho de que la corrupción de funcionario aduanero, en los términos antes señalados, constituya contrabando, nos pone en presencia de un solo delito y no de los delitos de contrabando y corrupción, por separado, como a primera vista pudiera parecer. Por lo tanto, no hay concurso de delitos, ni ideal ni material, por cuanto para ello se requiere pluralidad de delitos y, por consiguiente, no se pueden invocar ni aplicar los artículos 90 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público ni el correspondiente de la Ley Orgánica de Aduanas, ambos referidos a un concurso delictual, en este caso inexistente. Cosa distinta sucedería si se comete delito con corrupción de funcionario y luego, para escapar a la acción de los funcionarios de control posterior, el tenedor de los efectos corrompe a dichos empleados. En este caso estaríamos en presencia de un concurso material, por cuanto cada hecho punible es el resultado de un acto encaminado a tal fin.

En el tipo de delito comentado, siempre está presente la figura de

la concurrencia de varias personas (a lo menos dos) en un mismo hecho punible, por lo que corrompido y corruptor (coautores) quedan sujetos, por igual, a las penas correspondientes al hecho perpetrado.²⁶

Como ya dijimos, para el momento en que se redactó nuestra Ley Orgánica de Aduanas, no existía la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) y estaban plenamente vigentes los capítulos y artículos del Título III del Libro Segundo del Código Penal, referente a los delitos contra la cosa pública. Dicho Código dedica el Capítulo II de dicho Título a la concusión y el Capítulo III a la corrupción de funcionarios. No así la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, quien enmarca la concusión y la corrupción dentro de su Título VI «De los delitos Contra la Cosa Pública». Esta modificación de nuestro sistema jurídico positivo, nos impone llamar la atención sobre el hecho de que la concusión, tipificada en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es delito diferente al de corrupción, tipificado en sus artículos 65 y 67.

Manzini –dice Grisanti– distingue la corrupción de la concusión tomando como criterio diferencial entre dichos delitos, principalmente, el objetivo jurídico de uno y otro de tales hechos delictuosos, así como también el carácter de delito bilateral que tiene la corrupción, en tanto que la concusión es unilateral. Y explica que, al incriminar la concusión se trata de impedir que los funcionarios públicos abusen de sus funciones para obtener provechos ilícitos, extorsionando o sonsacando lo que no se les debe. Lo que se castiga es, pues, la ávida procacidad del funcionario; y es su iniciativa en el hecho de extorsionar o sonsacar lo indebido, lo que se sanciona, puesto que «el que da o promete es una víctima del oficial público: es siempre sujeto pasivo del delito». En la corrupción, en cambio, lo que se persigue es la ilícita relación consensual entre el funcionario público y el extraño interesado: aquél cede aprovechando verazmente el oficio o traicionándolo por venalidad, a las acaparadoras iniciativas ajenas. «El acepta ignominiosa o pérfidamente, pero no agrede ni requiere. El que da o promete no es una víctima (así sea eventualmente interesada o aun deshonesto por otros títulos) del oficial público, como en la concusión, no es un sujeto pasivo del delito de él, sino que, por el contrario, conceptualmente es el instigador del delito, es decir, un copartícipe ... En la concusión el funcionario exige; en cambio, en la corrupción acepta».²⁷

²⁷GRISANTI F., Andrés. Op. cit. Págs. 827 y 828.

Pero no sólo por los antecedentes legislativos y doctrinales señalados la concusión no queda comprendida, como especie, dentro del género corrupción del funcionario aduanero. El comiso que debe aplicarse a las mercancías contrabandeadas, resultaría una pena odiosa por injusta en estos casos, por no decir la sanción pecuniaria o corporal que se le aplicaría al particular por el único *delito* de ser víctima de la condición corrompida del funcionario.

El delito de contrabando por corrupción de funcionario aduanero, exige un comentario respecto al pago de los tributos causados, pues en la concreción de este ilícito las mercancías llegan a una zona primaria aduanera, donde se verifica el consenso delictual. Esa llegada constituye el hecho imponible, el nacimiento de la obligación aduanera y tributaria, cuya extinción sólo es posible por los medios establecidos en la ley. En una buena parte de los casos habrá un declarante, un sujeto pasivo obligado a satisfacer los intereses del activo o, en otras palabras, a cumplir los requisitos y a pagar las cantidades que procedan por concepto de derechos de aduana. Por ello, además de las multas que resulten procedentes por aplicación de la Ley Orgánica de Aduanas, deberán liquidarse y cobrarse los derechos causados por las mercancías sobre las cuales se verificó el hecho imponible.

Autores, coautores y cómplices

Son autores del delito los autores propiamente dichos, los cooperadores inmediatos y los instigadores o autores psicológicos, es decir, los que han actuado en forma directa en la consumación del delito y sin cuya concurrencia el hecho no se hubiera realizado; son cómplices quienes hayan tenido una participación indirecta en el hecho delictivo, pero cuya influencia no sea de tal entidad como para que su ausencia hubiera imposibilitado la comisión del delito. Dentro de esta categoría se encuentran los excitadores, los auxiliadores y los encubridores o, en otros términos, los que han ayudado a la consumación del hecho antes, durante o después de su materialización. Para Grisanti Franceschi, el delito de encubrimiento lo comete quien ayuda de cualquier modo al autor de un delito, bien favoreciendo su ocultación a fin de que pueda eludir la acción de la justicia, bien mediante la adquisición de las cosas que han sido objeto de aquél, ya haciendo desaparecer las huellas o elementos

²⁸GRISANTI F, Andrés. Manual de Derecho Penal. Pag. 755.

comprobatorios del hecho delictuoso, con posterioridad a la comisión de éste y siempre que no haya habido concierto anterior al delito, ni haya contribuido a llevarlo a ulteriores efectos. La falta de concierto anterior distingue el encubrimiento de la participación criminal, como que, de existir tal concierto, habría ésta y no aquél.²⁸

o) Contrabando de mercancías prohibidas o reservadas

Las calificaciones de *prohibidas* o *reservadas*, solamente podrán realizarse a través del Arancel Aduanas²⁹, bien mediante el establecimiento de las notas 1 y 2 (importación prohibida o importación reservada, respectivamente) o de cualquier otro medio calificadorio. No podrá invocarse circunstancia agravante alguna, si las mercancías objeto del delito estuvieran sujetas a cualquier otra restricción o a suspensión.

Como es notorio, este literal no describe una conducta delictual, como tampoco señala si la prohibición o reserva es referente a la importación, exportación o tránsito; ante la falta de distinción, debemos entender que cualquier prohibición o reserva es suficiente para que se pueda invocar este literal.

p) Comisión del contrabando en ocasión de incendio, catástrofe, naufragio o de circunstancias perturbadoras de la tranquilidad y seguridad públicas

Se hace merecedor a pena agravada quien realiza contrabando aprovechándose del estado de temor, desazón, confusión, desorden, etc. provocados por terremotos, tumultos, incendios, inundaciones y situaciones calamitosas similares. Quien delinque en tales condiciones, debe ser visto como infractor de elementales principios de solidaridad social, mostrando de consuno condiciones de alta peligrosidad.

El fraude en aduanas

La Administración Aduanera puede incumplir con su obligación de controlar el ingreso y salida de mercancías, en virtud de error provocado mediante engaño realizado por usuarios que —de esta manera— evaden o disminuyen el pago de las debidas contribuciones, o se sustraen del cumplimiento de requisitos señalados como obligatorios por la Ley.

²⁹Ver artículo 84 de la Ley Orgánica de Aduanas.

³⁰Para Tulio Chiossone «todo acto humano tiene siempre una finalidad o propósito, porque

Quien introduce o extrae mercancías por lugares no habilitados incurre en contrabando, pero no engaña, no vicia la voluntad de la oficina aduanera, si bien escapa a ella. Por el contrario, quien presenta ante la aduana un documento falso, alterado, adulterado, forjado o expedido irregularmente, o bien aparenta mediante troqueles o sellos la entrega de dinero a las oficinas receptoras de fondos nacionales, o destruye documentos para evitar el cumplimiento de una obligación comete contrabando mediante engaño, sorprendiendo la buena fe de la Administración y, consecuentemente, viciando su voluntad que –si bien se pronuncia libremente– se expresa equivocadamente como consecuencia de error generado por los artificios o embustes que la han distorsionado.

Los literales e) y g) a la k) del artículo 105 no son más que variaciones de un mismo planteamiento: quien voluntariamente se sustrae a obligaciones u obtiene beneficios mediante engaño a la aduana, comete contrabando. No se castiga el engaño en si mismo, si no la lesión que –por la voluntad del actor– se produce o se pretende producir mediante la utilización del medio engañoso a objeto de hacer incurrir en error al sujeto pasivo del delito y obtener de esa manera un beneficio impropio. Los literales en análisis no admiten la simple culpa; por el contrario exigen el dolo, en cuya ausencia sería otro el tipo delictual, de ser alguno invocable. La redacción utilizada por el legislador no nos permite razonar de otra manera, pues señala la persecución de fines antijurídicos con las locuciones: «...con el objeto de acceder a un tratamiento preferencial, de evitar la aplicación de restricción u otra medida a la operación aduanera o en todo caso, defraudar los intereses del Fisco Nacional»; «...destinados a aparentar el pago o la caución de las cantidades debidas al Fisco Nacional».³⁰ Además, señala como delito el respaldo a las declaraciones con medios capaces de engañar y producir decisiones administrativas erróneas distintas a las que en deberían producirse de no mediar la falsedad, alteración o forjamiento documental. La Ley trata ciertas manipulaciones de los documentos (sustitución, destrucción, adulteración, forjamiento) dirigidos a producir una apariencia injustamente provechosa para el manipulador. El dolo consiste en la intención que antecede al acto –por parte del sujeto activo– de pretender un tratamiento aduanero distinto al que legalmente le corresponde.³¹

Pero no basta que esté presente el deseo de engañar para lograr beneficio propio o ajeno. Es necesario que los medios que se utilicen sean idóneos, que las artimañas utilizadas sean lo suficientemente insidiosas

o astutas como para engañar al funcionario aduanero. Así, si un usuario presenta una factura evidentemente falsa o alterada o con valores que no tengan relación alguna con la realidad comercial, no podríamos hablar de engaño, pues no toda mentira es capaz de engañar y, en consecuencia, podemos estar en presencia de otro delito o falta.

Se han dado casos en que un importador presenta factura y declaración señalando un valor que constituye apenas una milésima parte del real. Una mentira tan gruesa y evidente, es incapaz de llamar a error a un funcionario medianamente avezado y –por tanto– mal se podría considerar que se está en presencia de un medio engañoso lo suficientemente hábil como para inducir a engaño y producir el error necesario para hacer posible el daño ajeno y el provecho propio.

La calificación de esta idoneidad es ardua tarea para el juzgador sobre la que se ha hablado y escrito mucho cuando se analiza el delito de estafa. Hay quienes sostienen que la intensidad del engaño debe medirse sobre la base de una prudencia media, mientras que otros consideran que el juez debe analizar cada caso en particular y hurgar en las condiciones intelectuales del estafado. Esta última posición ha ido tomando cuerpo ante la imposibilidad de determinar valores intelectuales medios entre la inmensa disimilitud de los seres humanos. A los fines que interesan a este estudio, puede presumirse que un funcionario aduanero a quien corresponde determinar el régimen jurídico e impositivo aplicable a las mercancías objeto de operación aduanera, tiene conocimientos y experiencias que no son propios de personas que no desempeñen estas funciones, por lo que el medio engañoso debe ser evaluado sin perder de vista estas especiales características.

La falsificación, adulteración, forjamiento, etc. de facturas, ~~conocimientos de embarque y demás documentos privados propios del~~ de lo contrario estarían vacíos de contenido. Inicialmente hay siempre la intención de realizar determinado acto, aun cuando sus consecuencias sean diferentes. En la elaboración de los tipos delictivos, por lo general, no se describe el fin o propósito del acto transgresor, y es por excepción que el legislador lo hace en aquellos casos en que la finalidad es la razón misma de la existencia del hecho punible.» Tomado de *Teoría del Hecho Punible*. Pág. 153

³¹ Eugenio Cuello Calón considera que el «dolo es la *voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso*, o simplemente *la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso*. No es justa la noción, frecuente entre los penalistas, que considera el dolo como «intención de ejecutar un hecho delictuoso», pues ésta equivale a estimarlo como intención de violar el derecho, presupone un ánimo dirigido de modo preponderante a la lesión del orden jurídico; el dolo es la intención de ejecutar un hecho a pesar de ser delictuoso.» (Cursivas en el original). Tomado de *Derecho Penal*. Pags. 317 y 318.

³² Editorial Jurídica de Colombia. Recopilación bajo el título *La Falsedad Documental*. Pág. 61

comercio internacional o de la actividad aduanera en sí no es delito, como tampoco lo sería poseer el troquel de un banco o el sello de una aduana; lo que resulta sujeto a pena es el uso de esos documentos o artefactos, por lo que el momento consumativo del delito sería el de la consignación ante la oficina aduanera de tales documentos o –en el caso de troqueles y sellos– el de la presentación ante la aduana de los documentos sellados o troquelados de forma irregular.

Asunto distinto es la falsificación, alteración, simulación o forjamiento de documentos públicos. Por un lado, el derecho penal ordinario hace notorias diferencias entre la manipulación indebida de unos y otros; en lo que a los asuntos aduaneros respecta, debemos empezar señalando que los oficios de clasificación arancelaria, delegaciones, permisos, licencias, certificados y similares son documentos públicos por haber sido emitidos por órganos del Estado pero –igual a lo que sucede con los documentos privados– es su consignación ante la aduana lo que consume el delito aduanero. Antes de esa consignación, no se ha cometido contrabando.

«La mera falsedad del documento privado, mientras permanezca en propiedad del falsario, no lesiona ningún bien. Apenas constituye, dentro de los estadios del iter criminis, los actos preparatorios. La misma etapa en que se encuentra quien compra el arma para la comisión del homicidio. Puede suceder que quien habiendo dado comienzo a la falsificación de un documento privado para usarlo, sea sorprendido antes de consumir la falsedad, o que cualquier otra circunstancia ajena a esa voluntad le impida utilizar el documento falso, como lo pretendía, en cuyo caso se presentará la tentativa.»

«Usar se refiere al uso que, por ley o por convenio de los particulares está destinado el documento, vale decir, a establecer o modificar situaciones jurídicas. Esta precisión permite algunas exclusiones obvias: no usa el documento quien lo emplea como combustible, o para embalar objetos o con una dirección diferente para la cual fue creado... El uso debe constituir un hecho jurídicamente relevante, o sea, inducir en error grave a una o varias personas sobre la validez jurídica del documento privado de que éste carece en razón de una falsedad. Se ha dicho que el uso del documento falso es simplemente una condición de punibilidad, es decir, la falsificación de documento privado es punible si el falsificador usa tal documento.»³²

Puede darse el caso de un documento que no se consigna, pero

se muestra al funcionario a objeto de inducirlo a error. Tal sería el de la presentación ante el reconocedor de un Oficio de clasificación arancelaria adulterado con el objeto evitar la aplicación de una restricción o la aplicación de una tarifa más elevada. De acuerdo a la Ley se habría cometido un contrabando, pero estaríamos ante un problema de probanza, pues si no queda constancia en el acta de reconocimiento de la presentación del citado Oficio, resultaría difícil establecer la inducción a error mediante esta artimaña.

Pocos documentos han sido presentados a las aduanas con fines tan aviesos como la factura comercial. Al referirse a las facturas falsas, Carlos Fontán Balestra opina: «La falsedad puede consistir, en primer lugar, en documentar una venta que no se realizó, en cuyo caso la falsedad es total; puede consistir, también, en la modificación de los datos consignados en la factura, tales como la cantidad, la calidad, el precio o los vicios aparentes u ocultos de las mercaderías; la fecha, el plazo o cualquier otra circunstancia que produzca el efecto de dar a la factura un valor crediticio que no sea el que corresponde a las verdaderas condiciones de la compraventa realmente efectuada. Se trata de un caso de falsedad ideológica, puesto que la factura en su aspecto material, no es falsa; lo es en lo que documenta.»³³

Cosa similar puede decirse de los sobordos, conocimientos de embarque, guías aéreas y de encomienda que cada día son más manipulados o destruidos para hacer desaparecer pruebas de introducciones o extracciones subrepticias de mercancías. La entrega de cualquiera de ellos a la autoridad aduanera constituye el momento consumativo del delito. Quien entrega lo hace —obviamente— para lograr un fin antijurídico pasado por el tamiz del engaño, el error y el consentimiento viciado del órgano estatal.

La falsedad de los documentos puede ser material o ideológica. Es lo primero cuando se confecciona un documento falso o se altera uno verdadero. Es ideológica cuando en un documento auténtico se consignan o insertan hechos o declaraciones falsas, por lo que este tipo de falsedad sólo puede estar presente en documentos públicos, aun cuando muchos autores mantienen posición diferente.

Adulterar un documento es alterarlo, bien incluyendo manifestaciones no formuladas por el otorgante, pero sólo mediante sustitución o

³³ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, Pag. 513.

³⁴ *La Falsedad Documental*. Pags 73 y 74

supresión.

Alterar un documento es sustituir una parte de él por otra o agregarle lo que no tenía. Para la alteración debe existir un documento genuino que se altera, pero no se forma. La simple corrección de errores materiales no es delictuosa, pues no tiene como objeto viciar el contenido ni produce –ni siquiera potencialmente– un daño jurídico, económico o de cualquier otra índole.

«Hacer un documento es imitar los signos de autenticidad (escritura, firmas, sellos). Hacerlo en todo es atribuir u texto a quien no lo ha otorgado, crear el documento con todos los signos de autenticidad que requiera para producir efectos jurídicos; no es indispensable que se imite un documento verdadero ya existente, pero si que se trate de una falsificación que, idóneamente, pueda hacer pasar el documento como verdadero; entonces tenemos que se debe dar una atribución del tenor del escrito a alguien, sin cuya atribución no habrá tipo (p. ej. un recibo sin firma); ese alguien debe ser una persona existente o que ha existido, pues si se atribuye a personajes ficticios, el eventual perjuicio no procederá de la falsificación misma, sino del uso del documento «inventado», lo que puede ser vehículo de otros delitos (p. ej. defraudación), pero no falsificación de documento, aunque hay que reconocer que una fuerte corriente de la doctrina y la jurisprudencia admite también la tipicidad de la falsedad documental cuando el tenor se atribuye a persona inexistente, pero en los ejemplos que se invocan para avalar esa apreciación nunca falta la atribución de un tenor a personas que realmente existen o han existido (p. ej. imitación de una escritura pública donde la persona que no existe ni existió es aquel a quien se hace figurar como el notario que da fe del acto).»³⁴

El literal k) del artículo 105 requiere un comentario especial. Allí se trata lo referente a la alteración, sustitución, destrucción,³⁵ o forjamiento de declaraciones, actas de reconocimientos, actas sobre pérdidas o averías, actas de recepción o confrontación de cargamentos, resoluciones, facturas, certificaciones, formularios, planillas de liquidación y autoliquidación y demás documentos propios de la gestión aduanera.

Dentro de un esquema lógico, no es posible admitir que la simple destrucción o alteración de un documento propio de la gestión aduanera

constituya delito y acarree el comiso de las mercancías y demás penas establecidas en la Ley.

Por ejemplo, la destrucción o adulteración de una factura que se encuentra en manos del comprador no es punible, por cuanto ni siquiera constituye un acto preparatorio del contrabando, pues, como ya hemos dicho, la adulteración de documento privado en si misma no es delito, hasta tanto sea usado con el objeto de engañar y producir un error que produzca un beneficio ilegítimo.

Por lo tanto, debemos entender que el literal comentado se refiere a documentos que reposen en las oficinas aduaneras y que sean manipulados con posterioridad a su ingreso a ellas, con el objeto de obtener un provecho injusto con perjuicio de algún bien tutelado por el Estado.

Una interpretación distinta a la que aquí señalamos, daría pie a un agudo estado de inseguridad jurídica, pues los usuarios de las aduanas quedarían sujetos a la aplicación de penas diversas por hechos que se encuentran fuera de su control, como sería el caso de un incendio en los archivos de una aduana o la destrucción por error de material archivado antes de que se venza el plazo acordado para ello por las disposiciones legales que regulan la materia.

Este literal sería de más fácil interpretación y mejor aplicación si al igual que sus homólogos g) y h) hubiese señalado el fin perseguido con la alteración, sustitución, destrucción, etc., pues –por ejemplo– múltiples pueden ser las causas de la destrucción de documentos (incendio, inundación, conmoción civil, terremoto) sin que ello signifique infracción a la ley. Además,

³⁵ Arenas Salazar entiende por destruir el arruinar o deshacer algo. Desde el punto de vista jurídico penal, se debe entender de todas maneras como la acción mediante la cual se reduce a la nada un documento. Una acción mediante la cual se aniquila un documento quitándole lo que tiene de esencial, que es su función representativa.

Puede ocurrir que este aniquilamiento se limite a lo documentado exclusivamente, como cuando se borra lo que hay escrito en un papel, o una cinta magnética o en cualquier registro técnico impreso, o en cualquier contenedor electrónico de información. En este caso el soporte material del documento: papel, cinta magnetofónica, «diskette», fibras, etc., perduran.

Se puede dar también el caso de que la acción no se limite simplemente a lo documentado, sino que se extienda al soporte material de lo documentado, como cuando se incinera o se destroza. De todas maneras, sea lo uno o lo otro, para los efectos legales se hizo desaparecer el documento. (Tomado de *Delito de Falsedad*, de Jorge Arenas Salazar. Pags. 101 y 102).

³⁶ Tureta Goyena, José. Delitos de Falsificación Documentaria y Estafa. Pag. 133.

³⁷ Para Cuello Calón «el objeto material del delito es la persona o cosa sobre las que recaen

podría suceder que alguien manipule los documentos de un embarque a espaldas de su propietario y éste resulte injustamente inculcado en un hecho delictivo.

Sobre la destrucción de documentos, comenta Iureta Goyena en los siguientes términos: «... la destrucción de un documento probatorio, para los viejos maestros no constituía falsificación. Los juristas modernos encaran este hecho con un criterio diametralmente distinto. Para ellos la destrucción de un documento probatorio equivale jurídicamente a la creación de un documento probatorio falso. Me parece que este criterio es digno de aprobación. Romper un documento suscrito por Juan a favor de Pedro, por la suma de diez mil pesos, prácticamente equivale a hacer un documento de liberación suscrito por Pedro a favor de Juan por la misma cantidad. Los efectos económicos y jurídicos son idénticos, y lo natural es que el legislador los identifique o conglomere desde el punto de vista de la criminalidad.»³⁶

Contrabando sin mercancías contrabandeadas

Los literales g) al j), ambos inclusive, del artículo 105 de la Ley que rige la materia, parecen dar inicio a una modalidad de contrabando que difiere profundamente del concepto doctrinario que sobre este delito ha sido sostenido por siglos. Al construir tipos que contienen los elementos existenciales de la estafa como son el dolo, el engaño, el error, el daño ajeno y el provecho injusto, las mercancías dejan de ser el objeto material del delito, entendiéndose por objeto material,³⁷ «la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable. Como se ve, en algunos casos, sujeto pasivo y objeto material puede ser la misma cosa, mas esto sólo es posible cuando el objeto material del delito es un hombre vivo. Por ejemplo, en el homicidio, en el rapto, etc. En cambio, los muertos, los animales y las cosas pueden ser objetos materiales únicamente. Tomemos un ejemplo que ofrezca todos los supuestos: en el caso de sustracción de valores de una caja fuerte, objeto material son los valores sustraídos, sujeto pasivo, el dueño de los valores sustraídos, objeto jurídico el derecho de propiedad violado, y “cosa alcanzada por la acción”, la caja fuerte.»³⁸

el delito; por tanto, pueden ser objetos materiales del delito el hombre, vivo o muerto, las personas colectivas, el Estado; en algunos casos el objeto material del delito puede confun-

Circunstancias atenuantes del contrabando

La ley Orgánica de Aduanas establece dos atenuantes específicas del contrabando: la entrega voluntaria de no menos del cincuenta por ciento (50%) de los efectos no aprehendidos y el facilitar el descubrimiento o la aprehensión de los efectos objeto del delito.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el cincuenta por ciento a que se refiere la Ley no es del total de lo contrabandeado, sino de lo no aprehendido; pero aun así, desde el punto de vista práctico esta circunstancia atenuante es de difícil aplicación, por cuanto el juzgador se verá obligado a conocer, con toda certeza, la cantidad de efectos que constituían la totalidad del alijo, como paso previo e indispensable para determinar su mitad. Es posible que en algunos casos esta determinación pueda realizarse, pero en su mayoría ello no será posible por razones obvias.

A diferencia de otros delitos, en el contrabando no existe el desistimiento voluntario (llamado por algunos tratadistas desistimiento espontáneo), pues el delito ya estará cometido apenas se inicien los actos preparatorios para su ejecución. Por ello, el legislador aduanero debió estar motivado durante la redacción del texto legal, a mermar, mediante una oferta de disminución de la pena, los efectos perniciosos del delito, incitando al delincuente a devolver o a permitir el descubrimiento o la aprehensión de los efectos objeto del delito. En este sentido se pronuncia el Modelo de Código Tributario para América Latina, al señalar que la característica esencial del contrabando es la violación de normas establecidas por razones de orden público como, por ejemplo: la protección a la industria nacional (prohibición de ciertas importaciones), preservación de la salud (prohibición de introducir estupefacientes), defensa de la moral y tranquilidad públicas (introducción de armas o libros obscenos), protección de las existencias de productos (prohibición de exportar ciertas mercaderías), defensa de la moneda (prohibición de importar o exportar metales preciosos).³⁹ En otras

dirse con el sujeto pasivo del mismo; también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados (v. g. La cosa robada)». Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Pag 283.

³⁸ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Pag. 367.

³⁹ OEA/BID. *Modelo de Código Tributario para América Latina*. Pag. 74.

⁴⁰ Ver el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

palabras, las circunstancias atenuantes del delito aduanero parecen obedecer más a un interés de persuadir al delincuente a devolver los efectos para menguar la entidad del daño que la internación o extracción ilícitas puedan provocar, que a la gradación de la actividad criminal.

Las penas por contrabando y el cálculo de los impuestos para su aplicación

Antes de la reforma de que fuera objeto la Ley Orgánica de Aduanas, las personas incurso en el delito de contrabando eran penadas tomando en cuenta los impuestos arancelarios correspondientes a los efectos objeto del delito. De esta manera el legislador recogió una característica inherente al impuesto aduanero: su fin primordialmente económico y protector. Cuando la pena depende del impuesto se asume que a mayor impuesto mayor rechazo a una determinada mercancía y, en consecuencia, mayor sanción; así, las materias primas en general son poco gravadas, mientras que los bienes suntuarios lo son en alto grado.

Con posterioridad a la reforma —por ejemplo— las introducciones ilegales de un tractor cuyo valor en aduana sea de veinte millones de bolívares y la de un alijo de motocicletas de lujo con igual valor, serían igualmente penadas, a pesar de que las políticas comerciales aplicables a estos dos tipos de bienes sean necesariamente distintas y el país requiera equipos y artefactos para la labranza y no vehículos de lujo que en nada colaboran con el desarrollo económico.

Esta penalización *plana* donde se obvia tanto el daño económico como el fiscal y donde lo único que se toma en cuenta es el valor de los efectos, parece no tener asidero lógico alguno. Igualar mercancías sujetas a elevadas tarifas arancelarias con las que tienen tarifas mínimas de orden estadístico, es tan grave como reconocer que los impuestos aduaneros se aplican al voleo y que tan agresiva al bien común resulta la internación ilegal de mercaderías industrial y económicamente inocuas, como las que quiebran empresas, aumentan el desempleo y extienden la pobreza.

El párrafo único del artículo 108 impone un comentario. Allí se dice que en los casos de mercancías exentas o exoneradas de gravámenes o libres de impuestos de conformidad con lo previsto en el Arancel de Aduanas o

liberadas en el marco de tratados o convenios internacionales, etc., la multa aplicable será equivalente al valor en aduanas de las mercancías.

Del texto se desprende que el redactor de la reforma consideró que la cualidad de exentas de las mercancías es inmanente a ellas, que es una característica que les es propia de pleno derecho. Según este criterio, tendremos harina de trigo exenta, automóviles exentos, balones de fútbol exentos, etc. etc. Nada más falso. Ninguna mercancía está exenta por naturaleza, pues tal condición se la confiere el carácter especial del importador o —más apropiadamente— del consignatario que las acepte. Están exentos del pago de gravámenes aduaneros los efectos pertenecientes al Presidente de la República, en los términos señalados en el segundo párrafo del artículo 30 de la Ley Orgánica de Aduanas. Igual condición tienen las mercancías propiedad de institutos autónomos cuya ley de creación les otorgue la exención de gravámenes aduaneros; igual beneficio en lo que se refiere a impuestos reciben los importadores ubicados en zonas, puertos, almacenes libres o francos y digo importadores para recordar que tanto exenciones como exoneraciones operan en beneficio del sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria y no los bienes, los cuales jamás pueden ser sujetos de obligaciones ni de derechos.

¿Pueden existir mercancías contrabandeadas y exoneradas? Ello no es posible en los casos de introducción o extracción subrepticia por lugares no habilitados, pues aun cuando en manos del contrabandista repose una orden de exoneración que pudiera aplicarse a los efectos objeto del delito, la ausencia de causación de los gravámenes aduaneros produce —fatalmente— inexistencia de deuda para con el Fisco, por lo que nada habría que exonerar.

Como punto previo e indispensable y a riesgo de incurrir en perogrullada, es necesario puntualizar que mercancías exoneradas son aquellas a las que se les ha aplicado una orden de exoneración en virtud de una promesa previamente hecha en tal sentido por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Hacienda. También es bueno señalar que la aplicación de la exoneración requiere —necesariamente— que se hayan determinado los tributos causados y que la deuda sea líquida, es decir, que su cuantía sea cierta.

Pero ¿Qué sucede en los casos en que las mercancías llegan a una aduana habilitada para la operación de que se trate y es allí donde se comete

el contrabando? Lo primero que tenemos que revisar es cuál es el literal del artículo 105 aplicable a la conducta del delincuente. Si el contrabando se comete mediante fraude documental, el momento consumativo del delito sería el de la presentación ante la aduana del documento irregular. Consumado el delito, todo lo actuado con posterioridad es nulo, pues el procedimiento legalmente establecido para estos casos no es el propio de una operación aduanera, si no el que corresponde a los casos de contrabando. Así, el pronunciamiento de la aduana en el sentido de aplicar la orden de exoneración y permitir el levante de las mercancías sería nulo de nulidad absoluta, pues tales decisiones estarían siendo dictadas con prescindencia total y absoluta del procedimiento *legalmente* establecido.⁴⁰

El legislador utilizó un ingenioso artificio para agravar las penas cuando las mercancías contrabandeadas sean de operación aduanera prohibida, reservada a la Nación o sometida a otras restricciones condicionantes de su introducción o extracción: aumentó en un cincuenta por ciento (50%) el valor en aduanas de dichos efectos. De esta manera, una vez determinado el valor normal mediante la aplicación de las reglas de valoración aduanera, se aplica la ficción de que las mercaderías valen un cincuenta por ciento más; con ello, la pena pecuniaria establecida en el artículo 108 resultará incrementada.

El reformador incurrió en evidente error al redactar el artículo 109, al decir: «Cuando la operación aduanera relativa a las mercancías objeto de contrabando estuvieren sometidas a *prohibición*, *reserva*, suspensión, restricción, registro sanitario, o cualquier otro requisito arancelario condicionante de su introducción o extracción, el valor en aduana señalado en el artículo anterior será incrementado, a los fines del cálculo de la multa, en un cincuenta por ciento (50%).»

«En el caso de mercancías sujetas a *prohibición* o *reserva*, el valor en aduanas será incrementado, a los fines del cálculo de la multa, en un doscientos por ciento (200%).» Preguntemos: ¿El valor de las mercancías cuya operación aduanera se encuentre prohibida o reservada, deberá sufrir un incremento del cincuenta o del doscientos por ciento?.

Embargo y devolución de mercancías

Es obvio que el embargo de mercancías que autoriza el artículo 322 de la Ley Orgánica de la hacienda Pública Nacional, es una limitación al derecho de propiedad constitucionalmente consagrado y constituye una medida de aseguramiento de bienes sobre los cuales pudiera recaer pena de comiso por aplicación del artículo 110 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Con el advenimiento del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y su artículo 319, se discute si los fiscales del Ministerio Público y los jueces de control pueden entregar u ordenar la entrega de mercancías embargadas de conformidad con el referido artículo 322.

Para abordar cualquier caso concreto, debe determinarse –antes de entrar en cualquier otra consideración– si las mercancías constituyen el objeto material del delito. De ser así, la medida de aseguramiento debe mantenerse, pues caso contrario se corre el riesgo de que sea imposible aplicar el comiso y, por tanto, el fin último del contrabandista sería coronado por el éxito.

Cuando –por el contrario– las mercancías no sean el objeto material del delito, como sucede, por ejemplo, cuando se comete el contrabando tipificado en el literal h) de la Ley Orgánica de Aduanas, ellas no son imprescindibles para la investigación ni están sujetas a comiso y deben ser entregadas a la brevedad posible a quien muestre título de propietario. Esta titularidad debe probarse, preferentemente, mediante la exhibición del original del conocimiento de embarque, guía aérea o guía de encomienda, según sea el caso; a falta de estos documentos que prueban la propiedad a efectos aduaneros, pudieran admitirse otros, previa presentación de la garantía a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Por el contrario, cuando las mercancías sean el objeto material del delito, como ocurre cuando se comete el contrabando tipificado en el literal g) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías no deben entregarse, pues uno de los asuntos sustanciales a dilucidar durante el juicio es el comiso de los bienes, lo cual les confiere carácter de imprescindibles y los coloca al margen de la aplicación del mencionado artículo 319.

Entregar mercancías decomisables resultaría tan absurdo como devolver al ladrón las mercancías robadas o al estafador lo obtenido mediante su delito. El artículo 320 del Código Orgánico Procesal Penal sirve de referencia para apuntalar este criterio, pues no es simple coincidencia que las cosas robadas o estafadas son siempre el objeto material del delito y, por

ende, no pueden ser entregadas al delincuente.

CAPÍTULO XIV

CONTRAVENCIONES Y EVASION

Como ya lo hemos señalado, las obligaciones aduaneras trascienden las meramente tributarias. Ello hace posible que se cometan ilícitos que no constituyan contrabando ni afecten el derecho del Fisco de percibir el justo tributo. Tal es el caso de las contravenciones, que constituyen conductas ilícitas y en tal virtud punibles, sin que se enmarquen dentro de los delitos o de las defraudaciones.

Operaciones aduaneras que versen sobre mercancías prohibidas, o reservadas, restringidas o suspendidas sin que medie la correspondiente autorización

Antes de la reforma, el artículo 114 de la Ley Orgánica de Aduanas era, quizás, uno de los más controvertidos de cuantos la constituían. Al establecer las penas aplicables cuando la operación aduanera verse sobre mercancías prohibidas, por un lado, o reservadas a la Nación, restringidas o suspendidas por otro, dejaba al intérprete un amplio margen de especulación respecto a la procedencia de cobrar los impuestos, tasas y demás derechos causados por mercaderías sujetas a reserva o restricción, cuando el permiso o documento correspondiente no fuera presentado junto con la declaración.

El primer párrafo de dicho artículo no dejaba lugar a dudas en cuanto a la procedencia del comiso y del cobro de los impuestos, tasas y demás derechos cuando la operación se realizara con mercancías prohibidas; no así el segundo párrafo, que se iniciaba diciendo «Igual *sanción* se aplicará cuando las mercancías estén reservadas a la Nación...» Era menester preguntarse ¿Cuál era esa sanción?. Evidentemente que el comiso, pues no había otra citada en dicho artículo, habida cuenta de que los impuestos, tasas y otros derechos no tienen carácter de penas. Si por razones metodológicas hubiésemos sustituido el término *sanción* por la palabra *comiso*, en nada se hubiera alterado

el alcance y sentido de dicho párrafo, pero tampoco hubiéramos desatado el nudo de la controversia, por cuanto es criterio común y pacíficamente aceptado que el comiso es aplicable tanto a las mercancías prohibidas (en todos los casos) como a las sujetas a otras restricciones, cuando falte el permiso o documento exigible.

La pregunta medular era la siguiente: debían los consignatarios aceptantes y los exportadores pagar los impuestos, tasas y demás derechos a que se encontraban sometidas las mercancías, cuando ellas fueran decomisadas por aplicación del artículo 114 de la Ley Orgánica de Aduanas?

Si nos ateniamos exclusivamente al texto del segundo párrafo y restringimos el asunto a los límites de la interpretación gramatical, era necesario concluir que dicho pago era improcedente para las mercancías restringidas¹ y sólo procedente para las prohibidas, pero si queríamos ir más allá en la búsqueda del exacto alcance y sentido de la norma, debíamos hacer otras consideraciones en el contexto de nuestra legislación aduanera y tributaria.

Cuando las mercancías llegan (importación o tránsito) o ingresan (exportación) a la zona primaria de cualquier aduana habilitada para la respectiva operación, se verifica el hecho imponible² (hecho definido abstractamente por el artículo 86 de la Ley Orgánica de Aduanas como supuesto de la obligación) y se origina el nacimiento de la obligación tributaria³, la cual se extingue sólo por los medios legalmente establecidos (pago, compensación, confusión, remisión, declaratoria de incobrabilidad, prescripción⁴ y abandono voluntario⁵). Con la declaración de las mercancías por parte del consignatario o del exportador, se constituye el sujeto pasivo, obligado por presunción *iure et de iure* al cumplimiento de prestaciones tributarias, de las cuales sólo pueden liberarse por los medios que la ley señala. Si llegáramos a una conclusión diferente, le estaríamos confiriendo a la contravención un efecto liberatorio ética y legalmente inadmisibles.

Pero aún después de haberse analizado el asunto en estos términos,

¹En el Título III de la Exposición de Motivos de la LOA, se lee: «Las mercancías quedan clasificadas en no gravadas, gravadas, prohibidas, reservadas y sometidas a otras restricciones, con lo cual se quiere manifestar que las prohibiciones y reservas son también restricciones».

²Ver artículo 35 del Código Orgánico Tributario.

³Ver artículo 14 del Código Orgánico Tributario.

⁴Ver artículo 38 del Código Orgánico Tributario.

cabía preguntarse: ¿Por qué se utilizó una redacción capaz de promover tantas dudas y controversias?. Sin lugar a dudas, la redacción utilizada no fue la más feliz, pues el abundamiento en el primer párrafo con respecto a la exigibilidad del pago de los impuestos, tasas y demás derechos causados, indujo a error en la interpretación del segundo. Pero, era necesaria la existencia de dos párrafos? Si, por la misma razón que son dos las reglas aplicables, según que se trate de mercancías prohibidas o de sometidas a otras restricciones. El régimen aplicable a las mercancías prohibidas es absoluto: comiso y pago de los derechos causados. No lo es así para las mercancías reservadas a la Nación, restringidas o suspendidas; para estas últimas, el comiso sólo es aplicable cuando «la autorización, permiso o documento correspondientes no fuesen presentados junto con la declaración», pues de efectuarse tal presentación no habría actuación ilícita que diera lugar a la aplicación de sanción alguna. En todos los casos, medie o no contravención, el pago de los impuestos, tasas y demás derechos causados resultaba inobjetablemente procedente.

Caso similar a este, desde el punto de vista de la obligación de pagar los tributos, es el del abandono legal por quienes hayan aceptado la consignación de los efectos. El hecho de que las mercancías no hayan sido extraídas de los lugares de almacenamiento, no libera al consignatario aceptante o al exportador de las obligaciones adquiridas, pues tanto las obligaciones aduaneras como las netamente tributarias constituyen vínculos de carácter personal, no afectados por la suerte que corran las mercancías, aun cuando admitan garantías reales o privilegios especiales. Debe quedar claro que el sujeto pasivo (consignatario aceptante o exportador) siempre será una persona natural o jurídica y nunca un objeto incapaz de ser sujeto de derechos o de obligaciones.

Esta conclusión es válida aun antes de la reforma del Código Orgánico Tributario efectuada en mayo de 1994. Con motivo de tal reforma, «Para los tributos aduaneros este Código se aplicará en lo atinente a los medios de extinción de las obligaciones...», para señalar luego, en su artículo 38, que la obligación tributaria se extingue mediante pago, compensación, confusión, remisión, declaratoria de incobrabilidad y prescripción. Estas formas de extinción de las obligaciones, junto con el abandono voluntario establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, son los únicos medios legalmente admitidos para que desaparezca la obligación, una vez que haya ocurrido el hecho imponible y se hubiese configurado el sujeto pasivo mediante la declaración

de aduanas correspondiente.

Incumplimiento de las obligaciones y condiciones bajo las cuales hubiere sido concedida una autorización, delegación, permiso, licencia, suspensión o liberación

El derecho de propiedad sobre mercancías que hayan sido objeto de operación aduanera bajo las figuras de exención o liberación de gravámenes, de suspensión o de delegación, permiso, licencia, autorización o cualquier otra restricción,⁶ queda severamente restringido⁷ en cuanto a la libertad del propietario para disponer de los efectos conforme a su voluntad.⁸

Cuando el Ejecutivo Nacional somete a restricciones la importación, exportación o tránsito de determinadas mercaderías o concede una liberación de gravámenes por autorización y dentro de los términos establecidos en la ley, no lo hace de manera caprichosa o de espaldas a los intereses públicos que le corresponde tutelar;⁹ por el contrario, tanto la aplicación de restricciones como el acto administrativo autorizador que suspende los efectos restrictivos para cada caso en particular, o el régimen suspensivo concedido, obedece a razones de interés público que sólo se logran si el propietario de los bienes cumple cabalmente las condiciones y requisitos tomados en cuenta para la concesión de la liberación, autorización, suspensión, permiso o licencia.

En el Capítulo II de su Título V, la Ley Orgánica de Aduanas confiere un tratamiento tripartito a las penas aplicables por el incumplimiento de las obligaciones y condiciones bajo las cuales hubiese sido concedida una

⁵Ver artículo 63 de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁶Exceptuando, por razones obvias, las liberaciones y suspensiones, estas restricciones solamente puede estar señaladas en el Arancel de Aduanas, pues toda calificación que no cumpla con esta finalidad resulta nula de nulidad absoluta, por mandato inequívoco del artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁷Estas restricciones al derecho constitucional de la propiedad sólo pueden establecerse por ley formal. Este imperativo de rango constitucional fue el que obligó al legislador aduanero a clasificar las mercancías en gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas y sometidas a otras restricciones, registros u otros requisitos (Art. 83), dejando al Arancel la calificación dentro de esa clasificación. Refiriéndose al artículo 115, señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas: «Contempla el proyecto una multa cuando la mercancía sujeta a reserva o restricción impone una obligación que luego no se cumple, como ocurriría si el beneficiario de una licencia no utiliza luego los efectos con el fin declarado para obtenerla, o si no es el verdadero propietario de aquellos.»

⁸Ver artículo 545 del Código Civil.

⁹Además de apreciar adecuadamente el otorgamiento de suspensiones, liberaciones, permisos, licencias u otros requisitos o restricciones, la Administración debe cumplir con las formalidades que le impone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en cuanto

autorización, delegación, permiso, licencia, suspensión o liberación: a) Por la utilización o disposición de las mercancías o sus envases o embalajes exonerados, liberados o suspendidos de gravámenes aduaneros, en un fin distinto al considerado para la concesión del beneficio; b) Por la utilización o disposición de mercancías exentas de gravámenes aduaneros por terceras personas o con fines distintos a los autorizados y, c) Por último, por la falta de reexportación o nacionalización o utilización no autorizada de mercancías internadas bajo el régimen de admisión temporal.

Con las restricciones arancelarias el Estado persigue y logra crear las condiciones para ejercer una serie de controles que de otra manera podrían resultar ilegales e, incluso, inconstitucionales. La propiedad, garantizada constitucionalmente, es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley; por ello, esas limitaciones deben estar fijadas dentro de un marco que atienda el carácter legal que exige la Constitución a las restricciones a la propiedad y que no vulnere el derecho de los ciudadanos a la igualdad y seguridad jurídicas.

Atenta a ese principio constitucional que demanda rango legal para las restricciones a la propiedad, la Ley Orgánica de Aduanas establece en su artículo 83 la clasificación de las mercancías desde el punto de vista aduanero (gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas y sometidas a otras restricciones, registros o requisitos); es en ese artículo donde se fundamenta todo el andamiaje de las restricciones arancelarias, las cuales solamente podrán realizarse a través del Arancel de Aduanas.

La supervigilancia sobre determinadas mercancías que logra el Estado mediante los mecanismos restrictivos, se tienen que materializar en una serie de condiciones de carácter general que imponen al sujeto pasivo aduanero ciertas obligaciones especiales cuya inobservancia lo hace acreedor a las penas establecidas en la Ley.

Dichas condiciones pueden estar directamente establecidas en la norma legal, como es el caso del requisito de que el consignatario o el exportador sea -según el caso- el destinatario o propietario real de las mercancías, o bien ser fijadas por el organismo competente para conceder la licencia, permiso, autorización, etc., en el momento de la emisión del acto administrativo correspondiente. Este tipo de acto administrativo es eminentemente discrecional, lo que no significa que pueda ser arbitrario, parcializado o caprichoso. La

discrecionalidad, a decir de Enrique Sayaguez Lazo, es la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad y conveniencia de la acción administrativa, dentro de límites de justicia, equidad, bien común y sin perder de vista, en ningún momento, el fin perseguido por la norma.

Las restricciones arancelarias son estados intermedios entre la prohibición y la absoluta libertad para importar, exportar o transitar. Así, por ejemplo, la importación de una mercancía puede ser provechosa para el país en determinadas épocas del año, pero dañina en otras; cierto ganado puede ser importado si es originario de países donde no haya epizootias, pero no de donde existan tales pestes; las armas de guerra pueden ser importadas por las Fuerzas Armadas Nacionales, pero no por otros organismos oficiales ni por personas privadas y así sucesivamente.

Las restricciones establecidas en el Arancel de Aduanas son de incalculable valor cuando es menester evaluar la oportunidad y conveniencia de que se realicen operaciones aduaneras con determinadas mercancías, atendiendo a su uso, origen y destinatario, momento de ejecución y otros factores que las pueden hacer aconsejables en unos casos y perjudiciales en otros. Resulta obvio que el régimen de limitaciones a que quedan sujetas las mercancías restringidas hasta su destrucción o utilización final, es inmanente a la restricción en sí. El Estado concede un permiso, autorización, delegación bajo condiciones específicas de obligatorio cumplimiento con las cuales se persigue el logro de determinados fines. Si no fuera así, el sistema de restricciones arancelarias no pasaría de ser un mecanismo dirigido a beneficiar a unos en perjuicio de otros, es decir, a contrariar principios básicos de justicia e igualdad ante la ley.

Para asegurarse de que el concesionario de una delegación, licencia, permiso o autorización cumpla con los requisitos en cuya ausencia no se lograrían los objetivos buscados por la Administración, es que la Ley Orgánica de Aduanas establece una vigorosa multa equivalente doble de los derechos de importación correspondientes a los efectos sobre los que verse la autorización, permiso o licencia. La redacción de la norma¹⁰ no deja lugar a dudas acerca de que la multa se calculará respecto a la totalidad de los derechos causados y no por la porción, si fuere el caso, con la que se realizó el incumplimiento; así, por ejemplo, si la licencia versa sobre diez mil carburadores para vehículos automotores, concedida bajo la condición de

a la emisión de actos administrativos.

que sean utilizados en la fabricación de motores y a quinientos de ellos se les destina a la venta al público, contrariando de esa forma la condición tomada en cuenta para la concesión, la multa aplicable tendrá como base de cálculo el impuesto correspondiente a todos los carburadores y no solamente el de los quinientos que nos sirven de ejemplo. Dicha norma no exige ni admite otra interpretación, ante la frase «*impuestos de importación legalmente causados*» utilizada por el legislador, a pesar de que la sanción pudiera resultar, en algunos casos concretos, exagerada y desproporcionada.

Mutatis mutandis, muchas de las consideraciones hechas con respecto a las restricciones arancelarias son aplicables a las exenciones y a las liberaciones de gravámenes aduaneros, por lo que en los siguientes párrafos nos dedicaremos al análisis directo de los artículos 116 y 117 de la Ley Orgánica de Aduanas, no sin antes hacer un breve comentario sobre el tercer párrafo del artículo 30 de dicha Ley.

El principio general es que quienes hayan declarado las mercancías se considerarán, a los efectos de la legislación aduanera nacional, como propietarios de ellas, quedando sujetos a las obligaciones y derechos que se causen con motivo de la respectiva operación aduanera. De esta manera, el legislador aduanero, utilizando una presunción que no admite prueba en contrario (*iure et de iure*), eliminó toda posibilidad de duda o controversia acerca del sujeto pasivo de las obligaciones aduaneras derivadas de la realización de cualquier operación de esta índole; pero el referido tercer párrafo rompe con esa presunción al exigir que el declarante sea el destinatario o propietario real de las mercancías, cuando éstas hayan sido objeto de liberación de gravámenes, licencias, permisos, registros, delegaciones o cualquier otra restricción contemplada en el régimen legal del Arancel de Aduanas. Así, el beneficiario de alguna de estas figuras debe ser, simultáneamente, declarante y propietario real de los efectos. Al referirse a la ruptura de dicha presunción respecto a las mercancías objeto de las figuras comentadas, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas, expresa que existe «la necesidad de exceptuar aquellas situaciones en las cuales las mercancías están sujetas a la aplicación de una liberación, licencia, permiso o delegación; en efecto, en estos casos la declaración deberá realizarse por el beneficiario, para que exista la coincidencia que exige carácter *intuitu personæ* o de intransferibilidad de tales liberaciones, licencias, permisos y delegaciones. Pero la facilidad en la evasión exige una norma que prohíba, a quien no es propietario real o destinatario, figurar como consignatario de los efectos.»

En síntesis, la Ley impone que consignatario aceptante y propietario sean una misma persona, cuando las mercancías sean objeto de liberación de gravámenes, suspensión o sujetas a cualquier tipo de restricción; en cuanto a las mercancías restringidas, esta calificación que debe estar fatal y necesariamente establecida en el Arancel de Aduanas, por expreso mandato del artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas.

La Ley no establece una sanción específica para quien presente ante la oficina aduanera donde se verifique el trámite una licencia, un permiso, una liberación, etc., acordado en beneficio de otra persona o por quien no resulte ser el propietario o destinatario real de los efectos sobre los que verse la operación aduanera. Si se tratara de una liberación de gravámenes inaplicable, la única consecuencia será la liquidación y exigencia de pago de la totalidad de los derechos causados; si fuera un permiso, licencia, delegación o similar lo inaplicable, las mercaderías deberán ser decomisadas atendiendo al contenido y alcance del artículo 114 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Esta Ley establece que las mercancías respecto de las cuales se haya concedido la exoneración de gravámenes aduaneros, deberán ser utilizadas exclusivamente por el beneficiario en los fines considerados para la concesión del beneficio. Esta disposición ataca dos aspectos fundamentales que vale la pena comentar separadamente: por una parte, ordena que los bienes sean utilizados de manera exclusiva por el beneficiario y, por la otra, que dichos bienes no reciban un fin distinto al considerado para conceder la liberación.

No se prohíbe ni es punible la enajenación a cualquier título de los efectos exonerados, si ella fue contemplada para la concesión del beneficio, así como tampoco se prohíbe ni se pena la enajenación o disposición de envases, embalajes, subproductos, residuos, desperdicios, desechos, retazos o remanentes de los bienes exonerados, si ellos se derivan del cumplimiento del fin acordado en el acto administrativo que concedió el beneficio. Así, por ejemplo, si se concede exoneración para la importación de telas para confeccionar trajes y éstas son utilizadas para tal fin, los retazos sobrantes pueden ser enajenados sin que con ello se incurra en ilicitud.

Lo que no se admite y está sujeto a pena, es que sea un tercero distinto al beneficiario de la liberación quien cumpla los fines acordados o que el destino que se dé a las mercancías sea diferente al autorizado por la Administración.

Así, por ejemplo, un comerciante que pide y obtiene una exoneración para la importación de productos que serán vendidos directamente al público consumidor, no debe mayorear con ellos ni destinarlos a la fabricación de otros productos; un industrial que obtenga la exoneración para materias primas han de ser utilizadas en su planta fabril, no debe enajenarlas a ningún título ni utilizarlas de una manera distinta a la señalada; es punible que el fin acordado (mezcla, manufactura, transformación, etc.), aun cuando sea el autorizado para la concesión del beneficio, sea realizado por persona distinta a la beneficiaria.

Lo que evidentemente quiere sancionar la Ley es la actitud engañosa de quien se beneficia con el sacrificio fiscal; no podía ser de otra manera, por cuanto la exoneración de gravámenes aduaneros siempre persigue objetivos clara y perfectamente definidos, los cuales no se pueden conseguir si el beneficiario de la desgravación no se ciñe estricta y exactamente a lo autorizado por el organismo oficial que concedió el beneficio.

El tratamiento aplicable a mercancías exentas de gravámenes aduaneros, guarda gran similitud con el aplicable a efectos exonerados, salvo algunas marcadas diferencias que vale la pena resaltar.

La multa aplicable tiene como base de cálculo el valor total de las mercancías y no sólo el de la porción con el cual se haya cometido la ilegalidad, si fuera el caso; pero la diferencia más notoria y que merece señalamiento especial es que el sujeto pasivo de la sanción no es el consignatario aceptante, sino quien ordene la utilización o disposición indebida de las mercancías exentas. De no ser así, resultaría, en la mayoría de los casos, uno el infractor y otro el sancionado, habida cuenta que, excepción hecha del Presidente de la República, quienes disfrutan de la exención de gravámenes aduaneros son personas jurídicas incapaces de querer por ellas mismas dado su carácter incorpóreo.

Tanto el Código Orgánico Tributario (COT) en el numeral 2 de su artículo 4º, como el artículo 46 de la vetusta Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, establecen el rango legal de las exenciones y exoneraciones. Sólo a la ley corresponde –dice el COT– otorgar exenciones y rebajas de impuestos; en tal virtud, en el derecho positivo nacional encontramos las exenciones establecidas en leyes especiales, muchas de las cuales tienen por objeto la creación de institutos autónomos.¹¹

Ubicados en este contexto, debemos reconocer la sapiencia mostrada

por el legislador al tratar lo relativo a la enajenación no autorizada de mercancías exentas de gravámenes. En estos casos, como en ningún otro, era de extraordinaria importancia y necesidad romper el principio de que quien haya declarado las mercancías estará sujeto a las obligaciones derivadas de la respectiva operación aduanera. En ausencia de esta previsión legislativa, resultaría penada la institución y no el verdadero infractor, en franca contradicción con principios fundamentales de justicia y de derecho penal.

En este punto es bueno llamar la atención sobre un error múltiples veces cometido en el medio aduanero: muchas leyes de creación de institutos autónomos establecen que la institución gozará de los mismos privilegios que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional acuerda al Fisco Nacional. Si observamos con atención dicha Ley, podremos notar que en ninguna parte de su extenso articulado se acuerda a favor del Fisco exención de derechos de ninguna especie. La figura que se hace presente cuando sea simultáneamente acreedor y deudor, es la de la confusión, definida con brevedad y precisión por el artículo 48 del Código Orgánico Tributario.

Mercancías importadas temporalmente no nacionalizadas o reexportadas oportunamente

Con prescindencia de otras medidas inherentes a la ejecución de la garantía prestada con motivo de la importación temporal de mercancías, la ley establece multa equivalente al valor total de las mercancías internadas bajo régimen suspensivo, si éstas no fueran nacionalizadas o reexportadas dentro de la vigencia del plazo concedido para su estadía en territorio aduanero nacional. En estos casos, la multa procederá inmediatamente después de vencido dicho plazo, no siendo legalmente viable ninguna actuación del consignatario, una vez acaecido dicho vencimiento, dirigida a evitar la sanción.

Igual sanción será aplicable cuando se dé a los efectos un fin distinto al determinado en la autorización de admisión temporal.

La Ley Orgánica de Aduanas preceptúa que los impuestos aduaneros correspondientes a las mercaderías admitidas bajo la figura de régimen temporal, deberán ser garantizados. Es evidente que esta exigencia de

¹¹ Ver artículo 142 de la Constitución

garantía versa exclusivamente sobre los impuestos, dado que las tasas deben ser pagadas en la oportunidad en que se verifique la operación y nada se dice respecto al monto de una eventual sanción.

La realidad, que en muchos casos desborda la previsión legislativa, pone a la Administración en situación incómoda cuando los introductores de efectos bajo régimen de admisión temporal no realizan su reexportación ni nacionalización, ni tampoco hacen acto de presencia a objeto de satisfacer la multa liquidada a su cargo. ¿Cómo debe actuar la Administración en esta circunstancia? ¿Quedan nacionalizadas las mercancías con motivo de la ejecución de la garantía? ¿Estamos en presencia de una infracción sancionada con pena de comiso? ¿Procede el embargo de los bienes, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional?

La procedencia del embargo a que se refiere el mencionado artículo 322, está sujeto a que se «encuentren pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso», lo cual no sería el caso, por cuanto la Ley únicamente preceptúa pena de multa.

En cuanto a si las mercancías quedan nacionalizadas con motivo de la ejecución de la garantía prestada por el consignatario para responder por la reexportación dentro del plazo señalado, se impone un análisis más detallado.

Como hemos señalado en otra parte de esta obra, la nacionalización de las mercancías, es decir, la transformación de mercancías extranjeras en nacionalizadas, es producto de un acto administrativo emanado del Jefe de la Oficina aduanera respectiva. En ausencia de tal acto no hay modificación de la nacionalidad, por lo que los efectos temporalmente admitidos mantienen inalterada su condición de extranjeros¹². Pero aun más, el texto del artículo 99 rompe toda duda en cuanto a la necesidad de que se realice el procedimiento dirigido a la nacionalización de estos efectos, cuando dice: «Las mercancías a que se refiere este Capítulo quedarán sometidas a los requisitos y formalidades previstas en esta Ley, que fueren aplicables. Cuando las mercancías de admisión temporal vayan a ser nacionalizadas, se cumplirán las respectivas formalidades, pudiendo en estos casos aplicarse

¹²Una de las características más importante de las destinaciones suspensivas es que no modifican la nacionalidad de las mercancías, dado el carácter temporal de la admisión o extracción.

las liberaciones de gravámenes que sean procedentes». Se hace obvio que no basta la extinción del crédito fiscal referido a los impuestos que se produce con la ejecución de la garantía (equivalente al pago), para que se perfeccione la operación aduanera y los bienes queden nacionalizados; es evidente que no se ha cometido contrabando ni infracción sancionada con comiso, así como tampoco se está en presencia de los supuestos de hecho imprescindibles para la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de Aduanas, los cuales no son otros que el retiro de la zona aduanera sin que se hubieren satisfecho todos los requisitos establecidos en la Ley o que dicho retiro se haya efectuado sin el cumplimiento de las condiciones a que quedó sometida su introducción y, además que, en ambos supuestos, no se haya pagado el crédito fiscal respectivo.

Las mercancías admitidas temporalmente y no nacionalizadas o reexportadas en su oportunidad quedan, entonces, en una situación muy peculiar: son extranjeras, no amparadas por ningún régimen temporal ni definitivo, pero no pueden ser embargadas, aprehendidas, perseguidas o decomisadas, por cuanto con su permanencia en el país no se configura ninguna infracción o delito que permita, dentro del marco de legalidad, aplicar cualquiera de estas medidas.

Quedan expeditos la aplicación de los mecanismos de retención para hacerse pagar la multa impuesta; así, las mercancías llegadas al mismo consignatario podrán ser retenidas hasta que el pago se efectúe, sin que ello obste para que se siga el procedimiento de *Juicio Ejecutivo* a que se refieren los artículos 197 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

Todo indica que la Ley considera suficiente castigo la multa confiscatoria (100% del valor) que ordena aplicar en estos casos, no advirtiendo que la presencia en territorio aduanero nacional de mercaderías extranjeras, no amparadas por un régimen especial, contraviene principios aduaneros fundamentales que vale la pena preservar y deja a dichas mercancías en una situación que debe ser calificada, cuando menos, de irregular.

De todas formas, no podemos perder de vista que una multa del cien por ciento (100%) del valor de un bien, es el equivalente dinerario del comiso que no es otra cosa que la pérdida del cien por ciento del valor del bien caído en dicha pena.

Mercancías de exportación reconocidas en almacén y no trasladadas oportunamente

a la zona primaria

Casi todos los países han establecido dentro de su legislación mecanismos para promover y facilitar las exportaciones. Enmarcada dentro de este orden de ideas, encontramos que la Ley Orgánica de Aduanas permite que el reconocimiento se efectúe en los propios locales del interesado o en el momento del envasamiento, con sujeción a las formalidades establecidas por vía reglamentaria.

Esta facilidad se acuerda a solicitud del exportador e impone a éste la obligación de cumplir con ciertos requisitos, entre los que ocupa lugar prominente el de trasladar el cargamento a la zona aduanera dentro de un determinado plazo, a los fines de perfeccionar la exportación.

La realización de reconocimientos fuera de los lugares señalados en la Ley, demanda una energía administrativa que supera con creces a la utilizada en los reconocimientos que se llevan a cabo en los patios y aduaneros. Por ello, el exportador a quien se le confiere una facilidad que se traduce en economía de tiempo, esfuerzo y dinero, en mejor presentación del embalaje de sus productos, en mayor seguridad respecto a pérdidas y robos y en disminución del riesgo de roturas y perjuicios similares, debe ser sumamente diligente en cuanto al traslado de las mercaderías reconocidas hasta la zona aduanera, a riesgo de hacerse acreedor de una multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor de las mercancías reconocidas al amparo de la comentada facilidad. De esta forma, la Ley sanciona el incumplimiento, establece una advertencia punitiva dirigida a desincentivar futuras actuaciones irregulares y recupera en su equivalente dinerario la energía administrativa utilizada sin ningún o con poco provecho, en virtud del incumplimiento del exportador.

Otras contravenciones

Los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Aduanas hacen pasibles de penas pecuniarias a los auxiliares de la Administración Aduanera y a los operadores aduaneros, respectivamente. Pero mientras el artículo 121 señala a los auxiliares: transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agentes de aduanas y mensajeros internacionales, el artículo 122 no hace lo propio con los operadores aduaneros, figura esta que tampoco aparece definida en otra parte de la Ley.

Comentemos algunos aspectos del artículo 121.

Mientras que el artículo 30 de la Ley que venimos estudiando dice que el agente de aduanas es la persona autorizada por el Ministerio de Hacienda para actuar ante los órganos competentes en nombre y por cuenta de aquél que contrata sus servicios en el trámite de una operación o actividad aduanera, este artículo lo sanciona directa y personalmente por retardo en la entrega de algunos de los documentos exigidos en la Ley, presumiendo de esta manera que el retardo le es imputable a él y no a su mandante. De esta manera de Ley inicia una dicotomía insana y caprichosa, sancionando ora al mandante, ora al mandatario, sin otro asidero que el capricho de su redactor.

Salvo este torcido abordaje de la Ley Orgánica de Aduanas, históricamente los mandatarios sólo responden ante su mandante —y no ante terceros— por las faltas u omisiones en que hubiesen incurrido con motivo de la gestión encomendada. Por razones que no vale la pena comentar aquí, nunca el Estado será más diligente en el cuidado de los intereses de los consignatarios y exportadores que los mismos consignatarios y exportadores. Así, si un agente de aduanas resulta errático, torpe, lento, técnicamente incapaz o con otras fallas o vicios que perjudiquen al mandante, este último está en plena libertad de buscar otro agente que cumpla con sus expectativas y no lo haga incurrir en gastos y retardos innecesarios.

La Ley Orgánica de Aduanas habla de auxiliares de la Administración Aduanera, pero ni indica el auxilio que se espera o exige de ellos. Pero sea cual fuese tal colaboración, constituye para el administrado una carga de muy dudosos resultados efectivos. En el ámbito de la actividad privada, cada cual sirve a quien contrata y paga sus servicios y esta realidad difícilmente puede ser modificada por disposiciones legales que nada tienen que ver con las realidades cotidianas.

Lo que si se logra con esta figura, es presentar al Estado como mendigante e inepto, buscando fuera de su propia estructura lo que internamente no puede lograr. Antes de poner sobre los hombros de los administrados cargas que no les corresponden, la Administración Pública debe pretender con ahínco que sus funcionarios cumplan cabalmente con sus deberes y que el administrado sea el centro del sistema. Preguntémonos parafraseando a González Pérez: toda la actividad y estructura administrativa ¿Para qué? «Me atrevo a creer que para el hombre, para la persona. Y digo me atrevo a creer porque, a fuerza de hablar de prerrogativas, de poderes exorbitantes, del interés público, de los servicios públicos, de la planificación, del desarrollo económico, uno llega a olvidarse que el fundamento y razón de

ser de esa ingente actividad administrativa, como el fundamento y razón de ser del Estado mismo, no es otro, en definitiva, que el hombre, su bienestar, hacer que su paso por la tierra sea más agradable, mejor.»¹³

El literal c) del artículo 121 trata de desarticular por la vía punitiva lo que se puede lograr con la presencia activa de la aduana al pie de los vehículos portadores. El abandono de los muelles por parte de la aduana, la eliminación de la confrontación de la carga y otras medidas igualmente erráticas hacen de los puertos nacionales paraíso de los contrabandistas. Así, los portadores descargan mercancías en exceso en espera de la oportunidad propicia para retirarlas en connivencia con funcionarios corruptos, sin que quede huella documental del estropicio.

La descarga de los vehículos es anterior a la entrega del sobordo. De esta manera, se descarga primero y días después se presenta éste, acomodado a las manipulaciones, acuerdos y extracciones subrepticias de mercaderías de las zonas primarias aduaneras.

Una aduana que opere con tamaña irresponsabilidad y falta de objetivos nunca encontrará en la ley soporte suficiente. Podríamos resucitar al ateniense Dracón para que redacte todas nuestras normas y poco lograremos con ello. No se debe poner sobre los hombros de la ley lo que compete al área estructural y organizativa de la Administración; haciendo proliferar las penas o elevándolas hasta límites insospechados no lograremos otra cosa que disminuir la majestad de la ley, convidando indirectamente a todos a violarla sin ningún empacho.

La evasión aduanera

Consideraciones generales

Constituye evasión de los derechos aduaneros la disminución total o parcial, por parte de los consignatarios aceptantes o de los exportadores, de las cantidades de dinero que en virtud de disposiciones legales debe percibir el Fisco con motivo de la realización de operaciones y actividades aduaneras.

Tal disminución debe versar sobre impuestos, tasas u otros derechos establecidos en la legislación aduanera; por tanto, no se inscriben dentro de este concepto la evasión que opere sobre tributos que, si bien pueden

¹³ González Pérez, Jesús. *El Administrado*. Pag. 8.

ser liquidados y/o recaudados por las aduanas, no tienen su asidero legal en dicha legislación.

En aduanas, sólo pueden ser evasores los declarantes de las mercancías, bien en calidad de consignatarios aceptantes o de exportadores. Quienes hayan declarado las mercancías se considerarán, a los efectos de la legislación aduanera, como propietarios de aquellas y estarán sujetos a las obligaciones y *derechos* que se causen con motivo de la operación aduanera respectiva. El término «*derechos*» utilizado en dicha locución es sinónimo de tributos y no de *facultades*, como a primera vista pudiera parecer, pues al observarse con detenimiento su contenido se hace evidente que todo el párrafo se refiere a cargas o deberes que pesan sobre los declarantes con motivo de la causación de los tributos y del régimen aduanero aplicable a los efectos objeto de la importación, exportación o tránsito.

A diferencia lo acaecido en el ámbito de los demás tributos, la evasión en aduanas es ajena a toda consideración de dolo¹⁴ o culpa¹⁵; basta que haya una conducta antijurídica que incida negativamente sobre el derecho del Fisco de percibir la totalidad de los tributos causados, para que se configure la evasión y queden expeditas las vías para que se exija el resarcimiento y se impongan las penas a que haya lugar.

La evasión del pago de los derechos aduaneros constituyen infracciones objetivas, por lo que la sola violación de la ley formal constituye infracción y produce sus consecuencias, sin que resulte jurídica ni materialmente relevante determinar si el incumplimiento de los deberes legales se realizó intencionalmente (con dolo) o por simple negligencia o impericia (culpa).

Disipa cualquier duda a este respecto la facultad del Ejecutivo Nacional para rebajar o eximir las penas de multa, comiso y otras establecidas en la Ley, cuando concurren circunstancias que demuestren *falta de intención dañosa* en el contraventor. Este texto disuelve cualquier controversia respecto a que las sanciones por evasión deben aplicarse sin tomar en cuenta la intención del infractor; es suficiente que se verifique —como ya hemos dicho— la conducta

¹⁴Dolo es toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente. (Escriche, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Pag. 358.)

¹⁵La culpa es la infracción de la ley, que uno comete libremente, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitar; o la acción u omisión perjudicial a otro, en que uno incurre por ignorancia, impericia o negligencia. (Escriche, Joaquín. Op. cit. Pag. 275.)

ilegal capaz de afectar negativamente la percepción del tributo para que se configure la evasión.

En el ámbito aduanero se ha utilizado profusa y equivocadamente el término *defraudación como sinónimo de evasión*, no tomándose en cuenta que las normas aduaneras –salvo algunas muy específicas referidas con contrabando– desechan de plano el elemento subjetivo para la configuración del ilícito. Muchos parecen no haberse percatado que la defraudación está indisolublemente ligada al dolo, a la intención de engañar para obtener un beneficio ilegítimo. Desde el punto de vista subjetivo la defraudación requiere, pues, que el autor actúe con fraude, es decir, mediante actos que podrán tener distintas características, pero que todos responden a la noción del engaño al damnificado.¹⁶

La evasión fiscal constituye –repetimos– un enriquecimiento sin causa para quien la realiza y un empobrecimiento, igualmente sin motivo, para quien lo padece, es decir, para el sujeto activo de la relación jurídico-tributaria. El evasor mantiene para sí una porción de dinero que por mandato legal ha debido entregar al sujeto activo en la oportunidad fijada por la ley para que se efectúe el pago del tributo; acaecido ese instante sin que la traslación se efectúe o se efectúe sólo parcialmente, se materializan el enriquecimiento y el empobrecimiento referidos con todas sus consecuencias penales (multas) y civiles: la acción *in rem verso*, establecida en el artículo 1.184 del Código Civil, que a la letra dice: «Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido.»

El beneficio que obtiene el evasor es injusto o sin causa e iguales características tiene el perjuicio sufrido por el Fisco, por lo que la acción señalada resulta inobjetablemente procedente de acuerdo a principios jurídicos universalmente aceptados.

Las penas a la evasión fiscal y el artículo 120 de la Ley Orgánica de Aduanas

Este artículo es el único de cuantos conforman la legislación aduanera que trata la evasión y las penas a que se hacen acreedores los evasores, pues si bien en los contrabandos puede estar presente esta figura y de hecho lo está en muchos casos, el contrabando absorbe a la evasión de la misma manera como ésta última lo hace con la contravención.

Del texto del referido artículo se desprende tanto el carácter objetivo

¹⁶OEA/BID. *Modelo de Código Tributario para América Latina*. Pág. 70

de las infracciones que trata, es decir, su carácter ajeno a toda consideración de dolo o culpa¹⁷, como el hecho indudable de que toma en consideración infracciones que no constituyen evasión fiscal, si bien son éstas las que nos interesan especialmente en esta parte del estudio.

Para que sean aplicables las penas establecidas en dicho artículo, deben estar presentes dos elementos: una infracción, es decir, una conducta antijurídica; y que esa infracción sea cometida con ocasión de las declaraciones relativas a clasificación arancelaria, valor en aduanas, unidades del sistema métrico decimal, contenido de los bultos y, por último, las relativas a marcas, calidad, cantidad, especie, naturaleza, origen, procedencia y similares que puedan ocasionar perjuicio fiscal.

A diferencia de lo que establecía el literal g) del artículo 152 de la Ley de Aduanas¹⁸ derogada por la vigente Ley Orgánica, que circunscribía la determinación de la infracción y la aplicación de las penas al acto de reconocimiento, la normativa actual abre esas posibilidades al control posterior, al desechar la locución «cuando en el acto de reconocimiento» utilizado por la vieja Ley.

Analicemos por separado los cinco literales que conforman el referido artículo, incluyendo también, por razones metodológicas, las infracciones que no constituyan evasión:

Literal a). Trata lo relativo a las infracciones cometidas con motivo de las clasificaciones arancelarias declaradas, desde tres ángulos:

1) Cuando en la verificación efectuada por los funcionarios competentes (reconocedores o fiscales), se determine que las mercancías estaban sujetas a una tarifa arancelaria superior a la manifestada, se deberá aplicar multa equivalente al doble de lo que hubiera dejado de percibir el Fisco Nacional de haber aceptado la declaración incorrecta. Así, por ejemplo, en el caso de una mercancía cuya base imponible alcance a cien mil bolívares y se declare incorrectamente en un ítem arancelario cuya tarifa sea del cinco por ciento (5%), resultando que le correspondía otro ítem con tarifa del quince por

¹⁷Excepción hecha de lo establecido en el literal b) del artículo 120.

¹⁸Artículo 152.- Las infracciones que cometan los introductores de mercancías serán sancionadas así: ...g) Cuando en el acto de reconocimiento resultaren mercancías de una cuota arancelaria más alta que la manifestada, con multa igual al doble de los impuestos de importación que se habrían dejado de cobrar si se hubiere procedido conforme a la declaración. Si las mercancías resultaren de una cuota arancelaria menor que la manifestada, con multa de diez (10) a cien (100) bolívares.

ciento (15%), procederá la aplicación de una multa calculada de la siguiente manera:

- Base imponible: Bs. 100.000.
- A pagar según lo declarado: Bs. 5.000.
- A pagar según lo determinado oficialmente: Bs. 15.000.
- Diferencia: Bs. 10.000.
- Monto de la multa: Bs. 20.000.

La multa se agrava si, además de resultar impuestos superiores a los manifestados, se determina que las mercancías están sujetas a restricción, registros u otros requisitos, en cuyo caso se calculará tal como lo señalamos en el ejemplo anterior, pero si el monto del doble de la diferencia fuera inferior al valor de las mercancías, la multa será equivalente a dicho valor. Así, pues, manteniendo las cifras utilizadas en el ejemplo anterior, la multa aplicable en este caso ascendería a la cantidad de cien mil bolívares, por ser éste el valor de los efectos sobre los que versa la infracción.

2) Si se declararan incorrectamente mercancías de exportación o tránsito y resultara que éstas no están sujetas a gravámenes pero si a restricciones a la exportación o al tránsito, según el caso, deberá aplicarse multa equivalente a su valor en aduana.

3) Si resultan impuestos inferiores deberá aplicarse multa de una (1) a cinco (5) unidades tributarias, siempre y cuando las mercancías no resultaran sometidas a restricción, en cuyo caso la multa será equivalente al valor en aduana de los efectos.

En los tres casos anteriores, las multas se aplicarán con independencia de la pena de comiso a que pudieran quedar sujetos los bienes por estar sometidos a prohibición o a cualquiera de las restricciones señaladas en el Arancel de Aduanas, si el permiso o autorización respectivos no es presentado junto con la declaración.

Literal b). Trata, en primer término, la evasión motivada por una declaración de valor inferior a la que legalmente corresponda, en cuyo caso se aplicará multa equivalente al doble de la diferencia de los impuestos y tasas que se dejaron o se hubieran dejado de cobrar si se hubiera aceptado la declaración incorrecta o, en otros términos, la multa equivaldría al doble de la evasión producida por la incorrecta declaración del valor.

A diferencia de lo establecido en el literal anterior, las multas por valor abarcan no solamente los impuestos, sino también las tasas, habida cuenta que las segundas pueden tener su base de cálculo en el valor de las mercancías¹⁹.

En segundo término, el literal en análisis trata lo relativo a los casos en que el valor manifestado fuese superior al «*resultante del reconocimiento o de una actuación de control posterior*», en cuyo caso se aplicará multa equivalente a la diferencia.

Literal c). La longitud, superficie y volumen de las mercancías sobre las que verse una operación aduanera pueden dar lugar a evasión, cuando el impuesto sea específico o mixto; así, si las cantidades resultaran superiores a las manifestadas y con ello se produjera un perjuicio fiscal, procederá la aplicación de multa equivalente al doble de los gravámenes (impuestos y tasas) que se hubieran evadido de aceptarse la declaración incorrecta. Nótese que la procedencia de la sanción está condicionada a que el error pueda afectar los tributos a los que el Fisco Nacional tiene derecho; si, por ejemplo, hubiera error en el peso manifestado, pero el gravamen fuera ad valorem, no habría posibilidad de evasión ni tampoco pena.

Se aplicará multa de una (1) a cinco (5) unidades tributarias si las unidades a que nos hemos venido refiriendo resultaran *en el reconocimiento* inferiores a las manifestadas, pero si la diferencia versa sobre el peso se admitirá una tolerancia del tres por ciento (3%), tanto para imponer la multa como para determinar su cuantía. Así, por ejemplo, un cargamento que pese cien mil kilogramos y esté sujeto a impuesto específico o mixto, tendrá una tolerancia de tres mil kilogramos por encima o por debajo de los cien mil; las multas procederán sólo cuando el peso declarado esté por encima de los ciento tres mil Kg. o por debajo de los noventa y siete mil. Si se declararan, siguiendo el ejemplo, noventa y seis mil kg., se tomará en cuenta a los fines de establecer el *quantum* de la multa, la totalidad de la diferencia, es decir, cuatro mil kilogramos (Kg. 4.000), por expreso mandato de la norma.

Literal d). Si un embarque contiene unas mercancías declaradas y otras no declaradas, se aplicará multa equivalente al triple de los gravámenes aduaneros (impuestos y tasas) correspondientes a las mercancías no declaradas. Por ejemplo, si un bulto contiene tres tipos de mercancías declaradas sujetas a una tarifa arancelaria de 3%, 5% y 8% y una cuarta

¹⁹Ver el numeral 6 del artículo 3º de la Ley Orgánica de Aduanas.

clase no declarada sujeta a una tarifa del 6%, se aplicará multa del triple de los gravámenes correspondientes a las mercancías no declaradas. Si además estas mercancías resultaren sometidas a restricciones, registros u otros requisitos, a la citada multa del triple se le adicionará otra equivalente al valor en aduana de los efectos no declarados, «sin perjuicio de la aplicabilidad de la pena de comiso».

Literal e). Este literal guarda un buen grado de semejanza con las subpartidas residuales («*Las demás*») de la Nomenclatura del Sistema Armonizado, por cuanto trata de abarcar todas las posibilidades que dando lugar a evasión escaparon al esfera de los literales anteriores. Así, sanciona con multa del doble de los derechos que se hubieran dejado de percibir si se hubiera aceptado la declaración con manifestaciones incorrectas relativas a marcas, calidad, cantidad, especie, naturaleza, origen y procedencia.

De las opciones mencionadas, revisten especial importancias las referentes a origen y procedencia, habida cuenta de los innumerables acuerdos bilaterales y multilaterales que constantemente suscriben los países en busca de nuevos y mejores mercados para sus productos; en la medida en que tales acuerdos se hagan más numerosos y sofisticados, las reglas relativas al origen y la procedencia de las mercancías y los controles que de ellas se deriven aumentarán en número e importancia y, en esa misma medida, el literal en estudio será aplicado con más frecuencia para sancionar las evasiones que con toda seguridad se producirán.

CAPÍTULO XV

RECURSOS CONTRA ACTOS DE LA ADMINISTRACION ADUANERA

El acto administrativo puede ser injusto o inconveniente, o adolecer de ilegalidad de fondo o de forma. Aun la administración mejor organizada e intencionada, es susceptible de incurrir en error y dictar actos objetables por cualquiera de las causales mencionadas. De ahí que sea necesario establecer los medios adecuados para que la administración pueda revisar sus propios actos, sin obligar a que los interesados lleguen a la vía contenciosa. Para ese fin existen los *recursos*¹ *administrativos*.²

Estos recursos son —en esencia— los instrumentos con que la ley dota a los ciudadanos para oponerse a los actos de efectos particulares³ emitidos por la Administración y solicitar su eliminación o modificación, cuando consideren que ellos vulneran de alguna manera sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos. Tienen su fundamentación primaria en el principio de autotela de la Administración y en el artículo 2º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴, el cual establece el

¹ Los recursos, en sentido amplio, serían todos los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos —lato sensu— y hechos administrativos que lo afectan, y en general para defender sus derechos respecto a la administración pública. (Gordillo, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos*. Pág. 159)

² SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Pág. 470.

³ La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que el recurso de reconsideración procederá contra todo acto de carácter particular (Art. 94). Por su parte, el artículo 95 establece la obligación de haber interpuesto dicho recurso para sea admisible el recurso jerárquico. Mediante este artilugio dicha Ley restringe los recursos administrativos a ser medios de ataque contra actos de carácter particular.

⁴ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Artículo 2º: Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieron para no hacerlo.

derecho de petición de los particulares ante la Administración. Debe tenerse en cuenta que los actos de efectos generales o que interesen a un número indeterminado de personas, no pueden ser atacados mediante recursos, sino por los medios a que se refiere el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En todos los casos, los recursos administrativos y, por ende, los aduaneros, deben ejercerse ante el órgano competente de la Administración; esta competencia que obedece al territorio, a la materia o al ámbito político territorial⁵; dicho órgano está obligado a decidirlos en las condiciones y en los términos establecidos en la ley y sin perder de vista los principios de equidad y justicia que son fines insoslayables de la actividad administrativa.

En lo atinente a los recursos aduaneros, podemos decir que en esta segunda mitad del siglo han pasado por cuatro épocas perfectamente diferenciadas: una primera, en la que estaban regidos por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y fuertemente influenciados, en lo concerniente a su tramitación y decisión, por los principios generales del derecho administrativo; otra, inmediatamente después, en lo que todo lo relativo a ellos quedaba sujeto a las disposiciones del Título VI de la Ley Orgánica de Aduanas; una tercera que comienza con el año 1982, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la consecuente derogatoria tácita del mencionado Título VI; una penúltima que se inicia el 1º de julio de 1994, fecha en la cual entra en vigencia el Decreto con fuerza y rango de ley N° 189⁶, mediante el cual se dictó la reforma parcial del Código Orgánico Tributario y la actual, donde los recursos vuelven a regirse por las disposiciones de la Ley Orgánica de Aduanas.

Revocabilidad de los actos administrativos

Tanto las leyes Orgánica de Procedimientos Administrativos como la de Aduanas plenamente coincidentes en cuanto a la revocabilidad de los actos administrativos. Queda claro que el principio general es el carácter

⁵ Atendiendo al ámbito político-territorial la competencia puede ser nacional, estatal o municipal. En lo que se refiere específicamente a los recursos aduaneros, la competencia siempre será nacional.

⁶ Dicho Decreto fue dictado en ejercicio de la atribución que le confiere al Presidente de la República el numeral 3 del artículo 1º de la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera.

revocable de tales actos, mientras que lo excepcional es la irrevocabilidad, la cual debe estar expresamente consagrada en sistema jurídico positivo.

La revocación puede ser realizada de oficio, es decir, por el propio impulso de la Administración, o a solicitud de los particulares mediante la interposición de los recursos establecidos en las leyes. Es de notar que la única forma en que un particular puede atacar un acto administrativo de efectos particulares es mediante la figura del recurso, cumpliendo los requisitos de fondo y de forma que exige la ley. El recurso es en esencia un medio formal, ya que si no llena los requisitos exigidos no podrá ser admitido y, en consecuencia, no logrará el objetivo de obtener la anulación o modificación del acto atacado. Para que el acto administrativo pueda resultar afectado por la acción del particular, el recurrente debe someterse a ciertas exigencias que señalan las mismas leyes; caso contrario, el acto se mantendrá incólume y producirá todos los efectos buscados por su emisor.

Excepciones al principio de revocabilidad de los actos administrativos

Como ya lo hemos dicho, hay actos que por sus características no pueden ser modificados ni por la acción de la Administración (revisión de oficio) ni por exigencia de los particulares.

No son revocables ni en todo ni en parte los actos administrativos que hayan originado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. En otros términos, son irrevocables los actos que hayan concedido algún derecho a una determinada persona (derecho subjetivo), o bien que ese derecho haya sido concedido a un grupo de personas, lo cual origina interés legítimo para cada una de las personas integrantes del grupo.

Son también irrevocables los actos firmes o que han causado estado, es decir, aquellos para los cuales está agotada la vía administrativa por cuanto ya no es posible ejercer recursos, bien porque ya todos se han interpuesto o porque el lapso para interponerlos está agotado. El único medio de impugnar los actos firmes es mediante el recurso de revisión a que se refiere el artículo 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a los actos absolutamente nulos señalados en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debemos recordar

que éstos son impugnables y revocables en cualquier momento, pues una de sus principales características es que no adquieren firmeza, no causan estado y, por tanto, quedan expuestos a desaparecer en cualquier momento, bien por el propio impulso de la Administración o por petición de los particulares. Esta ausencia de firmeza queda plasmada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual autoriza a la Administración a reconocer *en cualquier momento*, de oficio o a petición de los particulares, la *nulidad absoluta* de los actos dictados por ella.

El recurrente

No le está dado a cualquier persona dirigirse a la Administración para impugnar un acto administrativo; es preciso, en todos los casos, que el recurrente tenga el carácter de *interesado*, en los términos establecidos en los artículos 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. El recurrente, bien sea persona natural o jurídica, debe tener interés personal, legítimo y directo en el asunto de que se trate pero, además, el acto recurrido le debe resultar lesivo. Se nota entonces que el recurrente en sede administrativa está sujeto a un requisito adicional no requerido en el contencioso: la lesión a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos. Por interpretación en contrario, cuando el acto no sea lesivo no es recurrible, por lo que la lesión debe ser acreditada y probada por el recurrente.

Por exigencia expresa de la Ley, el interesado debe ser jurídicamente capaz en los términos señalados en la legislación civil; por ello, éste debe ser mayor de edad y cumplir con los demás requisitos que pudieran resultar exigibles de acuerdo al asunto concreto de que se trate.

Cuando el recurrente sea una persona jurídica, quien interponga el recurso debe ser una persona capaz de obligarla, bien porque ejerza su representación de acuerdo a su acta constitutiva o estatutos, o porque haya recibido poder autenticado o registrado de quien tenga capacidad para conferirlo, todo de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil⁷. Ello no obsta para que la representación sea otorgada por simple designación en el cuerpo del recurso, de acuerdo a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁷ Ver artículos 39 y siguientes.

A los fines aduaneros el recurrente debe ser consignatario aceptante, exportador o peticionario, es decir, propietario de las mercancías en los términos establecidos en la normativa aduanera o de un interés legítimo que se considere lesionado; queda a salvo el caso en que un importador que aún no haya aceptado la consignación y que, en consecuencia, no se haya constituido como consignatario aceptante, tuviere que apelar ante una negación o mediatización de su derecho de reexportar las mercancías. En tal caso, bastará con que aparezca como consignatario en el conocimiento de embarque, guía aérea o guía de encomienda, según el caso, para que pueda recurrir y ser oído por la autoridad administrativa. No puede ser de otra manera, por cuanto en estos casos de reexportación la misma Ley exige como condición indispensable que no se haya aceptado la consignación, pues de haber sucedido tal hecho, competirá a la autoridad administrativa apreciar la conveniencia de lo solicitado y proceder conforme a su justa apreciación de las circunstancias.

Los tipos de recursos

Nuestra legislación recogió de la doctrina universal tres tipos de recursos administrativos: el de reconsideración, el jerárquico y el de revisión. Por su parte, la Ley Orgánica de Aduanas sólo admite los dos últimos, desechando el de reconsideración por considerarlo ocioso por impráctico.

En la práctica rutinaria, son muy pocos los recursos de reconsideración que hayan producido el fin buscado, pero este recurso resulta sumamente útil para determinar la capacidad y rectitud del funcionario. En la controversia que se promueve con motivo de la oposición del particular, es fácil detectar si el acto original fue el producto de incapacidad técnica, de ligereza en el tratamiento del asunto o de intención aviesa por parte del empleado público. Las verdaderas razones que se tuvieron para emitir el acto afloran con facilidad y la detección de vicios no requiere especial esfuerzo; así, quien haya de conocer el recurso jerárquico tendrá a su disposición una valiosa fuente de motivos que harán más fácil y acertada su decisión.

El nuevo reconocimiento

Señala la Ley Orgánica de Aduanas que el jefe de la aduana podrá ordenar la realización de nuevos reconocimientos cuando lo considere necesario o cuando, en virtud de planteamientos del consignatario, del exportador o de los reconocedores, surgieren dudas razonables sobre la

exactitud y corrección del acto practicado. Señala, además, que este nuevo acto procederá cuando se sospeche de alguna incorrección o actuación ilícita o cuando se trate de efectos que presenten condiciones de peligrosidad, que amenacen la integridad de otras mercancías, personas, instalaciones o equipos, o que estén sujetos a inmediata descomposición o deterioro.

Por el fin que persigue, la figura del nuevo reconocimiento se asemeja a los recursos y, muy especialmente, al recurso de reconsideración, pero se diferencia de ellos en varios e importantes aspectos que señalamos más adelante.

La semejanza fundamental es que unos y otro son instituciones dirigidas a modificar un acto administrativo definitivo o preparatorio⁸, revocándolo en todo o en parte, mientras que sus diferencias más notorias son:

El recurso de reconsideración no puede ser intentado en más de una oportunidad contra el mismo acto; por el contrario, los nuevos reconocimientos pueden ser múltiples y cada uno de ellos elimina completamente los resultados del anterior. Cada nuevo acto hace desaparecer todas las consecuencias jurídicas del precedente, se reinician los lapsos y cada una de las condiciones para su solicitud y concesión se renuevan. Cada vez, el consignatario o el exportador deberán aportar elementos de hecho y de derecho que hagan surgir dudas razonables sobre la exactitud y corrección del acto anterior. Queda claro que cuando sea el jefe de la oficina aduanera quien requiera la realización de un nuevo acto la exigencia no tiene por que ser motivada, pero cuando sea el exportador, el consignatario o los reconocedores los solicitantes, deberán motivar su decisión y el jefe de la Oficina Aduanera hacer el análisis correspondiente y ordenar lo que a su juicio resulte procedente.

Si bien la Ley vigente no se pronuncia al respecto, del contexto del artículo 54 se desprende que el nuevo reconocimiento no debe realizado por el mismo funcionario que realizó el acto precedente. El nuevo reconocedor no ostenta una jerarquía distinta a la de los funcionarios suplidos, ni el acto que él emite tiene superior nivel; lo que si resulta obvio es que el funcionario que realiza el segundo reconocimiento deben cumplir con los

⁸ Entendemos por acto preparatorio los trámites y providencias preliminares que debe realizar la Administración antes de emitir el acto definitivo o resolutorio. El reconocimiento es, en todos los casos, un acto preparatorio o de trámite, que no por ser muy importante pierde tal condición. No es ni puede ser tenido como acto principal, por cuanto no constituye la culminación del proceso u operación aduanera de que se trate.

mismos requisitos de capacidad exigidos a los otros, esto es, deben ostentar igual cargo y estar investidos de la misma competencia⁹ para efectuar reconocimientos o, en otros términos, contar con la autorización legal necesaria para efectuar dichos actos.

Mientras que en los casos de nuevos reconocimientos la iniciativa puede provenir del jefe de la oficina aduanera, del consignatario aceptante o del exportador, cuando se trata de recursos, la acción siempre proviene del particular afectado. Así, mientras el recurso es un instrumento que la ley pone en manos del administrado, los segundos reconocimientos pueden ser propuestos tanto por dicho órgano de la Administración como por la parte privada, con lo cual la ley nos señala que durante este acto la Administración y los particulares están en plano de perfecta igualdad, resalta su carácter público en contraposición a cualquier idea de que pudiera ser un acto interno de la Administración y, por último, impide cualquier pretensión de la parte privada de que los resultados que le sean beneficiosos originen derechos subjetivos que le confieran al reconocimiento anterior carácter irrevocable.

En conclusión, la acción del particular para lograr un segundo reconocimiento es una petición, pero no un recurso; ni la forma de accionar del particular, ni la actividad administrativa que ella desencadena, ni los funcionarios que toman parte en el asunto, ni los recursos que posteriormente pudieran interponerse, se encuadran dentro de los límites señalados por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o por el Código Orgánico Tributario al tratar los recursos administrativos. Ello nos permite decir que el nuevo reconocimiento es una figura exclusivamente aduanera que no encuentra símil en otros campos del derecho administrativo o tributario y que –reiteramos– es una institución neta y exclusivamente aduanera que señala sin lugar a dudas la gran importancia que el legislador le concedió a este acto tan singular.

Solve et repete

El artículo 85 del Decreto con fuerza y rango de ley que reformó la ley Orgánica de Aduanas, introdujo el principio *solve et repete*, el cual impone al administrado que recurre la gravosa obligación de pagar o garantizar el monto del tributo o pena pecuniaria contra los cuales acciona.

⁹ Atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto.

Para la doctrina en general, esta regla es una muestra de la ejecutoriedad de los actos administrativos en el campo tributario, fundamentada en el imperativo de que los tributos sean percibidos sin dilación, poniendo el interés recaudatorio por encima de cualquier otra consideración y constriñendo al contribuyente al pronto pago de sus supuestas obligaciones para con el Fisco.

No nos anima la intención de profundizar en consideraciones sobre esta figura que muchas legislaciones han echado a un lado por considerarla violadora del derecho a la defensa, derecho que sólo podría ser ejercido por quien tenga los medios de fortuna necesarios para pagar o garantizar el monto que se le exige, por absurda que parezca la pretensión fiscal.

Si en otras áreas del quehacer tributario este principio puede resultar odioso por discriminatorio, en el campo aduanero resulta absurdo por antijurídico y antihistórico, simple traslación sin *sindéresis* a lo aduanero, de lo que tiene vida precaria en los tributos internos.

La Ley Orgánica de Aduanas establece que las mercancías que ingresen a la zona primaria no podrán ser retiradas de ella sino mediante el pago de los impuestos, tasas, penas pecuniarias y demás cantidades legalmente exigibles. De esta manera se impide cualquier posibilidad de que cese la prenda que garantiza los derechos fiscales, sin que dicha garantía sea suplida por otra igual o aun más realizable. Por ejemplo, la declaración por parte del consignatario aceptante de una tarifa arancelaria inferior a la que corresponde, trae consigo la exigencia del pago del monto resultante de dicha declaración, más un impuesto *complementario* que ascenderá a la diferencia necesaria para que el Fisco reciba lo que legalmente le corresponde. En caso de que el administrado considere que la apreciación de la aduana lo lesiona, puede escoger entre prolongar la prenda dejando los efectos en la zona primaria o suplirla por pago o garantía del monto en discusión. En este caso, no es el principio de *solve et repete* el que se aplica, si no la sustitución de una garantía por otra, lo cual es perfectamente lógico y comprensible para el resguardo de los intereses fiscales. Si esta supletoriedad no se efectuara y las mercancías causantes de la deuda se entregaran a su propietario, el Fisco resultaría ingentemente defraudado por razones fáciles de imaginar.

Puede darse el caso de que con motivo de una actuación de control posterior, se solicite al administrado que pague los derechos que dejó de satisfacer en la oportunidad del desaduanamiento de las mercancías. Ante

esta exigencia fiscal quedan dos caminos: pagar lo exigido o interponer recurso jerárquico, en cuyo caso y por mandato del artículo 133 de la Ley Orgánica de Aduanas, deberá prestarse caución suficiente.

El legislador parece no haber reparado que cuando las mercancías son retiradas de la zona primaria sin la satisfacción plena de los derechos correspondientes, son dos los equivocados: la aduana, que ha debido establecer la declaración correcta, cobrado los impuestos y aplicado las multas que resultaren procedentes, por una parte, y el administrado que —con intención o sin ella— realizó una declaración incorrecta perniciosa para el sujeto activo.

Preguntas: ¿No resulta antijurídico que el Fisco pretenda sacar provecho de su propia torpeza? ¿Tiene algún fundamento ético que un equivocado le imponga al otro requisitos para discutir el error mutuo?

Cuando una mercancía sale de la aduana, antes ha sido sometida a la observación del reconocedor, es decir, del órgano de Estado competente para determinar el régimen jurídico que resulte aplicable; si tal cosa no fue hecha en esa oportunidad —que llamaremos *primaria*— y cesó la garantía prendaria con plena anuencia de la aduana y en virtud de un error compartido, no resulta jurídico ni lógico pretender, posteriormente, hacerse de garantías para sustituir a la que cesó por hechos u omisiones que le son plenamente imputables a la Administración.

El control posterior aduanero tiene como objeto revisar —en una actuación de segundo grado o *secundaria*— para corregir los errores que pudieran haberse cometido durante la intervención *primaria*. Los derechos que en virtud de tal actuación pudieran resultar exigibles tienen carácter *suplementario* y son siempre productos de la comisión de errores anteriores, de los cuales son igualmente responsables Administración y administrado, sujeto activo y sujeto pasivo.

El recurso de reconsideración¹⁰

En su más puro sentido gramatical, reconsiderar significa «volver a considerar»¹¹, ver o estudiar de nuevo un asunto ya visto o estudiado con anterioridad. El mismo término nos señala que la petición de volver a considerar el acto anterior va dirigida a quien lo produjo, con el fin de

que lo modifique o lo derogue, según sea el caso, pudiendo también la Administración confirmarlo en su totalidad cuando considere que los alegatos del interesado no tienen méritos suficientes para conceder lo solicitado. Cuando el recurso fuere presentado fuera del lapso legalmente establecido, la autoridad no se pronuncia sobre el fondo del asunto si no que, simplemente, lo declara inadmisibile por extemporáneo. Dicha declaración también puede ser recurrida por vía de reconsideración por ser un nuevo acto no antes recurrido.

Este recurso puede ser interpuesto contra un acto primario o contra el que se produzca con motivo de la interposición de un recurso de revisión; lo que no admite la Ley es que un acto producido para absolver un recurso de reconsideración sea sujeto a un nuevo recurso de reconsideración. Ello es lógico, pues de no ser así los actos podrían quedar sujetos a un infinito número de recursos de reconsideración, con la consiguiente pérdida de tiempo y energía administrativa y, además, provocando la ausencia de firmeza del acto recurrido y la consiguiente incertidumbre administrativa. Así, pues, un acto administrativo puede ser recurrido por la vía de la reconsideración una sola vez; si el órgano decisor no contesta dentro del plazo previsto o no modifica o revoca el acto de acuerdo con lo solicitado, queda expedita la vía para interponer el recurso jerárquico.

Una mirada gruesa a la Ley Orgánica de Aduanas nos lleva a pensar que este recurso fue eliminado con motivo de la reforma de 1988, pero su artículo 137 contradice esta apreciación inicial cuando señala que la Administración Aduanera podrá, de oficio o a solicitud de los interesados, **reconsiderar** sus propias decisiones cuando se trate de actos revocables. Con esta escueta disposición, subsiste en el mundo aduanero el recurso de reconsideración, correspondiendo a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos suplir la falta de regulación de este medio de defensa en que incurre la de Aduanas.

El recurso jerárquico

El recurso jerárquico aduanero se interpone siempre para ante el jerarca o, en otros términos, para ante el Ministro de Finanzas.

El recurso jerárquico, tutelado por la Ley Orgánica de Aduanas, es útil para impugnar actos que no hayan adquirido firmeza, bien porque no

¹⁰ Este recurso es llamado en España «recurso de reposición» y en Francia recurso gracieux.

se haya agotado la vía administrativa¹² o no hayan transcurrido los lapsos legales para ejercer la impugnación en sede administrativa.

El recurso de revisión

Tal como lo señala acertadamente Brewer Carías, este recurso «es aquel que se ejerce contra un *acto administrativo revocable y firme* ... para que lo revise en razón de su equidad.»¹³ La característica que diferencia en mayor grado este recurso de los dos anteriormente estudiados, es que puede ser opuesto a actos que hayan adquirido firmeza, bien por agotamiento de los plazos para recurrir o porque se hubiesen interpuesto todos los recursos posibles y, por tanto, la vía administrativa se encuentre agotada.

Si bien un acto firme ya no puede ser revisado, pues justamente en eso consiste su firmeza, la ley ha querido reservarse una última oportunidad de hacer justicia aun saltando las talanqueras de las formas. Pudiera darse el caso de que un acto haya adquirido firmeza, pero luego resulte que lo decidido no era justo y quede así demostrado por haber aparecido pruebas esenciales no disponibles para la época de la tramitación del expediente, o porque se demuestre que en la resolución del caso hubiesen influido decisivamente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme, o si se pudiese demostrar que la decisión recaída en el caso fue adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y así hubiere sido judicialmente sentenciado en firme.

Tanto el Código Orgánico Tributario como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos tratan en idénticos términos los casos es que resulta procedente la revisión¹⁴, diferenciándose solamente en lo que respecta al órgano ante quien debe interponerse la solicitud. La Ley señala que deberá hacerse el Ministro respectivo, mientras que el Código señala que deberá intentarse ante los funcionarios competentes para conocer el recurso jerárquico.

Procederá el recurso en análisis solamente en los tres casos señalados taxativamente en los referidos instrumentos legales, dado el

¹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹² La vía administrativa queda agotada cuando se han interpuesto todos los recursos en sede administrativa que permite la ley o cuando se ha agotado el tiempo para interponerlos.

¹³ Brewer Carías, Allan-Randolph. Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana. Pág. 264.

carácter excepcional de esta institución del derecho administrativo. De no ser así, la actividad administrativa se vería seriamente afectada por una inestabilidad producida por la ausencia de firmeza de los actos dictados por la Administración; en un claro intento de evitar esto, salvaguardando a la vez el sentido de equidad el legislador trató la materia en la forma antes reseñada.

Las mismas consideraciones que hicimos respecto a la materia cuando analizamos el recurso jerárquico son aplicables al de revisión.

El reclamo

Cuando los funcionarios a quienes compete el conocimiento de un asunto no lo resolvieran dentro de los lapsos legalmente establecidos u omitiera, distorsionara o incumpliera de cualquier forma una disposición legal, procedimiento, trámite o plazo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el afectado podrá reclamar ante el superior jerárquico del infractor y éste deberá instaurar de inmediato el procedimiento sancionatorio, so pena de incurrir en falta grave que se castigará de conformidad con la Ley de Carrera Administrativa.¹⁵

Este procedimiento dista mucho de ser un recurso administrativo, por cuanto no está dirigido a lograr la modificación de un acto administrativo anteriormente dictado. Su eficacia está dirigida a sancionar faltas de los funcionarios públicos contra las disposiciones de la referida Ley Orgánica; por el contrario, si el retardo, distorsión, omisión o incumplimiento fuera de una disposición, procedimiento trámite o plazo establecido en otra ley, no serán aplicables las sanciones establecidas en el Título V de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino las señaladas en la Ley de Carrera Administrativa o en leyes especiales, según sea el caso.

La sanción a que se haga acreedor el funcionario o empleado público infractor siempre será de multa y para su imposición deberá seguirse el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional;¹⁶ la pena será impuesta por el Ministro respectivo mediante Resolución motivada y podrá ser impugnada mediante el recurso de reconsideración dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su publicación o notificación.

¹⁴ Artículos 174 y 97, respectivamente.

La Ley ha puesto en manos de los particulares un importante instrumento para disuadir a los empleados públicos de actuar caprichosa o arbitrariamente. Por razones que no viene al caso comentar aquí, esta herramienta ha sido muy poco utilizada por los administrados y ello ha dado pie a múltiples abusos por parte del funcionarismo aduanal, el cual, en buena parte de los casos, genera perjuicios al administrado más por torpeza, temor o desconocimiento que por intención aviesa.

¹⁵ Ver artículo 103 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

CAPÍTULO XVI

DESTINACIONES SUSPENSIVAS

Consideraciones generales

En principio, todas las mercancías que circulen legal y libremente por el territorio aduanero nacional deben ser nacionales o nacionalizadas, es decir, originarias de dicho territorio o introducidas a él cumpliendo el procedimiento aduanero respectivo. Por su parte, los efectos que abandonen el territorio aduanero de un Estado lo hacen a título definitivo, pierden su nacionalidad y su reintroducción queda sujeta al pago de los derechos y al cumplimiento de los requisitos que fueren exigibles para la importación, salvo las excepciones expresamente establecidas en la Ley.

Consideraciones de índole económica, social, cultural, etc., han inducido a casi todos los países del orbe a insertar en sus legislaciones aduaneras la figura de las destinaciones suspensivas, en virtud de las cuales se rompe el principio comentado en el párrafo anterior, permitiéndose que algunas mercaderías puedan estar legal y temporalmente en el territorio de un Estado manteniendo la nacionalidad de otro y salir de dicho territorio sin necesidad de cumplir los requisitos a que están sujetas las exportaciones ordinarias.

Nuestra Ley Orgánica de Aduanas trata con mucha claridad y todo detalle lo referente a las destinaciones suspensivas, lo que hace ocioso cualquier intento de interpretación por cuanto —como brillantemente afirmó don Andrés Bello— «cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu». Por ello, en el tratamiento de estos temas daremos prelación a la legislación patria, evitando figuras utilizadas allende los mares que parecen dirigidas enfáticamente a demostrar la erudición de sus autores y no a enriquecer con institutos claros y coherentes el vasto y complejo mundo del derecho aduanero.

En atención a estas ideas no utilizaremos la frase *importación temporal*; analizaremos la procedencia de utilizar la frase *exportación temporal* y desecharemos de plano la locución «tráfico de perfeccionamiento», ya sea activo o pasivo.

Como lo comentamos con anterioridad, son dos las operaciones aduaneras que modifican la nacionalidad de las mercancías: la importación y la exportación; la tercera, el tránsito, versa sobre bienes que son extranjeros y que no pierden tal calidad en ningún momento; por tal razón, están sometidas permanentemente a vigilancia aduanera y al cumplimiento de requisitos y formalidades dirigidos, en buena parte, a garantizar la salida de los efectos dentro del plazo fijado y el pago de los impuestos por la parte de ellos que permanecerá en el país a título definitivo.

Al tratar de definir la operación de importación de la manera más breve posible, dijimos que ella es el acto jurídico mediante el cual mercancías extranjeras adquieren la nacionalidad¹ del país a las cuales van destinadas con carácter definitivo. En nuestro criterio, las operaciones de importación y de exportación tienen dos características fundamentales: se realizan a título definitivo y modifican la nacionalidad de las mercancías sobre las que versan. Por su parte, las destinaciones suspensivas, llámense admisión, importación o exportación temporales, tienen, en su esencia, carácter de temporalidad y no alteran la nacionalidad de las mercancías. Por ello, las frases *importación temporal*² y *exportación temporal* resultan ser adjetivaciones incoherentes de los sustantivos que identifican a las operaciones aduaneras a las que suponen parecerse.

Por lo dicho, en lo sucesivo utilizaremos la frase *extracción temporal*, como sinónimo de exportación temporal utilizada por nuestra legislación.

Características comunes de las destinaciones suspensivas

Las destinaciones suspensivas son facilidades que confiere el Estado a quienes realizan actos de comercio internacional, en obsequio de la justicia tributaria y de la adecuación de las normas aduaneras a los requerimientos del

¹En otros países no se utiliza la frase *mercancía nacionalizada*, de uso común en Venezuela, prefiriéndose los términos *mercancía despachada a plaza*, *mercancía sacada a consumo* o *mercancía destinada al uso o consumo*.

²Temporal. Se dice de lo que dura solamente cierto tiempo; no fijo o permanente. (MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*. Tomo II. Pág. 1284.

comercio y tráfico internacionales de mercancías.

Es sumamente importante entender que las admisiones y extracciones temporales no son importaciones o exportaciones *modificadas*. En realidad son figuras aduaneras autónomas de aquéllas, y si guardan amplia similitud con ellas es porque la primera parte del artículo 99 de la Ley Orgánica de Aduanas ordena que se les apliquen los requisitos y formalidades «pre-vistas en esta Ley que fueren aplicables». Si contrariamente a lo que pensamos, las admisiones y extracciones temporales resultaran simples versiones modificadas de la importación o de la exportación, el encabezado de dicho artículo 99 resultaría innecesario e incomprensible, pues la Ley es suficientemente clara y precisa en el establecimiento de los requisitos y formalidades que deben cumplirse con motivo de la realización de las operaciones de importación y exportación.

El Capítulo II (De las destinaciones suspensivas) del Título IV (De los regímenes de liberación y suspensión) de la Ley Orgánica de Aduanas, trata lo relativo a la admisión y extracción temporales de mercancías, atribuyendo al Ministerio de Hacienda la competencia para autorizar su ejecución, a la vez que establece dos condiciones que confieren a estas figuras sus características fundamentales: temporalidad y fin determinado.

Estas instituciones no son ni liberaciones ni restricciones; lo primero se evidencia tanto en la estructura misma del Título IV como en los textos de los artículos 97 («Los impuestos aduaneros que correspondan a las mercancías referidas en este Capítulo serán garantizados...»), y 99 «Cuando las mercancías de admisión temporal vayan a ser nacionalizadas, se cumplirán las respectivas formalidades, pudiendo en estos casos aplicarse las liberaciones de gravámenes que sean procedentes.»), así como del sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras y de la conexión de ellas entre sí.

Distan mucho de ser restricciones, por cuanto no están señaladas como tales en el Arancel de Aduanas; recordemos que la Ley limita estrictamente la calificación de las mercancías como *restringidas* al Arancel de Aduanas; pero, además, este aserto queda corroborado por el texto de la norma que condiciona la admisión temporal a que las mercancías no sean de importación prohibida o que, estando sujetas a restricciones, obtengan la autorización o excepción del organismo competente.

El hecho de que las destinaciones suspensivas sean figuras diferentes

y autónomas de las liberaciones y de las restricciones, tiene un importante efecto práctico: la inaplicabilidad, en lo que a ellas respecta, de la obligación de que el consignatario o exportador sea el propietario real de los efectos, como se exige cuando la operación aduanera haya sido objeto de liberación de gravámenes, licencias, permisos, delegaciones y restricciones en general.; para ellas resulta perfectamente aplicable la presunción *iure et de iure* de que el consignatario aceptante es el propietario de las mercancías a los efectos de la legislación aduanera. En consecuencia, dicho consignatario podrá nacionalizar las mercancías, decidir su reexportación dentro del plazo fijado, pagar la multa por falta de reexportación o nacionalización dentro del plazo establecido y, en general, ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y entenderse con las autoridades aduaneras en todo lo relativo a los bienes de los cuales sea *propietario aduanero*.

Las destinaciones suspensivas siempre son temporales; esta condición es inmanente a ellas, aun cuando pudiera parecer lo contrario como efecto engañoso de la facilidad que confiere la Ley de que mercancías inicialmente admitidas o extraídas temporalmente puedan, luego, permanecer indefinidamente en el país o en el exterior por haber sido importadas o exportadas. En tales casos, la admisión o extracción temporales termina, respectivamente, con la nacionalización o la exportación de los efectos, siendo estas operaciones y no las destinaciones suspensivas las que confieren el carácter de permanencia. Por razones obvias, no pueden ser objeto de destinaciones suspensivas ciertas mercaderías cuya normal utilización implica necesariamente su destrucción, como es el caso de los combustibles y el de ciertos bienes que al ser utilizados se convierten desperdicios, inútiles para cualquier uso ulterior.

Las mercancías objeto de destinaciones suspensivas deben ser dedicadas al fin considerado para la concesión del permiso respectivo; a diferencia de lo que sucede con las mercancías importadas o exportadas, que pueden ser dedicadas libremente a cualquier fin lícito, a aquéllas no se les puede dar un uso distinto, una finalidad diferente a la expresada en la oportunidad en que se solicitó la autorización y que fue tomada en cuenta para concederla. Como veremos más adelante, esta disposición sólo tiene efectos prácticos en los casos de admisiones, por razones de soberanía de los estados y del ámbito espacial de validez de las normas jurídicas.

La Ley, sin expresarlo abiertamente, establece dos grandes grupos de mercancías a las que se les puede dar destinos suspensivos. Un primero

compuesto por aquéllas que no han de sufrir ninguna modificación o transformación y las cuales deben ser susceptibles de individualización o identificación, de tal manera que la aduana pueda verificar que los efectos reexportados o reintroducidos sean los mismos que en su oportunidad fueron admitidos o extraídos con carácter temporal. Un segundo grupo formado por aquellos efectos destinados a ser objeto de transformación, combinación, mezcla, rehabilitación, reparación o cualquier otro trabajo o manipulación; en estos casos, el servicio aduanero no tendrá forma de constatar que los productos que se reexporten o reintroduzcan sean exactamente los mismos que fueron objeto de la autorización, pero debe actuar de tal manera que le quede expedita la vía para comprobar que los bienes que se reexportan o reintroducen equivalgan a aquéllos sobre los cuales versó la autorización. Así, por ejemplo, si se extrae bajo régimen temporal una barra de oro de veinte kilogramos de peso y veinticuatro quilates de pureza (oro puro), para su transformación en productos de orfebrería de dieciocho quilates, los veinticinco kilogramos de manufacturas que se reintroducen equivalen al oro extraído, tanto en peso como en contenido de metal puro, sin que tenga importancia aduanera o económica que el oro empleado para producir la orfebrería sea exactamente el mismo que se extrajo. Un ejemplo similar es válido, *mutatis mutandis*, para las admisiones a término.

Tanto en la admisiones como en las extracciones se causan los impuestos y se configura el sujeto pasivo, pero la exigibilidad queda en suspenso hasta la conclusión de la destinación³ o el vencimiento del plazo para que se efectúe la reexportación o reintroducción. En el primer caso se libera la garantía prestada para responder por los impuestos causados; en el otro, se ejecuta la garantía, pero las mercancías quedan en una curiosa situación jurídica: no pueden ser perseguidas y aprehendidas, por no configurarse los supuestos de hecho establecidos en la Ley Orgánica de Aduanas; es obvio que no se ha cometido contrabando, por lo que tampoco procede su persecución, aprehensión y comiso; tampoco se pueden tener como nacionalizadas o exportadas, según el caso, por cuanto no se ha emitido el imprescindible acto administrativo autorizatorio, ante la imprescindible petición de parte. Así, pues, nos encontramos con la posibilidad de que mercancías extranjeras

³La destinación suspensiva termina con la reexportación, la reintroducción, la nacionalización, la destrucción de los efectos acaecida bajo ciertas circunstancias, la exportación o con el vencimiento del plazo establecido; en este último caso, procede la ejecución de la garantía y la aplicación de la multa contemplada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas.

se encuentren en territorio aduanero sin estar amparadas por un régimen temporal, sin ser objeto de tránsito aduanero ni de ninguna otra figura que le confiera regularidad a su estadía en un territorio al que ingresaron a título temporal, pero sin que se configure algún hecho punible o evasión de impuestos.

La admisión temporal

La admisión temporal es el régimen que consiste en la introducción al territorio aduanero nacional, por tiempo y fin determinados y bajo régimen de suspensión de impuestos de importación, de mercancías para ser reexportadas sin modificación o luego de haber sido objeto de transformación, combinación, mezcla, rehabilitación, reparación o cualquier otro tipo de perfeccionamiento.

En principio, se considera que las mercancías son reexportadas con un valor muy similar al que tenían para el momento de su llegada, con las comprensibles derivadas del uso y de la obsolescencia. Pero puede darse el caso que éstos sean tan intensos que justifiquen la solicitud de cancelación de los impuestos correspondientes a la depreciación sufrida. Para ejemplificar, supongamos el caso de una maquinaria nueva para el movimiento de tierra que ingresa al país con un valor de diez millones de bolívares y para el momento de ser reexportada éste es de apenas dos millones de bolívares; en tal caso deberán liquidarse los impuestos correspondientes, tomando como base imponible la depreciación de ocho millones de bolívares sufrida por el equipo. Ello resulta lógico por cuanto la parte que llamamos depreciación no es reexportada sino que, por el contrario, se queda incorporada a otros bienes a título definitivo, tal como si hubiera sido nacionalizada. Esta figura, establecida en la Ley Orgánica de Aduanas, se puede asimilar a la nacionalización parcial de mercancías individualizables como, por ejemplo: una importación temporal de tres mil bombonas para contener gases con un valor total de seis millones de bolívares, de las cuales se nacionalizan dos mil cuatrocientas, es decir, el ochenta por ciento (80%) del total; en este caso la base imponible ascenderá a cuatro millones ochocientos mil bolívares, equivalente a la porción nacionalizada o, en otros términos, no reexportada.

¿Qué sucede en estos casos con la tasa por servicios de aduana? Se hace evidente que las bases imponibles son dos: el valor en aduanas total para el momento de la introducción y el residual para el de la reexportación.

No resultaría lógico ni justo que se pretendiera mantener el antiguo valor para el cálculo de la tasa, admitiendo simultáneamente la existencia de una depreciación que da pie a la exigencia de cancelar los derechos correspondientes.

Puede darse el caso de que efectos admitidos temporalmente para ser objeto de algún tipo de perfeccionamiento, cambien de clasificación arancelaria y en tal virtud queden sujetos a licencia u otra restricción a la exportación, por lo que –en principio– no podrían ser regresadas al exterior. Si observamos el asunto con atención, caeremos en cuenta de que las restricciones están dirigidas a la exportación y no a las reexportaciones, no debiendo olvidarse que estas últimas son partes de un proceso –la admisión temporal– que es autónomo con respecto a las operaciones aduaneras, tal como lo comentamos *ut supra*.

La disposición que establece que no podrán ser objeto de admisión temporal las mercancías de importación prohibida o reservadas a la Nación, reitera el carácter autónomo de las destinaciones suspensivas, esta vez por la vía del tratamiento a las admisiones temporales sujetas a restricciones. Al prohibir la admisión temporal de mercancías prohibidas y señalar que las mercancías reservadas a la Nación no podrán ser objeto de admisión temporal, salvo la autorización del organismo competente y establecer, además, el tratamiento aplicable a los bienes sujetos a otras restricciones, se nos está diciendo a las claras que las admisiones temporales no son importaciones modificadas. Si el legislador no lo hubiese considerado así, el artículo 98 no tendría razón de ser, pues hubiera bastado la restricción a la importación de un bien para que ésta se hubiera reflejado en la respectiva destinación suspensiva.

Dice la Ley refiriéndose a las admisiones temporales: «Si dichas mercancías se encontrasen sujetas a otras restricciones, éstas deberán ser cumplidas, salvo excepción otorgada por el organismo competente, si fuere el caso». Este texto nos presenta dos posibilidades que vale la pena analizar:

a) Que la Administración emita un permiso, autorización, licencia o similar que permita la introducción de las mercancías. En este caso, el pronunciamiento oficial tiene carácter de acto administrativo de carácter particular, sujeto a las normas que para este tipo señala la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

b) Que el organismo competente exceptúe del requisito de permisos,

licencias, autorizaciones, etc., a determinadas mercancías, en cuyo caso deberá hacerlo mediante un acto administrativo de carácter general o dirigido a un número indeterminado de personas, con la consiguiente publicación en la Gaceta Oficial que corresponda⁴. Esta alternativa procede únicamente para las restricciones distintas a la «reserva a la Nación» y, como es obvio, a la prohibición, todo lo cual se desprende del texto mismo del artículo bajo análisis.

La extracción temporal

La extracción temporal es el régimen que consiste en la salida del territorio aduanero nacional, por tiempo y fin determinados y bajo régimen de suspensión de impuestos de exportación, de mercancías para ser reintroducidas sin modificación o luego de haber sido objeto de transformación, combinación, mezcla, rehabilitación, reparación o cualquier otro tipo de perfeccionamiento.

La reintroducción queda «sujeta a las obligaciones ordinarias de importación que sean aplicables, en lo que respecta a los productos incorporados al valor agregado en el exterior por perfeccionamiento pasivo». Por interpretación en contrario, la reintroducción de efectos que no hayan sido perfeccionados no estará sujeta a dichas obligaciones, pero cabe preguntar: ¿Qué debemos entender por tales obligaciones, dentro de este contexto? Es evidente que la Ley dispuso dar a los productos incorporados en el exterior un tratamiento diferente al acordado para los efectos que en realidad sean reintroducidos, dado que la porción incorporada en el exterior es objeto de internación primaria, es decir, de primera introducción a un territorio aduanero del cual no son originarias ni al cual habían ingresado anteriormente.

¿Qué quiso expresar el legislador con la frase *obligaciones ordinarias*? La obligación es el vínculo que sujeta a hacer o a abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos;⁵ como es fácil notar, este término se refiere tanto a acciones como a omisiones debidas e impone tanto cargas de hacer como de no hacer, por lo que trasladado al ámbito aduanero resulta sinónimo de régimen ordinario, incluidas, como es previsible, las correspondientes restricciones a la importación. En síntesis y a nuestros efectos, la expresión

⁴Ver artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁵Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Pág. 931.

obligaciones ordinarias tiene el mismo alcance y sentido que la locución *régimen ordinario*.

La Ley prevé la posibilidad de que la garantía que se deba prestar cubra, además de los impuestos de exportación, hasta el doble del valor de las mercancías cuando su exportación ordinaria esté sujeta a restricciones de cualquier naturaleza. Con esta previsión la Ley persigue disuadir cualquier intento de utilizar esta figura para evadir las restricciones a la exportación, las cuales son impuestas de ordinario a bienes de capital (bienes de inversión)⁶, cuya extracción disminuye la capacidad productiva del país.

La extracción temporal termina con la reintroducción de los efectos, con su exportación definitiva o por la destrucción de los efectos como consecuencia de casos fortuitos o de fuerza mayor y bajo las condiciones establecidas por el Ejecutivo Nacional. En el primer caso se liberará la garantía prestada y, en el segundo, se puede hacer lo propio en casos justificados que se enmarquen dentro de normas previamente establecidas.

Como puede notarse, hay una exacta coincidencia entre la terminación de la extracción y la liberación o ejecución de la garantía prestada. Ello es así, por cuanto la aduana debe mantener inalterada la garantía que se le presenta hasta tanto queden satisfechas las condiciones bajo las cuales se autorizó la extracción o, evidenciado el incumplimiento, se proceda a su ejecución.

La Ley faculta al Ejecutivo Nacional para exonerar, por vía de liberación de la garantía prestada, los impuestos de exportación a mercancías que hayan sido extraídas temporalmente y que se encuentren dentro de una determinada situación de hecho previamente establecida por la Administración; en otras palabras, el Presidente de las República puede establecer por decreto las condiciones y requisitos para que mercancías temporalmente extraídas cuya situación revista ciertas características, puedan permanecer en el exterior a título definitivo con liberación de la garantía prestada, lo cual equivale a la concesión de una exoneración de impuestos de exportación. Debemos notar que la facultad que la Ley otorga al Ejecutivo es la de establecer las normas generales para la concesión del beneficio, mientras que dicha concesión para caso particular puede corresponder al Ministro de Finanzas o al funcionario en quien éste delegue la función, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Central.

⁶Se entiende por bienes de capital o de inversión los utilizados para la producción de otros bienes.

¹En otros países no se utiliza la frase *mercancía nacionalizada*, de uso común en Venezuela, prefiriéndose los términos *mercancía despachada a plaza*, *mercancía sacada a consumo* o *mercancía destinada al uso o consumo*.

CAPÍTULO XVII

EL ARANCEL DE ADUANAS

Visión general

El Arancel de Aduanas es, por encima de cualquier otra consideración, un acto administrativo, no solamente porque emana de una autoridad administrativa sino también, y sobre todo, porque es en sí un acto de ejecución de la ley, o sea, un acto de función administrativa (Carre de Malberg, 1948). Es un decreto, por cuanto la competencia para promulgarlo corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; en este sentido es el acto de la Administración de más alta jerarquía, por así establecerlo la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en sus artículos 14 y 15. Al ser dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, debe ser refrendado por la totalidad de sus miembros, por exigencia del artículo 15, ejusdem.

Desde el punto de vista de la forma, este instrumento es un *decreto reglamentario*, por cuanto establece una regla general, en contraposición al individual, que se refiere a una persona designada individualmente (nombramiento de un ministro, por ejemplo); desde el ángulo de la competencia, es *obligatorio*, por cuanto el retardo en su promulgación compromete la responsabilidad del Estado, al imposibilitar la aplicación de la Ley Orgánica de Aduanas; calificándolo en virtud de su contenido, es un *reglamento de policía*, por cuanto impone restricciones a la libertad de los ciudadanos (prohibiciones, licencias, permisos), con miras a la satisfacción de necesidades de orden público; si lo analizamos desde el punto de vista de su vinculación con la ley, es *subordinado*, por cuanto ha sido dictado para asegurar la ejecución de la Ley y, por tanto, está directa y fuertemente atado a ella.

El Arancel de Aduanas es un acto de la Administración y, por lo tanto,

está sujeto a normas de jerarquía superior: la Constitución y las leyes y a lo que la doctrina ha denominado, en su conjunto, *Estado de Derecho*. Por tal debe entenderse un Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para garantía del estatuto individual de éstos, se somete él mismo a un régimen de derecho, por cuanto encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas, de las cuales unas determinan los derechos otorgados a los ciudadanos y otras establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales; estas dos clases de reglas tienen por efecto común limitar la potestad del Estado subordinándola al orden jurídico que consagran. Uno de los signos característicos del régimen del Estado de derecho consiste precisamente en que, respecto a los administrados, la autoridad administrativa sólo puede emplear medios autorizados por el orden jurídico vigente, especialmente por las leyes. Esto implica dos cosas: por una parte, cuando entra en relación con los administrados, no puede la autoridad administrativa ir en contra de las leyes existentes ni apartarse de las mismas, sino que está obligada a respetar la ley. Por otra parte, en el Estado de derecho que ha alcanzado su completo desarrollo, la autoridad administrativa no puede imponer nada a los administrados si no es en virtud de una ley, y no puede aplicar, respecto a ellos, sino aquellas medidas previstas explícitamente por las leyes o al menos implícitamente autorizadas por ellas. El administrador que exige de un ciudadano un hecho o una abstención debe empezar por mostrarle el texto de la ley de donde toma el poder para dirigirle ese mandamiento. Por consiguiente, en sus relaciones con los administrados, la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales. Finalmente, el régimen del Estado de derecho implica esencialmente que las reglas limitativas que el Estado se ha impuesto a sí mismo en interés de sus súbditos podrán ser alegadas por éstos de la misma manera que se alega el derecho, ya que sólo con esa condición habrán de constituir, para los súbditos, verdadero derecho. El Estado de derecho es, pues, aquel que, al mismo tiempo que formula prescripciones relativas al ejercicio de su potestad administrativa, asegura a los administrados, como sanción de dichas reglas, un poder jurídico de actuar ante una autoridad jurisdiccional con objeto de obtener la anulación, la reforma o por lo menos la no aplicación de los actos administrativos que las hubieran infringido. Por lo tanto, el régimen del Estado de derecho se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos

y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales (Carre de Malberg, 1948).

La doctrina constitucional y administrativa han discutido hasta la saciedad sobre la procedencia jurídica de que actos administrativos fijen impuestos. No siendo materia de este trabajo el análisis de dicho asunto, aceptaremos como buena la posición ecléctica recogida por el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: «la Ley podrá establecer una cuota exigible variable dentro de los límites determinados, dejando facultado al Ejecutivo para fijar el tipo del impuesto dentro de dichos límites, en la reglamentación que dicte.» Sin embargo, es de señalar que no son raros los casos en que la ley extiende o amplía la competencia reglamentaria de la administración, autorizándola a dictar ciertos reglamentos que no podría dictar sin dicha ley habilitante, por tratarse de cuestiones que exceden su competencia normal. Un ejemplo lo constituye la ley que estableció una exención impositiva a las materias primas importadas y dejó al Poder Ejecutivo la determinación de cuáles productos se considerarían tales, pues el Poder Ejecutivo adquirió una facultad que excedía su competencia reglamentaria normal. (Sayagues, 1959).

El instrumento arancelario tiene carácter sublegal y, por lo tanto, no puede crear impuestos ni otras contribuciones de derecho público, *sino dentro de los límites determinados por la ley*, a decir del artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual viene a poner tinte de modernidad y a reiterar el sentido del vetusto artículo 45 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.¹

Esos límites a que se refieren los citados artículos de las dos leyes orgánicas, son los establecidos por el legislador aduanero al fijar techo y piso para la tarifa arancelaria cuando el impuesto sea *ad valorem* y hacer lo propio con las unidades monetarias que se pueden cobrar por unidades del sistema métrico decimal, cuando el impuesto sea específico o mixto; es obvio que la Ley Orgánica de Aduanas no requería autorización de leyes de igual jerarquía para proceder a dicha fijación, lo cual si era imprescindible para la derogada Ley de Aduanas, que sujeta jerárquicamente a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no hubiera podido fijar dichos límites y dejar su desarrollo al Arancel de Aduanas, sin la previa existencia del párrafo transcrito.

La Ley Orgánica de Aduanas dedica cinco artículos, la totalidad de su

¹ En igual sentido se pronuncia el artículo 4º del Código Orgánico Tributario.

Título III, a regular el Arancel de Aduanas.

Comienza señalando que «la importación, exportación y tránsito de mercancías estarán sujetas al pago del impuesto que autoriza esta Ley, en los términos por ella previstos»; al adoptar esta redacción, se nos indica que dicho Arancel se refiere a todas las operaciones aduaneras y no únicamente a la importación. Esta precisión es sumamente importante, por cuanto señala que, a diferencia del Arancel fundamentado en la derogada Ley de Aduanas,² el actual no es un Arancel dirigido a la importación, sino a las tres operaciones aduaneras. Por ello, la tarifa aplicable al tránsito aduanero o a la exportación, así como las prohibiciones o restricciones de cualquier naturaleza que afecten a dichas operaciones, deberán estar expresamente señaladas en dicho instrumento, como veremos más adelante.

La referida norma indica dos cosas más; la primera, que sólo la Ley Orgánica de Aduanas puede autorizar la aplicación impuestos a las operaciones aduaneras. Esta reserva de facultad se torna absoluta, por cuanto está contenida en una Ley que, además de especial en cuanto a la materia que trata, está investida con carácter de orgánica y, por ende, solamente subordinada al texto constitucional. En segundo lugar, que los límites y formas de aplicación de dichos impuestos, serán los previstos por ella. En síntesis, dicho artículo señala que solamente la Ley Orgánica de Aduanas puede pechar las operaciones aduaneras y que esa imposición fiscal no puede ser establecida de manera distinta a la allí señalada, es decir, por instrumento distinto a dicho Arancel.

La Ley reserva al Arancel, de manera exclusiva, la clasificación de mercancías en gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas o sometidas a otras restricciones. Esta previsión está íntimamente ligada al principio de seguridad jurídica, al impedir la proliferación de normas restrictivas de las operaciones aduaneras, que hagan de la actividad aduanera una suerte de aventura donde cualquier cosa pueda suceder. Tal como dice su exposición de motivos «... se obliga a que estas categorías de mercancías y restricciones deban quedar fijadas en el propio Arancel y no en otros instrumentos, a objeto de evitar confusión tanto para los contribuyentes como para los

² El artículo 114 de la derogada Ley de Aduanas, decía textualmente: El Arancel de Aduanas será dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

En dicho Arancel las mercancías de importación quedará clasificadas así: de importación gravada, de importación no gravada, de importación prohibida y de importación reservada al Gobierno Nacional.

funcionarios públicos a quienes corresponde interpretar y aplicar dicho Arancel». En tal virtud, éste debe ser un compendio de las prohibiciones, restricciones y gravámenes a las operaciones aduaneras; lo que allí no esté reflejado no existe para el mundo del derecho, pues ningún instrumento, sea cual fuese su categoría jurídica, puede establecer tarifas aduaneras ni someter sus operaciones a prohibiciones o restricciones de cualquier naturaleza.

Clasificación y calificación de las mercancías

Hay dos términos que utiliza la Ley Orgánica de Aduanas al relacionar el Arancel de Aduanas con las mercancías, que requieren nuestra especial atención: *clasificación* y *calificación*.

A decir de la Ley, las mercancías objeto de operaciones aduaneras quedarán *clasificadas* en gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas o sometidas a otras restricciones (permisos o licencias). Así, en el Arancel de Aduanas todas las mercancías deberán pertenecer, cuando menos, a una de estas categorías; decimos cuando menos, pues podría darse el caso de que una mercancía resultara no gravada y prohibida y otra gravada y sometida a cualquier restricción. La Ley ordena que se clasifique de una determinada manera y utilizando un instrumento específico (el Arancel de Aduanas); pero quien *califica*, quien determina la calidad de cada ítem dentro de la señalada clasificación, es la Administración.

Qué significa esto en la práctica?

1º) Que la clasificación de las mercancías no puede ir más allá de lo señalado en la Ley. Como ya comentamos en párrafo precedente, el derecho positivo venezolano no admite que las mercancías objeto de operación aduanera sean clasificadas en forma distinta a gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas o sometidas a otras restricciones.

2º) El señalamiento de que una mercancía corresponde a una o varias de dichas categorías y que **solamente** puede hacerse a través del Arancel de Aduanas. Además, no es válido ni justificable realizar calificaciones genéricas o citar las contenidas ilegalmente en otras normas jurídicas, sea cual fuese su categoría. Así, por ejemplo, los neumáticos de caucho del tipo utilizado en automóviles de turismo, correspondientes al código arancelario 40.11.10.00, no aparecen sujetos a ningún tipo de restricción y, por lo tanto, no lo están. Tal afirmación, que parece de Perogrullo, es necesaria, por cuanto se presenta la situación de que no existiendo calificación de *sometidas a otras restricciones* para estas mercancías, se restringe su importación alegando limitaciones que

no están expresamente señaladas en dicho ítem; vale, entonces, recordar que calificar significa, antes que todo, declarar, determinar, señalar, distinguir la circunstancia de una cosa; es contrario a la ley (y contrario al significado del término *calificar*) el señalamiento genérico, sin distingo, impreciso, que se pretende hacer con mercancías para las cuales se han establecido Normas Venezolanas COVENIN. Las restricciones arancelarias constituyen limitaciones a la libertad individual, excepciones al principio de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución y, en consecuencia, de interpretación y aplicación restrictiva. La Ley le impone al Ejecutivo la obligación de que esas restricciones queden fijadas en el propio Arancel y no en otros instrumento; por ello, no basta la mencionar la existencia de una restricción para que ésta tenga validez y sea aplicable; es imprescindible que se señale, de manera precisa y sin que quede lugar a dudas, cada una de las mercancías sobre las que opera el régimen restrictivo. Caso contrario, la seguridad jurídica pretendida por el comentado artículo 84, se ahogará en un mar de imprecisiones y obscuridades que darán pie a verdaderas emboscadas jurídicas y a la aplicación de sanciones imprevisibles.

Ciertamente, la última parte de la norma en análisis impone que la *calificación* de las mercancías dentro de la *clasificación* señalada, *solamente* puede realizarse a través del Arancel de Aduanas. Pero, qué sucedería si una mercancía o grupo de mercancías es calificada como prohibida, reservada, etc., mediante un acto administrativo distinto a dicho Arancel?. El término *solamente*, utilizado por la Ley, significa literalmente «de un solo modo, en una sola cosa, o sin otra cosa»;³ de esta manera, ella indica que la calificación de las mercancías a través del Arancel es un elemento esencial, que excluye cualquier otra posibilidad, penando con nulidad absoluta cualquier calificación extraña al Arancel de Aduanas. Es incontrovertible que cuando el legislador utilizó dicho término lo hizo de un doble sentido: uno, positivo, imponiendo que dicha calificación se hiciera, exclusivamente, en el instrumento arancelario; otro, negativo, prohibiendo que se hiciera a través de cualquier otro acto administrativo; como es fácilmente deducible, toda exclusividad conlleva una exclusión y, en este caso, lo que sólo puede hacerse a través del Arancel no puede realizarse mediante un acto administrativo diferente. Así, si el Presidente de la República promulga un Decreto gravando la exportación o el tránsito de determinadas mercaderías, tal acto sería nulo de nulidad absoluta, por cuanto tal cosa está prohibida por el artículo en cuestión; cosa

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

distinta sucedería, si este funcionario decide promulgar un nuevo Arancel de Aduanas, en el cual sometiera a restricciones a todas o algunas mercancías de exportación o tránsito.

La nulidad por irrespeto a este artículo de la Ley Orgánica de Aduanas es absoluta por expreso mandato legal pero –además– no es posible que un acto viciado en tal sentido pudiera ser convalidado. La fijación de tarifas o restricciones a cualquier operación, mediante acto administrativo distinto al Arancel, será siempre ilegal e incorregible en cuanto a su vicio de ilegalidad.

Tipos y límites de los impuestos aduaneros

Los impuestos a la importación, exportación o tránsito de mercancías pueden ser de tipo *ad valorem*, específico o mixto y dentro de límites expresamente señalados en Ley.

El Arancel no fija tasas, como tampoco impuestos; fija, si, la tarifa (alícuota) a cada una de las subpartidas subregionales (8 dígitos) o adicionales (10 dígitos), que posteriormente serán utilizadas para la determinación del impuesto correspondiente.

Los impuestos aduaneros son *ad valorem*, específicos o mixtos, tanto en virtud de su base imponible, como de su tarifa (alícuota); los primeros tienen una base imponible expresada en el valor monetario de las mercancías y una alícuota porcentual (%); la base imponible de los específicos atiende al peso, longitud o volumen, expresada en unidades del sistema métrico decimal, mientras que su alícuota se forma por la combinación de una de dichas unidades con una expresión monetaria (v. gr. bolívares por kilogramo (Bs/kg)). Los impuestos mixtos, guardando su independencia de los otros dos, es el resultado de la combinación de ellos.

La nomenclatura del Sistema Armonizado para Designación y Codificación de Mercancías

En su acepción más simple, una nomenclatura es una colección de nombres de cosas, pero una nomenclatura aduanera debe, además, ser lo suficientemente amplia que comprenda todos los bienes susceptibles de ser objeto de comercio internacional; debe estar estructurada de tal modo, que una mercancía solamente pueda ser ubicada en un solo y único lugar; sus

conceptos deben ser claros y bien delimitados, ajenos a toda ambigüedad; debe responder a las necesidades de todos los factores interventores en el comercio internacional (polivalente), ya sean comerciantes, transportistas, almacenistas, economistas, estadígrafos, etc.; debe ser de uso y aceptación uniforme por todos los países y, por último, debe prestarse fácilmente para la elaboración de estadísticas comerciales.

Con el Sistema Armonizado para la Designación y Codificación de Mercancías, basado en la Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera⁴ (NCCA) y en la Codificación Uniforme para el Comercio Internacional (CUCI, de la Organización de las Naciones Unidas), parece haberse logrado, en buena proporción, un sistema nomenclatural con las características deseadas, por lo que casi todas las naciones del mundo la han adoptado como base de sus nomenclaturas arancelarias.

Objetivos de la nomenclatura del Sistema Armonizado

La elaboración del Sistema Armonizado obedeció a objetivos muy bien definidos, a saber:

- a) Facilitar el comercio internacional.
- b) Facilitar el registro, la comparación y el análisis de las estadísticas, especialmente las del comercio entre países.
- c) Reducir los gastos que ocasiona, en el curso de las transacciones internacionales, la necesidad de atribuir a las mercancías una nueva designación, una nueva clasificación y un nuevo código al pasar de una clasificación a otra, así como facilitar la uniformidad de los documentos comerciales y la transmisión de datos.
- d) Adecuarse al grado de detalle requerido por los gobiernos y los medios comerciales para cumplir sus fines arancelarios y estadísticos.
- e) Disponer de datos exactos y comparables para las negociaciones comerciales.
- f) Favorecer el establecimiento de una correlación, lo más estrecha posible, entre las estadísticas del comercio de importación y exportación, por una parte, y las estadísticas de producción, por la otra.

⁴ Ahora Organización Mundial de Aduanas (OMA)

Artículos 3 y 4 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado

Para el logro de tales objetivos y para conservar la pureza de la nomenclatura, se evidenció necesario establecer ciertas regulaciones, entre las que destacan las contenidas en los artículos 3 y 4 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado, dado en Bruselas el 14 de junio de 1983, que a continuación se transcriben:

Artículo 3.–

1. Sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el artículo 4:

a) las partes contratantes se comprometen, salvo que apliquen las disposiciones del apartado c) siguiente, a que sus nomenclaturas arancelaria y estadística se ajusten al Sistema Armonizado, a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para cada Parte. Se comprometen, por tanto, en la elaboración de sus nomenclaturas arancelaria y estadística:

1° a utilizar todas las partidas y subpartidas del Sistema Armonizado sin adición ni modificación, así como los códigos numéricos correspondientes;

2° a aplicar las Reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado, así como todas las notas de las secciones, capítulos y subcapítulos y a no modificar el alcance de las secciones, de los capítulos, partidas o subpartidas del Sistema Armonizado;

3° a seguir el orden de numeración del Sistema Armonizado;

b) las Partes contratantes pondrán también a disposición del público las estadísticas del comercio de importación y exportación siguiendo el código de seis cifras del Sistema Armonizado o, por su propia iniciativa, con un nivel más detallado, en la medida en que tal publicación no queda excluida por razones excepcionales, tales como el carácter confidencial de las informaciones de orden comercial o la seguridad nacional.

c) ninguna disposición del presente artículo obliga a las Partes contratantes a utilizar las subpartidas del Sistema Armonizado en la nomenclatura arancelaria, siempre que respeten las obligaciones prescritas en los apartados a) 1°, a) 2°, a) 3°, anteriores en la nomenclatura arancelaria y estadística combinada.

2. Respetando las obligaciones previstas en el apartado 1 a) del presente artículo, las Partes contratantes podrán introducir las adaptaciones de texto que sean indispensables para dar validez al Sistema Armonizado en relación con la legislación nacional.

3. Ninguna disposición del presente artículo prohíbe a las Partes contratantes crear, en su propia nomenclatura arancelaria o estadística, subdivisiones para la clasificación de mercancías a un nivel más detallado que el del Sistema Armonizado, siempre que tales subdivisiones se añadan y codifiquen a un nivel superior al del código numérico de seis cifras que figura en el anexo al presente Convenio.

El artículo 3 del Convenio se refiere a las obligaciones de las partes contratantes. Indica, en primer lugar, las disposiciones a las cuales deben conformarse al establecer sus nomenclaturas arancelarias o estadísticas sobre la base del Sistema Armonizado. Prescribe, en especial, la obligación de no modificar los textos ni los códigos ni alterar el alcance o el orden de presentación de las partidas o de las subpartidas. Las únicas autorizadas (párrafo 2), son las adaptaciones del texto que puedan ser necesarias para hacer aplicable el Sistema Armonizado en la legislación interna de las Partes contratantes pero, incluso en este caso, no deben afectar el alcance de las partidas o subpartidas.

Aunque no se puede modificar el Sistema Armonizado propiamente dicho, nada impide a las Partes contratantes crear subdivisiones adicionales en sus nomenclaturas para identificar ciertas mercancías que no pudieron recibir un trato diferenciado en la Nomenclatura del Sistema Armonizado. Estas medidas pueden ser necesarias, por ejemplo, para reflejar disposiciones de política arancelaria o el desarrollo del comercio internacional respecto a determinados productos. El párrafo 3 dispone que estas subdivisiones suplementarias sólo pueden presentarse como subdivisiones e las subpartidas existentes del Sistema Armonizado, y cualquier código que las acompañe se añadirá al código de 6 dígitos del Sistema Armonizado (por ejemplo, 7º ó 7º y 8º dígitos) o una identificación alfabética.

Por lo tanto, para cumplir las obligaciones que se derivan del artículo 3, las Partes contratantes deberán modificar su arancel de aduanas y sus nomenclaturas estadísticas para incorporar las partidas y subpartidas del Sistema Armonizado. Esto significa, en principio, que si bien la nomenclatura del arancel de importación, la nomenclatura estadística de importación y

la nomenclatura estadística de exportación pueden ser tres nomenclaturas diferentes, deben ser idénticas hasta el nivel de detalle común (6 cifras) del Sistema armonizado y la diferencia sólo registrarse a nivel de detalle y subdivisión ulterior (7ª y 7ª y 8ª cifras). Nada impide que las tres nomenclaturas que sean la misma o idéntica o que dos sean idénticas y la tercera distinta (por ejemplo, una nomenclatura única para estadística de importación y de exportación y otra arancelaria, o una misma nomenclatura arancelaria y para las estadísticas de importación y otra diferente para las estadísticas de exportación). Pero, en principio, todas deben ajustarse íntegramente al Sistema armonizado. No obstante, para evitar a las Partes contratantes una presentación demasiado engorrosa de su arancel de aduana, que en muchos países es objeto de un instrumento legislativo que requiere la aprobación del Parlamento, en el párrafo 1) c) se dispensa a las Partes contratantes de la obligación de reproducir las subpartidas del Sistema Armonizado, siempre y cuando se cumplan las obligaciones emanadas del párrafo 1) a) en una nomenclatura arancelaria y estadística combinada, tal como se define en el párrafo d) del artículo 1.

Como la nomenclatura arancelaria también está incluida en una nomenclatura arancelaria y estadística combinada, la Parte contratante no infringe lo dispuesto en el artículo 3 si sólo aplica esta última, lo cual también le serviría, en tal caso, de texto oficial a los fines arancelarios, siempre y cuando esté prescrita a los efectos de la declaración de mercancías a la importación.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 b), las Partes contratantes tienen la obligación de poner a disposición del público sus estadísticas comerciales de importación y de exportación, con arreglo al código de 6 cifras del Sistema Armonizado, pero están autorizados a hacerlas públicas a un nivel más detallado que el del Sistema Armonizado.

Las Partes contratantes quedan eximidas de la obligación de publicar sus estadísticas, solamente en la medida en que esta publicación se excluya por motivos excepcionales (carácter confidencial de determinadas informaciones comerciales o motivos de seguridad nacional, por ejemplo). Sin embargo, también se ha reconocido a este respecto que esta publicación no es necesaria cuando las estadísticas se refieran a intercambios de poca importancia. (Presentación del Sistema Armonizado).

Artículo 4.—

1. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante puede diferir la aplicación de una parte o del conjunto de las subpartidas del Sistema Armonizado, durante el tiempo que fuere necesario, teniendo en cuenta la estructura de su comercio internacional o sus posibilidades administrativas.

2. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones del presente artículo, se compromete a hacer lo necesario para aplicar el Sistema Armonizado completo con sus seis cifras en el período de cinco años que siga a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para dicho país o en cualquier otra fecha que estime necesaria, teniendo en cuenta las disposiciones del apartado 1 del presente artículo.

3. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y opte por la utilización parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones del presente artículo aplicará todas las subpartidas de dos guiones de una subpartida de un guión o ninguna, o bien, todas las subpartidas de un guión de una partida o ninguna. En estos casos de aplicación parcial, la sexta cifra o las cifras quinta y sexta correspondientes a la parte del código del Sistema Armonizado que no se aplique serán reemplazadas por «0» ó «00», respectivamente.

4. Al convertirse en Parte contratante, cualquier país en desarrollo que opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones del presente artículo notificará, al Secretario General, las subpartidas que no aplique en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para dicho país y le notificará también las subpartidas que va a aplicar posteriormente.

5. Al convertirse en Parte contratante, cualquier país en desarrollo que opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones del presente artículo podrá notificar, al Secretario General, que se compromete formalmente a aplicar el Sistema Armonizado completo con sus seis cifras en el período de tres años que siga a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio respecto a dicho país.

6. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y aplique parcialmente el Sistema Armonizado conforme a las disposiciones del presente artículo, quedará exento de las obligaciones que impone el artículo

3 en lo que se refiere a las subpartidas que no aplique.

En los artículos 4 y 5 del Convenio se prevé la aplicación parcial del Sistema por los países en desarrollo y la facilitación de una asistencia técnica a éstos. Para la aplicación de estas disposiciones se ha acordado que se aceptará la noción de país en desarrollo adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). No se ha considerado necesario, por lo tanto, establecer una definición distinta en el Convenio.

En virtud del artículo 4, los países en desarrollo pueden aplicar parcialmente el Sistema Armonizado, es decir, que pueden renunciar, por lo menos provisoriamente, a todas las subpartidas o parte de las mismas, sin por ello dejar de cumplir las obligaciones que se derivan del artículo 3.

Los países en desarrollo que sean Partes contratantes y se acojan a esta disposición no obstante deberán aplicar, como mínimo, el conjunto de las partidas de cuatro dígitos, así como todos los textos correspondientes a este nivel (notas de Secciones, notas de Capítulos, Reglas Generales Interpretativas 1 a 5).

Con el fin de propiciar la adopción del Sistema Armonizado completo por el mayor número posible de países, se dispone en el párrafo 2 que los países en desarrollo que decidan aplicar parcialmente el Sistema, se comprometen a hacer cuanto puedan para aplicarlo íntegramente dentro de los cinco años que siguen a la fecha en la que el Convenio entra en vigor para ellos. Dichos países pueden también extender dicho plazo, invocando motivos relacionados con la estructura de su comercio internacional o su capacidad administrativa.

Cabe mencionar que el compromiso mencionado en el párrafo 2, no conlleva ninguna obligación para la Parte contratante de aplicar efectivamente el Sistema Armonizado completo de seis dígitos a la expiración de un lapso determinado, sino que solamente se le requiere que hagan «todo cuanto puedan» para alcanzar este objetivo.

Por el contrario, el compromiso opcional establecido en el párrafo 5 es de carácter más exigente, en la medida en que el país en desarrollo se compromete formalmente a aplicar el Sistema Armonizado completo de seis dígitos, antes de que expire un plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor, según las previsiones del artículo 13 (en la práctica un plazo de casi cinco años desde haberse convertido en Parte contratante).

Para facilitar la gestión del Sistema Armonizado y, sobre todo, poder

definir los derechos respectivos de las Partes contratantes de conformidad con el artículo 17, en el párrafo 4 se requiere a los países en desarrollo que opten por una aplicación parcial, que notifiquen al Secretario General (del Consejo de Cooperación Aduanera) las subpartidas del Sistema Armonizado que no aplicarán cuando el Convenio entre en vigor a su respecto y le comunique, luego, las subpartidas que vayan adoptando en el futuro.

En el párrafo 6 se dispone que los países en desarrollo que sean Partes contratantes y que apliquen parcialmente el Sistema Armonizado, quedarán eximidos de las obligaciones que se derivan del artículo 3, en cuanto se refiere a las subpartidas que no aplican. Sin embargo, para salvaguardar el carácter de lenguaje universal del Sistema, se establecen algunas prescripciones en el párrafo 3 respecto a la aplicación de las subpartidas mismas y de sus correspondientes códigos. Por ejemplo, el país que quiere aplicar una subpartida de un guión determinada, deberá también aplicar las demás subpartidas de un guión de la partida de cuatro dígitos en cuestión. Asimismo, el país que quiera aplicar una subpartida de dos guiones, deberá aplicar todas las subpartidas de dos guiones; se sustituirá la parte correspondiente del código (6ª cifra) por un cero (0) en la nomenclatura arancelaria o en la nomenclatura arancelaria y estadística combinada y en las nomenclaturas estadísticas del país. De no aplicarse subpartidas de cinco dígitos, se sustituirá el grupo formado por el 5º y 6º dígitos, por dos ceros (00).

Con los ejemplos siguientes, se comprenderá mejor el mecanismo de esta disposición:

20.08 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADAS O CONSERVADAS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRA PARTIDA.

- Frutos de cáscara, cacahuets (maníes) y otros granos, incluso mezclados

- 2008.11 -- Cacahuets (maníes)
- 2008.19 - - Otros, incluidas las mezclas
- 2008.20 - - Piñas (ananás)
- 2008.30 - - Agrios (citrus)

- 2008.40 - - Peras
- 2008.50 - - Albaricoques (damascos)
- 2008.60 - - Cerezas
- 2008.70 - - Melocotones (duraznos)
- 2008.80 - - Fresas (frutillas)
- Los demás, incluidas las mezclas, salvo las de la subpartida 2008.19:
- 2008.91 - - Palmitos
- 2008.92 - - Mezclas
- 2008.99 - - Los demás

1.- Si un país en desarrollo no desea aplicar ninguna de las subpartidas de la partida 20.08, se le notificará al Secretario General en el momento de hacerse Parte contratante. En tal caso se sustituye por «00» los 5° y 6° dígitos del número de código. La partida 20.08 quedaría así:

2008.00 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADOS O CONSERVADOS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRAS PARTIDAS.

Este país puede, por supuesto, crear subpartidas para sus propias necesidades nacionales, pero deberá velar porque el número de código 2008.00 quede sin modificaciones y agregar en forma de dígitos y letras suplementarios, los indicativos requeridos para sus propias divisiones. Por ejemplo, para identificar separadamente, a los fines nacionales, las *hojas de parra comestibles*, la presentación deberá ser así:

2008.00 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADOS O CONSERVADOS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRAS PARTIDAS.

- 2008.001 - Hojas de parra

2008.009 - Los demás

2.- Si un país en desarrollo que es Parte contratante le interesa la especialización de los agrios (cítricos), podrá aplicar la subpartida 2008.30 del Sistema Armonizado; no obstante, en este caso, tendrá que adoptar todas las subpartidas de un guión. Sin embargo, no tendrá la obligación de aplicar las subpartidas de dos guiones (2008.11, 2008.19, 2008.91, 2008.92 y 2008.99), pero entonces tendrá que codificar la primera y la última subpartida de un guión 2008.10 y 2008.90, respectivamente. Además, notificará al Secretario General, al convertirse en Parte contratante, que no aplicará estas subpartidas de dos guiones. La partida 20.08 de la nomenclatura arancelaria y estadística combinada y de las nomenclaturas estadísticas de esta Parte contratante se presenta así:

20.08 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADAS O CONSERVADAS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRA PARTIDA.

- Frutos de cáscara, cacahuetes (maníes) y otros granos,
incluso mezclados

2008.11 - - Cacahuetes (maníes)

2008.19 - - Otros, incluidas las mezclas

2008.20 - Piñas (ananás)

2008.30 - Agrios (cítricos)

2008.40 - Peras

2008.50 - Albaricoques (damascos)

2008.60 - Cerezas

2008.70 - Melocotones (duraznos)

2008.80 - Fresas (frutillas)

2008.90 - Los demás, incluidas las mezclas, salvo las de la subpartida 2008.19.

La inclusión de este dispositivo de una subpartida nacional, de ninguna manera podrá modificar el código de seis dígitos. O sea, que la identificación separada de las *hojas de parra comestibles*, por ejemplo, se haría ahora de la siguiente manera:

20.08 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADAS O CONSERVADAS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRA PARTIDA.

- Frutos de cáscara, cacahuets (maníes) y otros granos, incluso mezclados

2008.11 - - Cacahuets (maníes)

2008.19 - - Otros, incluidas las mezclas

2008.20 - Piñas (ananás)

2008.30 - Agrios (citrus)

2008.40 - Peras

2008.50 - Albaricoques (damascos)

2008.60 - Cerezas

2008.70 - Melocotones (duraznos)

2008.80 - Fresas (frutillas)

2008.90 - Los demás, incluidas las mezclas, salvo las de la subpartida 2008.19.

2008.901 - - Hojas de parra

2008.909 - - Los demás

Si un país en desarrollo que es parte contratante, desea aplicar la subpartida de dos guiones relativa a los palmitos (número de código 2008.91), tendrá que aplicar todas las subpartidas de dos guiones de la última subpartida de un guión y, por lo tanto, todas las subpartidas de un guión de

la partida 20.08. En este caso, notificará al Secretario General, al convertirse en parte contratante, que no aplica las subpartidas 2008.11 y 2008.19, en cuyo caso el código de la primera subpartida de un guión se leerá 2008.10. Su nomenclatura arancelaria o su nomenclatura arancelaria y estadística combinada y sus nomenclaturas estadísticas para el 20.08, serían así:

20.08 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADAS O CONSERVADAS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRA PARTIDA.

- Frutos de cáscara, cacahuets (maníes) y otros granos,
incluso mezclados

2008.11 - - Cacahuets (maníes)

2008.19 - - Otros, incluidas las mezclas

2008.20 - Piñas (ananás)

2008.30 - Agrios (citrus)

2008.40 - Peras

2008.50 - Albaricoques (damascos)

2008.60 - Cerezas

2008.70 - Melocotones (duraznos)

2008.80 - Fresas (frutillas)

- Los demás, incluidas las mezclas, salvo las de la subpartida 2008.19.

2008.91 - - Palmitos

2008.92 - - Mezclas

2008.99 - - Los demás

Si este país quiere identificar en este dispositivo las hojas de parra comestibles como subpartida nacional, en este caso también solamente podrá

hacerlo a un nivel situado más allá del código numérico de seis dígitos, por ejemplo:

20.08 FRUTOS Y DEMAS PARTES COMESTIBLES DE PLANTAS, PREPARADAS O CONSERVADAS DE OTRA FORMA, CON O SIN ADICIÓN DE AZUCAR O DE OTROS EDULCORANTES O DE ALCOHOL, NO EXPRESADOS NI COMPRENDIDOS EN OTRA PARTIDA.

- Frutos de cáscara, cacahuets (maníes) y otros granos,
incluso mezclados

2008.11 - - Cacahuets (maníes)

2008.19 - - Otros, incluidas las mezclas

2008.20 - Piñas (ananás)

2008.30 - Agrios (citrus)

2008.40 - Peras

2008.50 - Albaricoques (damascos)

2008.60 - Cerezas

2008.70 - Melocotones (duraznos)

2008.80 - Fresas (frutillas)

- Los demás, incluidas las mezclas, salvo las de la
subpartida 2008.19.

2008.91 - - Palmitos

2008.92 - - Mezclas

2008.99 - - Los demás

2008.991 - - - Hojas de parra

2008.999 - - - Los demás

Cabe señalar, por último, que nada se opone a que un país en desarrollo que es Parte contratante aplique, dentro del marco de una misma partida, una o varias subpartidas del Sistema, sin necesidad de aplicar todas las demás subpartidas del mismo nivel. En este caso, sin embargo, se considera desde

el punto de vista del Convenio que no se aplica(n) dicha(s) subpartida(s), de modo que hay que notificarla(s) al Secretario General, y habrá que codificarlas a un nivel ulterior del código numérico de seis cifras del Sistema Armonizado, cuyo 6º dígito, o 5º y 6º dígito serán sustituidos, según el caso, por «0» o «00», respectivamente. (Presentación del Sistema Armonizado)

Estructura del Sistema Armonizado

Desde el punto de vista de su estructura, el Sistema Armonizado consta de 5.019 grupos de mercancías identificados por códigos de seis cifras, enmarcados dentro de 21 secciones y 96 capítulos y 1.241 partidas. Consta de tres columnas, que citadas de izquierda a derecha, son: número de partida, código del Sistema Armonizado y descripción.

De los seis dígitos con que se identifican los 5.019 grupo de mercancías, los dos primeros señalan al capítulo; el tercero y el cuarto, el número de la partida dentro del capítulo; el quinto, el número de la subpartida de un guión dentro de la partida correspondiente y, el sexto, el número de la subpartida de dos guiones dentro de la partida de un guión a la que corresponda. Por ejemplo, el código del Sistema Armonizado 0201.10, correspondiente a canales o medios canales frescos o refrigerados de animales de la especie bovina, indica que pertenece al capítulo 02, a la partida 01 de dicho capítulo; a la subpartida de un guión número 1 de la partida 0201, mientras el último cero indica que no es una subpartida de dos guiones. El código 0203.11, correspondiente a carne fresca o refrigerada de animales de la especie porcina, nos señala que está ubicada en: capítulo 02 (dos primeros dígitos); partida 03 (tercer y cuarto dígito); subpartida de un guión número 1 (quinto dígito) y subpartida de dos guiones número 1 (sexto dígito).

Es posible que encontremos una partida con el siguiente código: 0410.00; los dos primeros pares de dígitos indican los números de capítulo y de partida, respectivamente; el primer cero nos señala que no existen subpartidas de un guión y el segundo hace lo propio con respecto a las subpartidas de dos guiones; estas son las llamadas partidas cerradas o, en otras palabras, partidas que no han sido desdobladas y que, por consiguiente, no tienen subpartidas.

En múltiples ocasiones nos encontraremos con códigos de la nomenclatura que terminan en 9. Esta cifra se ha dedicado a la identificación de las llamadas *partidas residuales* (las demás), pero se utiliza también el 8 para

este mismo fin, cuando la última subpartida se ha reservado a las *partes*. Veamos un ejemplo: el código 9502.99, corresponde a las demás partes y complementos de muñecas que representen solamente seres humanos. Este código se encuentra en la nomenclatura, así:

**9502 MUÑECAS QUE REPRESENTEN SOLAMENTE
SERES HUMANOS**

- 9502.10 - Muñecas, incluso vestidas
 - Partes y complementos:
- 9502.91 - - Prendas y sus complementos, calzado y sombreros
- 9502.99 - - Los demás

Como ya hemos dicho, las dos primeras parejas de dígitos indican, respectivamente, el número de capítulo y el número de la partida dentro del capítulo; el quinto dígito es un 9, por cuanto el código pertenece a una subpartida de un guión «*partes*»; el sexto dígito también es un nueve para indicar que corresponde a una subpartida de dos guiones «los demás».

En la partida 9401, encontramos un caso interesante para ejemplificar, así: los códigos 9401.61 y 9401.69, si bien pertenecen a la subpartida de un guión «Los demás asientos con armazón de madera», (residual) su quinto dígito no es 9, mientras que el caso del código 9401.69, el último dígito es un 9, señalando de esa manera que es una subpartida residual (Los demás). En el caso del código 9401.61, se utilizó el dígito 6 y no el 9, por cuanto éste se requería para las *partes* de la última subpartida de un guión de la partida 9401. En el caso del código 9401.69, se utilizó el 9 de la manera usual, por no existir impedimento para ello.

Dentro de este orden de ideas, debemos señalar que los códigos de la forma xxxx.99, pueden referirse a *las demás partes*, como es el caso del 9405.99, o a «*Los demás*», «- *Los demás*», como en el código 9506.99.

Con respecto a las subpartidas de uno y de dos guiones, debe tenerse siempre presente que el alcance de una subpartida con dos guiones no debe extenderse mas allá del dominio abarcado por la subpartida de un guión a la que pertenece; a su vez, ninguna subpartida con un guión podrá ser interpretada con un alcance mas amplio del campo abarcado por la partida

a que corresponde.

Pero la nomenclatura del Sistema Armonizado no se agota con las partidas y subpartidas a que nos hemos venido refiriendo; forman también parte de ella las *Reglas Generales para la Interpretación del Sistema*, así como las Notas de Sección, de Capítulo y de subpartida. En su conjunto, constituyen la nomenclatura y hacen posible la clasificación sistemática de las mercaderías comerciadas internacionalmente. A continuación, la visión de cada una de ellas.

Reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado

Las Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado, establecen los principios fundamentales que debe tomar en cuenta el clasificador para realizar su labor correctamente. Su texto y el de sus notas explicativas, es el siguiente:

REGLA 1

LOS TÍTULOS DE LAS SECCIONES, DE LOS CAPÍTULOS O DE LOS SUBCAPÍTULOS SOLO TIENEN UN VALOR INDICATIVO, YA QUE LA CLASIFICACIÓN ESTÁ DETERMINADA LEGALMENTE POR LOS TEXTOS DE LAS PARTIDAS Y DE LAS NOTAS DE SECCIÓN O DE CAPÍTULO Y, SI NO SON CONTRARIAS A LOS TEXTOS DE DICHAS PARTIDAS Y NOTAS, DE ACUERDO CON LAS REGLAS SIGUIENTES:

- **NOTA EXPLICATIVA**

I) La Nomenclatura presenta en forma sistemática las mercancías que son objeto de comercio internacional. Agrupa estas mercancías en secciones, capítulos y subcapítulos, con textos todo lo concisos posible, que indican la clase o naturaleza de los productos que en ellos se incluyen. Pero, en muchos casos, ha sido materialmente imposible englobarlos todos o enumerarlos completamente en dichos textos, a causa de la diversidad y número de los artículos.

II) La Regla 1 comienza pues, disponiendo que los títulos solo tienen un valor indicativo. Por tanto, de ellos no puede deducirse ninguna consecuencia jurídica para la clasificación.

III) La segunda parte de la Regla prevé que la clasificación se determine: a) según el texto de las partidas y de las Notas de las secciones o capítulos; y b) si fuera necesario, según las disposiciones de las Reglas 2, 3, 4 y 5, **si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas**.

IV) El apartado 111) a) no necesita aclaración y numerosas mercancías pueden clasificarse en la Nomenclatura sin que sea necesario recurrir a las demás Reglas generales interpretativas (por ejemplo, los caballos vivos) (p. 01.01), o las preparaciones y artículos farmacéuticos citados en la Nota 3 del capítulo 30 (p. 30.06)).

V) En el apartado III) b), la frase si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas está destinada a precisar, sin lugar a equívoco, que el texto de las partidas y de las Notas de sección o de capítulo tiene prioridad sobre cualquier otra consideración para determinar la clasificación de una mercancía. Por ejemplo, en el capítulo 31, las Notas disponen que ciertas partidas sólo comprenden determinadas mercancías. Esto significa que el alcance de estas partidas no puede ampliarse para abarcar las mercancías que de otra forma, se incluirían en ellas por aplicación de la Regla II) b).

- *Comentario*

La Regla 1 comienza estableciendo que los títulos de las Secciones, de los Capítulos y de los Supacápítulos, sólo tienen un valor indicativo; es decir, no tienen consecuencias legales para la clasificación de las mercancías. Por ejemplo:

El título de la Sección XV es «Metales comunes y manufacturas de estos metales»; sin embargo, muchas manufacturas de metales comunes están clasificadas en otras secciones.

El título del Capítulo 62 es «Prendas y accesorios de vestir, excepto los de punto», pero, en realidad, este Capítulo también comprende, en la partida 62.12, algunos artículos que son de punto.

No obstante, cabe señalar que solamente los títulos no tienen consecuencia para la clasificación. En la medida en que representan determinados *grupos de partidas*, las Secciones, los Capítulos y los Subcapítulos tienen relevancia legal. Lo demuestran muchas notas de Sección o de Capítulo que se refieren a mercancías de determinadas Secciones o Capítulos; por ejemplo, en la Nota 1 de la Sección XV se dice que:

Esta Sección no comprende: (f) los artículos de la Sección XVI; (k) los artículos del Capítulo 94.

En la segunda parte de la Regla 1 se dispone que la clasificación estará determinada:

- En primer lugar, por los textos de las Partidas y los textos de las Notas de Sección o de Capítulo.
- Y, en segundo lugar, si no son contrarias a dichas partidas y notas, de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas...

La clasificación en el Sistema Armonizado debe determinarse primero y antes que nada con arreglo a los textos de las Partidas de cuatro dígitos y de las Notas de Sección o de Capítulo, teniendo exactamente el mismo valor legal todos estos textos.

Esta disposición es evidente, pues muchas mercancías pueden clasificarse en el Sistema Armonizado sin necesidad de referirse a las otras Reglas Interpretativas. Por ejemplo, los caballos vivos se mencionan en el texto de la partida 01.01. Los albaricoques (damascos) refrigerados están comprendidos en la partida 08.09, pues aunque el texto de la partida se refiere a «Albaricoques (damascos) ...» frescos, en la nota 2 del Capítulo 8 se dice que «los frutos refrigerados deben clasificarse en la misma partida que los frutos frescos correspondientes»

Sin embargo, no siempre se podrá arribar a una clasificación inequívoca sobre la sola base de los textos de las partidas y de las notas de Sección o de Capítulo. En ciertos casos, varias partidas parecen, a primera vista, ser tomadas en consideración y, en tales casos, deberán entonces aplicarse dichas Reglas Generales Interpretativas (en especial las Reglas 2, 3 y 4)

Asimismo, nunca debe olvidarse que estas Reglas sólo se pueden aplicar siempre y cuando no sean contrarias a los textos de las partidas o Notas de Sección o de Capítulo. Así, pues, las partidas cuyo contenido esté limitado a determinadas mercancías (como las partidas 39.12, 31.03 y 31.04), no pueden comprender mercancías que, de otro modo, podrían clasificarse en ellas en virtud de lo dispuesto en la Regla 2.

REGLA 2

a) CUALQUIER REFERENCIA A UN ARTICULO EN UNA PARTIDA DETERMINADA ALCANZA TAMBIÉN AL ARTICULO INCOMPLETO O SIN TERMINAR, SIEMPRE QUE YA PRESENTE

LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL ARTÍCULO COMPLETO O TERMINADO. ALCANZA TAMBIÉN AL ARTÍCULO COMPLETO O TERMINADO, O CONSIDERADO COMO TAL EN VIRTUD DE LAS DISPOSICIONES PRECEDENTES, CUANDO SE PRESENTE DESMONTADO O SIN MONTAR TODAVÍA.

b) CUALQUIER REFERENCIA A UNA MATERIA EN UNA PARTIDA ALCANZA A DICHA MATERIA TANTO PURA COMO MEZCLADA O ASOCIADA CON OTRAS MATERIAS. ASIMISMO, CUALQUIER REFERENCIA A LAS MANUFACTURAS DE UNA MATERIA DETERMINADA ALCANZA TAMBIÉN A LAS CONSTITUIDAS TOTAL O PARCIALMENTE POR DICHA MATERIA. LA CLASIFICACIÓN DE ESTOS PRODUCTOS MEZCLADOS O DE LOS ARTÍCULOS COMPUESTOS SE HARÁ DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS ENUNCIADOS EN LA REGLA 3.

NOTA EXPLICATIVA

REGLA 2 a)

(Artículos incompletos o sin terminar)

I) La primera parte de la Regla 2) a) amplía el alcance de las partidas que mencionan un artículo determinado, de tal forma que comprendan, no sólo el artículo completo, sino también el artículo incompleto o sin terminar, **siempre que** presente ya las características esenciales del artículo completo o terminado.

II) Las disposiciones de esta Regla se extienden también a los **esbozos** de artículos, salvo el caso en que dichos **esbozos** estén citados expresamente en una partida determinada. Tendrán la consideración de **esbozos**, los artículos que no sean utilizables tal como se presentan, que tengan aproximadamente la forma o el perfil de la pieza o del objeto terminado y que no puedan utilizarse, salvo a título excepcional, para fines distintos de la fabricación de dicha pieza o de dicho objeto.

Los productos semimanufacturados que no presenten todavía la forma esencial de los artículos terminados (tal es el caso, generalmente, de las barras, discos, tubos, etc.) no tienen la consideración de esbozos.

III) Habida cuenta del alcance de las partidas de las secciones I a VI, esta parte de la Regla no se aplica normalmente a los productos de estas secciones.

IV) En las Consideraciones generales de las secciones o de los capítulos (sección XVI, capítulos 61, 62, 86, 87 y 90, principalmente), se citan algunos casos de aplicación de esta Regla .

(Artículos desmontados o sin montar todavía)

V) La segunda parte de la Regla 2 a) clasifica, en la misma partida que el artículo montado, el artículo completo o acabado cuando se presente desmontado o sin montar todavía. Las mercancías se presentan en estas condiciones sobre todo por razones tales como las necesidades o la comodidad del embalaje, de la manipulación o del transporte.

VI) Esta Regla de clasificación se aplica igualmente al artículo incompleto o sin terminar cuando se presente desmontado o sin montar todavía, desde el momento en que haya que considerarlo como completo o terminado en virtud de las disposiciones de la primera parte de esta Regla.

VII) Por aplicación de la presente Regla, se considera como artículo desmontado o sin montar todavía el artículo cuyos diferentes elementos hayan de ensamblarse, bien por medios sencillos (tornillos, pernos, tuercas, etc.), o bien por remachado o soldadura, por ejemplo, **con la condición**, sin embargo, de que se trate de simples operaciones de montaje .

Los elementos sin montar de un artículo que excedan en número de los requeridos para la formación de un artículo completo siguen su propio régimen.

VIII) En las Consideraciones generales de las secciones o de los capítulos (sección XVI, capítulos 44, 86, 87 y 89, principalmente) se dan casos de aplicación de la Regla.

IX) Habida cuenta del alcance de las partidas de las secciones I a VI, esta parte de la Regla no se aplica normalmente a los productos de estas secciones.

• *Comentario*

La Regla 2 a) amplía el alcance de diferentes partidas más allá de lo expresado en sus textos, en el sentido de que dispone la clasificación de una mercancía en una partida, incluso si el artículo a que se refiere la misma está incompleto o sin terminar, o si ha sido desmontado o está todavía sin montar.

Hay dos principios diferentes en esta Regla; en primer lugar, se considera al artículo incompleto o sin terminar como si fuera el artículo

completo y, en segundo lugar, se clasifica el artículo desmontado o todavía sin montar, como si estuviera montado.

La aplicación del principio de que los artículos incompletos o sin terminar se clasifican como los artículos completos o terminados, está sujeta a una condición fundamental: en su estado incompleto o sin terminar, el artículo en cuestión debe presentar las características *esenciales* del artículo completo o terminado.

Como ejemplo de artículos incompletos o sin terminar que reciben el mismo trato que los respectivos artículos completos o terminados, pueden citarse:

- Vehículos automóviles terminados, pero sin ruedas;
- Vehículos automóviles sin su motor;
- Bicicletas sin su sillín y sin neumáticos.

Generalmente, los *esbozos* también se consideran como artículos incompletos o sin terminar, por lo que se clasifican en la misma partida que los respectivos artículos completos, salvo que una determinada partida se refiera específicamente a ellos. Por ejemplo, los «esbozos con aristas vivas para corchos o tapones de corcho» no pueden clasificarse en la partida 45.03 con los corchos y tapones terminados, porque estos esbozos están específicamente comprendidos en otra partida (45.02).

Generalmente, sin embargo, el término *esbozo* se aplica a un artículo que, si bien no está listo para su destino final, ya tiene aproximadamente la forma y el aspecto de la pieza u objeto terminado y, salvo a título excepcional, sólo puede usarse para la fabricación de los correspondientes pieza u objeto terminados.

Las semimanufacturas que no tienen todavía la forma esencial de los artículos acabados (como las barras, los discos, los tubos, etc.), no son considerados como esbozos, sino que se clasifican de conformidad con su propia naturaleza.

En la segunda parte de la Regla 2 a) se dispone que los artículos desmontados o todavía sin montar, se clasificarán en la misma partida que los artículos montados. Lo mismo se aplica a los artículos incompletos o sin terminar o que estén desmontados o sin montar todavía, siempre y cuando presenten ya las características esenciales del artículo completo o terminado.

Esta disposición tiene en cuenta el hecho de que numerosas son las mercancías comercializadas desmontadas o sin montar todavía, por motivos derivados de su embalaje, manutención o transporte.

A los efectos de esta Regla se entiende por «artículos desmontados o sin montar todavía», aquellos cuyos componentes se montan con dispositivos de fijación sencillos (como tornillos, tuercas, pernos, etc.) o con remaches o por soldadura, por ejemplo, *siempre y cuando* sólo se requieran operaciones de simple montaje.

Se trata del caso frecuente de las mercancías voluminosas o frágiles, como las estructuras (puentes), las lámparas y los aparatos de alumbrado, los edificios prefabricados (chalets, etc.), que a menudo está desmontados o todavía sin montar. Es obvio que no sería adecuado otorgar a estas mercancías un trato distinto que el conferido a sus equivalentes montados, por el mero hecho de estar desmontados o todavía sin montar.

Sin embargo, cabe recordar una vez más, que sólo se aplica esta regla en ausencia de cualquier disposición contraria que figure en el texto de las partidas o de las Notas de Sección o Capítulo. Por ejemplo:

1) En el texto de la partida 87.06 se dice que la partida comprende los «chasis equipados con su motor» de determinados vehículos automóviles. Tal como se expresa en la propia partida («equipados con motor»), no se puede invocar la Regla Interpretativa 2 a) para extender el alcance de esta partida a las carrocerías presentadas sin motor o con un motor desmontado.

2) La partida 91.08, que explícitamente se refiere a mecanismos de relojería terminados y montados, no puede comprender a los mecanismos sin terminar o desmontados.

REGLA 2 b)

(Productos mezclados y artículos compuestos)

X) La Regla 2 b) afecta a las materias mezcladas o asociadas a otras materias y a las manufacturas constituidas por dos o más materias. Las partidas a las que se refiere son las que mencionan una materia determinada, por ejemplo, la partida 05.03, crin, y las que se refieren a manufacturas de una materia determinada, por ejemplo, la partida 45.03, artículos de corcho. Hay que destacar que esta Regla solo se aplica si falta cualquier otra disposición en contrario en los textos de las partidas y de las Notas de sección o de capítulo (por ejemplo, partida 15.03...aceite de manteca de cerdo..., **sin mezclar**).

Los productos mezclados que constituyan preparaciones contempladas como tales en una Nota de sección o de capítulo o en el texto de una partida se clasifican por aplicación de la Regla 1.

XI) El efecto de esta Regla es extender el alcance de las partidas que mencionen una materia determinada de modo que incluyan esta materia mezclada o asociada con otras. Y también extender el alcance de las partidas que mencionen manufacturas de una materia determinada, de modo que comprendan las manufacturas parcialmente constituidas por dicha materia.

XII) Sin embargo, esta Regla no amplía el alcance de las partidas afectadas hasta el extremo de poder incluir en ellas artículos que, como lo exige la Regla 1, no respondan a los términos de los textos de estas partidas, como sería el caso cuando la adición de otras materias o sustancias tuviera como consecuencia privar al artículo del carácter de una mercancía comprendida en dichas partidas.

XIII) En consecuencia, las materias mezcladas o asociadas con otras materias y las manufacturas constituidas por dos o mas materias pueden clasificarse en dos o más partidas. y deben, por tanto, clasificarse de acuerdo con las disposiciones de la Regla 3.

- *Comentario*

La regla 2 b) se aplica a las mezclas o asociaciones de materias y a las mercancías constituidas por dos o más materias. En virtud de esta disposición, cualquier mención a una materia en una partida, también se refiere a dicha materia mezclada o asociada con otras materias. Por ejemplo, la leche a la que se le hayan añadido vitaminas o sales minerales, seguirá clasificada como leche. Además, las partidas que se refieren a manufacturas de una materia determinada, también alcanzan a las constituidas parcialmente por dicha materia. Por ejemplo, los corchos permanecen clasificados en la partida 45.03 (manufacturas de corcho natural), incluso si está revestidos de parafinas.

Se reitera que esta Regla no se aplica si existen disposiciones específicas en los textos de las partidas o de las Notas de Sección o de Capítulo. Por ejemplo:

- Las mezclas de los productos del Capítulo 9, están clasificadas con arreglo a su Nota Legal 1;

- No se puede admitir la manteca de cerdo mezclada en la partida 15.03, porque se especifica en la misma «manteca de cerdo ... sin mezclar»;
- La clasificación de las mezclas de productos textiles, se rige por lo dispuesto en la Nota 2 de la Sección XI, o sea, no se aplica la Regla Interpretativa 2 b); y
- Las aleaciones de metales comunes también está sometidas a una disposición especial (Nota 3 de la Sección XV)

Por tanto, antes de aplicar la Regla Interpretativa 2 b), es importante cerciorarse de que las partidas o las Notas de Sección o de Capítulo correspondientes, no incluyen alguna disposición específica respecto a las mezclas o a los artículos compuestos.

Hay muchos casos en que no se dispone nada en especial en las partidas o en las Notas de Sección o de Capítulo. En tales casos, puede aplicarse la Regla 2 b). Sin embargo, no puede invocarse para ampliar el alcance de una partida que, entonces, podría llegar a admitir artículos que no responden (tal como lo exige la Regla 1) a la descripción expresada en el texto de dicha partida como, por ejemplo, cuando la adición de otras materias o sustancias privase a los artículos en cuestión del carácter de mercancía clasificable en la partida considerada.

Es claro, pues, que las manufacturas compuestas de dos o más materias pueden llegar a clasificarse, en principio, en dos o más partidas. Estas mercancías se clasificarán con arreglo a lo dispuesto en la Regla 3.

REGLA 3

CUANDO UNA MERCANCIA PUDIERA CLASIFICARSE EN DOS O MAS PARTIDAS POR APLICACION DE LA REGLA 2 b) O EN CUALQUIER OTRO CASO, LA CLASIFICACION SE REALIZARA COMO SIGUE:

a) LA PARTIDA MAS ESPECIFICA TENDRA PRIORIDAD SOBRE LAS MAS GENÉRICAS. SIN EMBARGO, CUANDO DOS O MAS PARTIDAS SE REFIERAN, CADA UNA, SOLAMENTE A UNA PARTE DE LAS MATERIAS QUE COMPONEN UN PRODUCTO MEZCLADO O UN ARTICULO COMPUESTO O SOLAMENTE A UNA PARTE DE LOS ARTICULOS, EN EL CASO DE MERCANCIAS PRESENTADAS EN CONJUNTOS O EN SURTIDOS

ACONDICIONADOS PARA LA VENTA AL POR MENOR, TALES PARTIDAS DEBEN CONSIDERARSE IGUALMENTE ESPECIFICAS PARA DICHO PRODUCTO O ARTICULO, INCLUSO SI UNA DE ELLAS LO DESCRIBE DE MANERA MAS PRECISA O COMPLETA.

b) LOS PRODUCTOS MEZCLADOS, LAS MANUFACTURAS COMPUESTAS DE MATERIAS DIFERENTES O CONSTITUIDAS POR LA UNION DE ARTICULOS DIFERENTES Y LAS MERCANCIAS PRESENTADAS EN CONJUNTOS O EN SURTIDOS ACONDICIONADAS PARA LA VENTA AL POR MENOR, CUYA CLASIFICACION NO PUEDA EFECTUARSE APLICANDO LA REGLA 3 a), SE CLASIFICARAN CON LA MATERIA O EL ARTICULO QUE LES CONFIERA EL CARACTER ESENCIAL, SI FUERA POSIBLE DETERMINARLO.

c) CUANDO LAS REGLAS 3 a) y 3 b) NO PERMITAN EFECTUAR LA CLASIFICACION, LA MERCANCIA SE CLASIFICARA EN LA ULTIMA PARTIDA POR ORDEN DE NUMERACION ENTRE LAS SUSCEPTIBLES DE TENERSE EN CUENTA.

NOTA EXPLICATIVA

I) Esta Regla prevé tres métodos de clasificación de las mercancías que, a priori, podrían incluirse en varias partidas, bien por aplicación de la Regla 2 b), o bien en cualquier otro caso. Estos métodos se aplican en el orden en que figuran en la Regla. Así, la Regla 3 b) sólo se aplica si la Regla 3 a) no aporta ninguna solución al problema de clasificación, y la Regla 3 c) entrará en juego, si las Reglas 3 a) y 3 b) son inoperantes. El orden en el que sucesivamente hay que considerar los elementos de la clasificación es el siguiente: a) la partida más específica, b) el carácter esencial y c) la última partida por orden de numeración.

II) La Regla sólo se aplica **si no es contraria a los textos de las partidas y de las Notas de sección o de capítulo**. Por ejemplo, la Nota 4 b) del capítulo 97 indica que los artículos susceptibles de clasificarse en las partidas 97.01 a 97.05 y en la 97.06, deben clasificarse en la más apropiada de las partidas 97.01 a 97.05. La clasificación de estos artículos se desprende de la Nota 4 b) del capítulo 97 y no de la presente Regla.

- *Comentario*

Esta Regla proporciona tres métodos de clasificación de las mercancías que, a primera vista, se podrían clasificar en dos o más partidas diferentes, por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso. El orden de aplicación de estos métodos es el que figura en la Regla. Es decir que la Regla 3 b) sólo se aplica si el problema de clasificación no se ha podido resolver con la Regla 3 a) y, la regla 3 c) sólo se aplica de fracasar las Reglas 3 a) y 3 b). Por lo tanto, el orden de prioridad es:

- a) Descripción más específica;
- b) Carácter esencial; y
- c) Última partida por orden de numeración.

Como en el caso de las Reglas 2 a) y b), la Regla 3 sólo se aplica *si no resulta contraria a lo expresado en las partidas y en las Notas de Sección o de Capítulo*. Por ello, no podría invocarse en ninguno de los casos siguientes:

1.- Una bomba para líquidos para la agricultura, responde a lo expresado en las partidas 84.13 (bombas para líquidos) y 84.36 (las demás máquinas y aparatos para la agricultura). Pero en la Nota 2 del Capítulo 84 se dispone que «las máquinas y aparatos susceptibles de clasificarse en las partidas 84.01 a 84.24, o bien en las partidas 84.25 a 84.80, se clasificarán en las partidas 84.01 a 84.24.». En virtud de esta nota, las bombas para líquidos del tipo empleado en la agricultura se deben clasificar en la partida 84.13, y no se puede aplicar la Regla 3.

2.- Un anorak para hombre, de tejido de punto de la partida 59.03, corresponde a primera vista a los textos de las partidas 61.01 (anoraks para hombres) y 61.13 (prendas confeccionadas con tejidos de punto de la partida 59.03). Sin embargo, en la Nota 7 del Capítulo 61 se dispone que «Las prendas de vestir susceptibles de clasificarse en la partida 61.13 y en otras partidas de este capítulo, excepto en la 61.11, se clasificarán en la partida 61.13.». Por aplicación de esta disposición, un anorak para hombre, confeccionado con tejido de punto de la partida 59.03, se clasificará en la partida 61.13. Una vez más, queda superada la duda gracias a una disposición específica.

Así, pues, no será siempre necesario recurrir a la Regla 3, incluso cuando a primera vista parezca que varias partidas puedan aplicarse. Sin embargo, habrá muchos casos en los que no se pueda evitar la aplicación

de la Regla 3.

REGLA 3 a)

III) El primer método de clasificación está expuesto en la Regla 3 a), en virtud de la cual la partida más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más general.

IV) No es posible sentar principios rigurosos que permitan determinar si una partida es más específica que otra respecto a la mercancía presentada; sin embargo, se puede decir con carácter general:

a) que una partida que designa nominalmente un artículo determinado es más específica que una partida que comprenda una familia de artículos: por ejemplo, las máquinas de afeitar, de cortar el pelo y de esquilarse, con motor eléctrico incorporado, se clasifican en la partida 85.10 y no en la 85.08 (herramientas electromecánicas con motor eléctrico incorporado, de uso manual) o en la partida 85.09 (aparatos electromecánicos con motor eléctrico incorporado de uso manual).

b) que debe considerarse más específica la partida que identifique más claramente y con una descripción más precisa y más completa la mercancía considerada.

Se pueden citar como ejemplos de este último tipo de mercancías:

1) Las alfombras con pelo insertado de materias textiles, reconocibles como destinadas a los vehículos automóviles, que deben clasificarse en la partida 57.03 donde están comprendidas más específicamente, y no como accesorios de vehículos automóviles de la partida 87.08.

2) Los vidrios de seguridad, que son vidrios templados o formados con láminas contraencoladas, sin enmarcar, con forma, reconocibles para su utilización como parabrisas de aviones que deben clasificarse en la partida 70.07 donde están comprendidos más específicamente y no como partes de aparatos de las partidas 88.01 y 88.02 a 88.03.

V) Sin embargo, cuando dos o más partidas se refieran cada una de ellas a una sola de las materias que constituyan un producto mezclado o un artículo compuesto, o a una sola parte de los artículos en el caso de mercancías presentadas en conjuntos o en surtidos acondicionadas para la venta al por menor, estas partidas hay que considerarlas, en relación con dicho producto o dicho artículo, como igualmente específicas, incluso si una de ellas da una descripción más precisa o más completa. En este caso, la clasificación de los

artículos estará determinada por aplicación de la Regla 3 b) o 3 c).

- *Comentario*

En la Regla 3 a) se expone el primer método de clasificación, en virtud del cual la partida más específica tendrá prioridad sobre las más genéricas.

No es posible establecer reglas estrictas para determinar si una partida es más específica que otra. Sin embargo, se puede considerar que, generalmente:

- a) La designación por el nombre de un artículo, es más específica que la referencia a una categoría de artículos. Por ejemplo, los tenedores de acero están clasificados en la partida 82.15 y no en la partida 73.23. (artículos de uso doméstico); y
- b) La descripción que identifica claramente y con precisión las mercancías, es más específica que la que sea menos completa.

Ejemplos de clasificación con arreglo a la Regla 3 a):

- 1) Neumáticos para vehículos automóviles; partida 40.12, en vez de la 87.08.
- 2) Asiento para vehículos automóviles. Partida 40.12, en vez de la 87.08.
- 3) *Alfombras* de materias textiles, de pelo insertado, destinadas a *vehículos automóviles* se clasificarán, no en la partida 87.08, como accesorios para vehículos automóviles, sino en la partida 57.03, donde están descritas más específicamente.
- 4) Los vidrios de seguridad sin marco, en forma que se identifiquen como destinados a aeronaves se clasificarán, no en la partida 88.03 como parte de los aparatos comprendidos en las partidas 88.01 y 88.02, sino en la partida 70.07, donde están descritos más específicamente.

Sin embargo, cuando dos o varias partidas se refieren cada una a parte solamente de las materias que componen un producto mezclado o un producto compuesto, o a parte solamente de los artículos en el caso de mercancías presentadas en surtidos acondicionados para la venta al por menor, tales partidas deben considerarse igualmente específicas, aunque una de ellas de una descripción más precisa o completa de dicho producto o artículo. En tal caso, se determinará la clasificación de las mercancías en cuestión, con arreglo a la Regla 3 b) ó 3 c)

Por ejemplo, supongamos el caso de una correa transportadora con una cara de plástico y la otra de caucho vulcanizado. Pueden considerarse dos partidas:

- La 39.26; las demás manufacturas de plástico; y
- La 40.10; correas transportadoras de caucho vulcanizado.

Ambas partidas son igualmente específicas, es decir, que no se puede considerar que la partida 40.10 sea más específica que la 39.26, ya que cada partida se refiere solamente a una de las materias que entran en la composición de la correa, aunque una de las partidas (40.10), proporciona una descripción más completa o precisa (correas transportadoras).

Al no poderse aplicar la Regla 3 a), habrá que clasificar esta correa transportadora aplicando la regla 3 b) o c).

REGLA 3 b)

VI) Este segundo método de clasificación se refiere únicamente a los casos de:

- 1) productos mezclados;
- 2) manufacturas compuestas de diferentes materias;
- 3) manufacturas constituidas por ensamblados de artículos diferentes;
- 4) mercancías presentadas en conjuntos o en surtidos acondicionadas para la venta al por menor.

Esta Regla solo se aplica si la Regla 3 a) es inoperante.

VII) En estas diversas hipótesis, la clasificación de las mercancías debe hacerse según la materia o el artículo que **confiera el carácter esencial cuando** sea posible determinarlo.

VIII) El factor que determina el carácter esencial varía según la clase de mercancías. Puede resultar, por ejemplo, de la naturaleza de la materia constitutiva o de los artículos que la componen, del volumen, la cantidad, el peso o el valor, o de la importancia de una de las materias constitutivas en relación con la utilización de la mercancía.

IX) Para la aplicación de la presente Regla, se consideran manufacturas constituidas por el ensamblado de artículos diferentes, no sólo aquellas cuyos elementos componentes están fijados los unos a los otros formando un todo

prácticamente indisoluble, sino también aquellas en que los **elementos son separables, a condición de** que estos elementos estén adaptados unos a otros y sean complementarios los unos de los otros y que ensamblados constituyan un todo que no pueda venderse normalmente por elementos separados.

Se pueden citar como ejemplos de este último tipo de manufacturas:

- 1) los ceniceros compuestos por un soporte en el que se inserta un platillo amovible destinado a las cenizas.
- 2) Las gradas o estanterías de tipo casero para especias compuestas por un soporte (generalmente de madera) especialmente preparado y de un cierto número de frascos para las especias de forma y dimensiones apropiadas.

Los diferentes elementos que componen estos conjuntos se presentan, por regla general, en un mismo envase.

X) Para la aplicación de la presente Regla, se considera que se presentan en conjuntos o en surtidos acondicionados para la venta al por menor, las mercancías que reúnan simultáneamente las condiciones siguientes:

- a) que estén constituidas por lo menos por dos artículos diferentes que, a primera vista, puedan clasificarse en partidas distintas. No se considerarían pues como un conjunto o surtido? a efectos de esta Regla, seis tenedores de «fondue», por ejemplo.
- b) que estén constituidas por productos o artículos que se presentan juntos para la satisfacción de una necesidad específica o el ejercicio de una actividad determinada,
- c) que estén acondicionadas de modo que puedan venderse directamente a los utilizadores sin reacondicionar (por ejemplo, cajas, cofres o panoplias).

En consecuencia, estas disposiciones alcanzan a los surtidos que consistan, por ejemplo, en diversos productos alimenticios destinados a utilizarlos en conjunto para preparar un plato cocinado.

Se pueden citar como ejemplos de surtidos cuya clasificación puede realizarse por aplicación de la Regla general interpretativa 3 b):

- I) Los surtidos cuyos componentes se destinan a utilizarlos conjuntamente para la elaboración de un plato de espaguetis, constituidos por un paquete de espaguetis sin cocer (p. 19.02), una bolsita de queso rallado (p. 04.06) y una latita de salsa de tomate (p. 21.03), presentados en una caja de cartón:

Se clasifican en la partida 19.02.

Sin embargo, no deben considerarse conjuntos o surtidos determinados productos alimenticios presentados conjuntamente que comprendan, por ejemplo:

—quisquillas (p. 16.05), paté de hígado (p. 16.02), queso (p. 04.06), lonchas de panceta (p. 16.02) y salchichas, llamadas cóctel (p. 16.01), que se presentan cada uno en una lata;

—una botella de una bebida alcohólica de la partida 22.08 y una botella de vino de la partida 22.04.

2) Los neceseres para el cuidado del cabello constituidos por una maquinilla eléctrica de cortar el pelo (p. 85.10), un peine (p. 96.15), unas tijeras (p. 82.13), un cepillo (p. 96.03) y una toalla de materia textil (p. 63.02), que se presenten en un estuche de cuero (p. 42.02):

Se clasifican en la partida 85.10.

3) Los juegos de dibujo compuestos por una regla (p. 90.17), un círculo de cálculo (p. 90.17), un compás (p. 90.17), un lápiz (p. 96.09) y un sacapuntas (p. 82.14), que se presenten en un estuche de plástico en hojas (p. 42.02):

Se clasifican en la partida 90.17.

En todos los casos anteriores, la clasificación se realizará teniendo en cuenta el objeto o los objetos que en el conjunto pueda considerarse que confieren al artículo el carácter esencial.

- *Comentario*

Esta Regla se aplica sólo si la Regla 3 a) se ha revelado inoperante.

En todos estos casos, hay que clasificar las mercancías como si estuvieran compuestas de la materia o del artículo *que les confiere su carácter esencial*.

El factor que determina el carácter esencial varía de una mercancía a otra. Puede tratarse, por ejemplo, de la naturaleza de la materia o del artículo, de su volumen, cantidad, peso o valor, o del papel que desempeña la parte constitutiva en relación con el uso de la mercancía.

Para la aplicación de esta Regla, son fáciles de comprender las nociones de «productos mezclados» y de «manufacturas compuestas de materias diferentes». Un ejemplo de *producto mezclado* será el de una mezcla para la elaboración de cerveza, consistente en un 70% de trigo (partida 10.01) y un

30% de cebada (partida 10.03).

Ejemplos de manufacturas constituidas por la unión de artículos diferentes:

- Una correa transportadora de plástico y de caucho;
- Una percha de madera con gancho metálico;
- Reflectantes para la señalización en carretera (ojos de gato), compuestos de una caja de fundición y reflectantes de vidrio engastados en caucho; y
- Clavos de carburo de tungsteno en vainas de plástico, para neumáticos.

Se consideran *manufacturas constituidas por la unión de artículos diferentes*, no sólo aquellas cuyos artículos componentes están fijos los unos a los otros formando, prácticamente, un todo inseparable, sino también aquellas en que artículos que las componen son separables, siempre que estos componentes estén adaptados y sean mutuamente complementarios, y que formen un conjunto que sería difícil vender por elementos separados. Por ejemplo:

- 1) Cinturones de cuero con bolsas de varios tamaños.
- 2) Pequeñas estanterías para especias, (compuestas de un soporte especialmente diseñado (generalmente de madera) y de un cierto número de frascos vacíos para las especias, de forma y dimensiones adecuadas.

Los elementos que componen estas manufacturas se presentan, generalmente, en un mismo embalaje.

La Regla 3 b) también se aplica a las *mercancías presentadas en surtidos acondicionados para la venta al por menor*. Para que las mercancías puedan ser consideradas como presentadas en surtidos, deben reunir las condiciones siguientes:

- a) Deben consistir, por lo menos, en dos artículos diferentes. O sea que seis tenedores para fondue, por ejemplo, no se considerarían como un surtido, a los fines de esta Regla.
- b) Tienen que ser productos o artículos que tengan cada uno una utilización propia o complementaria y que se presenten conjuntamente para la satisfacción de una necesidad o el ejercicio de una actividad determinada.
- c) Los surtidos deben estar acondicionados para la venta al por menor (en cajas, estuches, cartones, etc.)

Por consiguiente, estas disposiciones alcanzan los surtidos que

consisten, por ejemplo, en diferentes productos alimentarios destinados a ser utilizados conjuntamente para la elaboración de platos preparados, como los surtidos de alimentos destinados a la elaboración de un plato de espaguetis, que consisten en una bolsa de espaguetis sin cocer (partida 19.02), una bolsita de queso rallado (partida 04.06) y una latica de salsa de tomate (partida 21.03), acondicionados en una caja de cartón; clasificación: partida 19.02.

Otros ejemplos:

- 1) Los neceseres para el cuidado del cabello, que consisten en una maquinilla eléctrica de cortar el pelo (partida 85.10), un peine (partida 96.15), unas tijeras (partida 82.13), un cepillo (partida 96.03), una toalla de materia textil (partida 63.02), todo ello en un estuche de cuero. Se clasifica en la partida 85.10.
- 2) Los juegos de dibujo compuestos de una regla (partida 90.17), un círculo de cálculo (partida 90.17), un compás (partida 90.17), un lápiz (partida 96.09) y un sacapuntas (partida 82.14), presentados en un estuche de plástico; clasificación en base a los artículos que conjuntamente confieren a la manufactura su carácter esencial; partida 90.17.
- 3) Un neceser para bebés que comprende: un vaso y un plato de acero inoxidable (partida 73.23), servilletero (partida 73.23), una cuchara y un tenedor (82.15), también de acero inoxidable, acondicionado en un estuche de cartón. Se clasifica en la partida 73.23.

Por el contrario, estas disposiciones no se aplican a ciertos productos presentados conjuntamente en surtidos, comprendiendo, por ejemplo:

- Camarones (partida 16.05), foie gras (partida 16.02), queso (partida 04.06), tocino en lonchas (partida 16.02) y salchichas llamadas de cóctel (partida 16.01), presentado cada uno de ellos en una lata.
- Una botella de bebida alcohólica de la partida 22.08 y una botella de vino de la partida 22.04.

Tampoco se aplican a los surtidos mencionados como tales en los textos de las partidas, o a los surtidos cuya clasificación se rige por disposiciones especiales establecidas en las Notas de Sección o de Capítulo, por ejemplo:

- La Nota 3 de la Sección VI;
- La Nota 1 de la Sección VII;

- Las partidas 48.17, 61.03, 61.04, 61.07, 61.12, 62.03, 62.04 63.08;
- La Nota 3 del Capítulo 82;
- Las partidas 82.06, 82.14; y
- La partida 84.84.

REGLA 3 c)

XI) Cuando las Reglas 3 a) o 3 b) sean inoperantes, las mercancías se clasificarán en la última partida entre las susceptibles de tenerse en cuenta para la clasificación.

- *Comentario*

Cuando las Reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración, entre las susceptibles de tenerse en cuenta.

Esta es una disposición de último recurso para resolver los casos difíciles en los que no se pueda considerar que una partida dé una descripción más específica que las otras, y en las que no sea posible identificar la materia o el artículo que confiere a las mercancías en cuestión, su carácter esencial.

REGLA 4

LAS MERCANCIAS QUE NO PUEDAN CLASIFICARSE APLICANDO LAS REGLAS ANTERIORES SE CLASIFICARAN EN LA PARTIDA QUE COMPRENDA LOS ARTICULOS CON LOS QUE TENGAN MAYOR ANALOGIA.

NOTA EXPLICATIVA

I) Esta Regla se refiere a las mercancías que no puedan clasificarse en virtud de las Reglas I a 3. La Regla dispone que las mercancías se clasificarán en la partida que comprenda los artículos que con ellas tengan mayor analogía.

II) La clasificación de acuerdo con la Regla 4 exige la comparación de las mercancías presentadas con mercancías similares para determinar las más análogas a las mercancías presentadas. Estas últimas se clasificarán en la

partida que comprenda los artículos con los que tengan mayor analogía.

III) Naturalmente la analogía puede fundarse en numerosos elementos, tales como la denominación, las características o la utilización.

- *Comentario*

Esta regla se aplica a las mercancías que no puedan clasificarse con arreglo a las Reglas 1 a 3. La clasificación en virtud de la Regla 4 se hace comparando las mercancías con otras similares, a efectos de determinar así aquellas con las que guarden mayor analogía y clasificarlas en la misma partida.

La analogía, naturalmente, puede fundarse en muchos factores, tales como la denominación, las características, la utilización.

Originalmente esta disposición se introdujo para poder clasificar en la Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera (NCCA), nuevos productos que no respondían al texto de ninguna partida. En la práctica, esta disposición se usa poco, ya que en la mayoría de los Capítulos de la NCCA existen partidas residuales que comprenden las mercancías que no estén específicamente mencionadas en las otras. La situación es similar en el Sistema Armonizado.

REGLA 5

ADEMAS DE LAS DISPOSICIONES PRECEDENTES, A LAS MERCANCIAS CONSIDERADAS A CONTINUACION SE LES APLICARAN LAS REGLAS SIGUIENTES:

a) LOS ESTUCHES PARA APARATOS FOTOGRAFICOS, PARA INSTRUMENTOS DE MUSICA, PARA ARMAS, PARA INSTRUMENTOS DE DIBUJO Y LOS ESTUCHES O CONTINENTES SIMILARES, ESPECIALMENTE APROPIADOS PARA CONTENER UN ARTICULO DETERMINADO, UN CONJUNTO O UN SURTIDO, SUSCEPTIBLES DE USO PROLONGADO; QUE SE PRESENTEN CON LOS ARTICULOS A LOS QUE ESTÉN DESTINADOS, SE CLASIFICARAN CON DICHS ARTICULOS CUANDO SEAN DEL TIPO DE LOS NORMALMENTE VENDIDOS CON ELLOS. SIN EMBARGO, ESTA REGLA NO AFECTA A LA CLASIFICACION

DE LOS CONTINENTES QUE CONFIERAN AL CONJUNTO EL CARACTER ESENCIAL.

b) SALVO LO DISPUESTO EN LA REGLA 5 a) ANTERIOR, LOS ENVASES QUE CONTENGAN MERCANCIAS SE CLASIFICARAN CON ELLAS CUANDO SEAN DEL TIPO DE, LOS NORMALMENTE UTILIZADOS PARA ESA CLASE DE MERCANCIAS. SIN EMBARGO, ESTA DISPOSICION NO SE APLICA CUANDO LOS ENVASES SEAN SUSCEPTIBLES DE SER UTILIZADOS RAZONABLEMENTE DE MANERA REPETIDA.

NOTA EXPLICATIVA DE LA REGLA 5a

(Estuches y continentes similares)

I) La presente Regla debe entenderse aplicable exclusivamente a los continentes que, al mismo tiempo:

- 1) estén especialmente preparados para alojar un artículo determinado, un conjunto o un surtido, es decir, preparados de tal manera que el artículo contenido encuentre su lugar exacto, aunque algunos continentes puedan además tener la forma del artículo que deben contener;
- 2) sean susceptibles de uso prolongado, es decir, que estén concebidos, principalmente en el aspecto de la resistencia o del acabado, para tener una duración de utilización en relación con la del contenido. Estos continentes suelen utilizarse para proteger el artículo que alojan fuera de los momentos de la utilización de este (transporte, colocación, etc.). Estos criterios permiten diferenciarlos de los envases corrientes;
- 3) se presenten con los artículos que han de contener, aunque estén envasados separadamente para facilitar el transporte. Si se presentan aisladamente, los continentes siguen su propio régimen;
- 4) sean de una clase que se venda normalmente con dichos artículos;
- 5) no confieran al conjunto el carácter esencial.

II) Como ejemplos de continentes presentados con los artículos a los que se destinan y cuya clasificación se realiza por aplicación de la presente Regla se pueden citar:

- 1) Los estuches para joyas (p. 71.13);
- 2) Los estuches para afeitadoras eléctricas (p. 85.10);

- 3) Los estuches para gemelos o los estuches para miras telescópicas (p. 90.05);
- 4) Las cajas y estuches para instrumentos de música (p. 92.02, por ejemplo);
- 5) Los estuches para escopetas (p. 93.03, por ejemplo).

III) Por el contrario, se pueden citar como ejemplos de continentes que no entran en el campo de aplicación de esta Regla, los continentes, tales como las cajas de té de plata que contengan té o las copas decorativas de cerámica que contengan dulces.

- *Comentario*

Esta Regla sólo se aplica a los envases:

- 1) Especialmente apropiados para contener un artículo determinado o un surtido.
- 2) Susceptible de un uso prolongado.
- 3) Presentados con los artículos a los que están destinados, estén o no embalados separadamente para facilitar el transporte.
- 4) Que son del tipo normalmente vendidos con los referidos artículos.

La Regla no se aplica a los envases que, por ejemplo, a causa de su valor extraordinariamente elevado con relación a su contenido, no son del tipo normalmente vendido con el artículo. Tampoco se aplica a los envases que confieren al conjunto o al surtido su carácter esencial, incluso si se venden normalmente con su contenido.

Son ejemplos de envases presentados con los artículos para los cuales está destinados y que se clasifican por aplicación de esta Regla:

- 1) Estuches de plástico para jabones (34.01).
- 2) Estuches y cofrecitos para joyas (71.13).
- 3) Estuches para máquinas de afeitar eléctricas (85.10).
- 4) Estuches para gemelos o para telescopios (90.05).
- 5) Cajas, estuches y fundas para instrumentos de música (por ejemplo, partida 92.02).
- 6) estuches para armas de fuego (por ejemplo, partida 93.03).

Si se presentan aisladamente, los envases se clasificarán en su propia partida (v .gr. 39.24, 42.02).

Como ejemplo de envases a los que no se aplica esta regla, pueden mencionarse una caja de té de palta que contenga té, o un plato decorativo de cerámica que contenga bombones. Estos envases se clasifican separadamente de su contenido.

REGLA 5 b)

(Envases)

IV) La presente Regla rige la clasificación de los envases del tipo de los normalmente utilizados para las mercancías que contienen. Sin embargo, esta disposición no es obligatoria cuando tales envases son claramente susceptibles de utilización repetida, por ejemplo en el caso de ciertos bidones metálicos o de recipientes de hierro o de acero para gases comprimidos o licuados.

V) Dado que la presente Regla está subordinada a la aplicación de las disposiciones de la Regla 5 a), la clasificación de los estuches y continentes similares de la clase de los mencionados en la Regla 5 a) se regirá por las disposiciones de esta Regla.

• *Comentario*

Esta Regla rige la clasificación de embalajes de mercancías cuando sean del tipo normalmente utilizado para la clase de mercancías en cuestión. Sin embargo, esta disposición no se aplica cuando los envases sean razonablemente susceptibles de utilización repetida como, por ejemplo, ciertos barriles y toneles metálicos y los recipientes de hierro o de acero para gas comprimido o licuado.

Como esta Regla está subordinada a la Regla 5 a), la clasificación de los estuches, cajas y envases similares del tipo de los que se mencionan en la Regla 5 a), se rige por lo dispuesto en dicha Regla.

REGLA 6

LA CLASIFICACION DE MERCANCIAS EN LAS SUBPARTIDAS DE UNA MISMA PARTIDA ESTA DETERMINADA LEGALMENTE

POR LOS TEXTOS DE LAS SUBPARTIDAS Y DE LAS NOTAS DE SUBPARTIDA ASI COMO MUTATIS MUTANDIS POR LAS REGLAS ANTERIORES, BIEN ENTENDIDO QUE SOLO PUEDEN COMPARARSE SUBPARTIDAS DEL MISMO NIVEL. A EFECTOS DE ESTA REGLA, TAMBIÉN SE APLICARAN LAS NOTAS DE SECCION Y DE CAPITULO, SALVO DISPOSICIONES EN CONTRARIO.

NOTA EXPLICATIVA

I) Las Reglas 1 a 5 precedentes rigen, mutatis mutandis, la clasificación a nivel de las subpartidas dentro de una misma partida.

II) Para la aplicación de la Regla 6, se entenderá:

a) por subpartidas del mismo nivel, bien las subpartidas con un guión (nivel 1), o bien las subpartidas con dos guiones (nivel 2).

En consecuencia, si en el marco de una misma partida, pueden tomarse en consideración de acuerdo con la Regla 3 a), dos o más subpartidas con un guión, debe apreciarse la especificidad de cada una de estas subpartidas con un guión en relación con un artículo determinado en función exclusivamente de su propio texto. Cuando ya se ha hecho la elección de la subpartida con un guión más específica y está subdividida, entonces, y sólo entonces, interviene el considerar el texto de las subpartidas a dos guiones para determinar cual de estas subpartidas hay que mantener finalmente.

b) Por disposiciones en contrario, las Notas o los textos de las subpartidas que serían incompatibles con tal o cual Nota de sección o de capítulo.

Ocurre así, por ejemplo, con la Nota de subpartida 2 del capítulo 71, que da al término *platino* un alcance diferente del contemplado por la Nota 4b) del mismo capítulo y que es la única aplicable para la interpretación de las subpartidas 7110.11 y 7110.19.

III) El alcance de una subpartida con dos guiones no debe extenderse mas allá del dominio abarcado por la subpartida con un guión a la que pertenece y ninguna subpartida con un guión podrá ser interpretada con un alcance mas amplio del campo abarcado por la partida a que pertenece.

- *Comentario*

Esta Regla fue incorporada para asegurar una clasificación uniforme a nivel de subpartidas del Sistema Armonizado.

Desde el principio, resulta conveniente dejar claramente sentado que la clasificación de cualquier mercancía en su correspondiente subpartida del Sistema Armonizado, sólo puede considerarse *después de haber clasificado adecuadamente la mercancía en cuestión, en una partida de cuatro dígitos*. A toda costa hay que evitar caer en la tentación de querer clasificar el producto directamente en la subpartida que aparentemente le corresponde, sin haberse cerciorado antes que sea correcta la subpartida de cuatro dígitos; de lo contrario, es muy probable que se clasifique incorrectamente.

En la Regla 6 se dispone que la clasificación en las subpartidas de una misma partida está determinada, *mutatis mutandis*, por las Reglas aplicables para la clasificación en las partidas de cuatro dígitos; por consiguiente, goza de prioridad lo expresado en los textos de las subpartidas y de las Notas de subpartida. En la Regla también se especifica que, a efectos de la clasificación, sólo son comparables las subpartidas de un mismo nivel; esto significa que, dentro del marco de una misma partida, la elección de una subpartida de un guión sólo puede efectuarse sobre la base de lo expresado en los textos de las subpartidas de un guión; asimismo, cuando deba luego escogerse una subpartida de dos guiones, ello sólo deberá hacerse, en su caso, considerando los textos de las subdivisiones de la correspondiente subpartida de un guión.

Por ejemplo, para clasificar a nivel de subpartida unas pantaletas de tejido de algodón (partida 62.08), lo primero que hay que hacer, después de haber determinado la partida de cuatro dígitos, es identificar la subpartida de un guión correspondiente; luego, la subpartida de dos guiones adecuada dentro de esta subpartida, independientemente de las subdivisiones de cualquier otra subpartida de un guión.

Será a veces necesario recurrir a las Reglas Interpretativas 2 b) y 3 para identificar la subpartida correspondiente.

Por ejemplo, para clasificar a nivel de subpartida un mueble de cocina de metal y madera, a primera vista se pueden contemplar dos subpartidas, a saber:

9403.20. Los demás muebles de metal.

9403.40. Muebles de madera del tipo de los utilizados en las cocinas.

Por lo tanto, será necesario aplicar la Regla 3 para clasificar esta manufactura compuesta de materias diferentes. Podría pensarse que la subpartida 9403.40 la describe mejor que la subpartida 9403.20. Sin embargo, en virtud de la última frase de la Regla 3 a), no se puede considerar que ninguna de estas subpartidas dé una descripción más precisa, ya que cada una de ellas se refiere solamente a una de las materias contenidas en la manufactura, aunque es verdad que una de ellas (subpartida 9403.40) describe más completamente la manufactura. La elección entre las dos subpartidas se hará, por lo tanto, aplicando lo dispuesto en la Regla 3 b) o, si no fuere posible determinar que materia confiere a la manufactura su carácter esencial, aplicando la Regla 3 c).

Por último, en la última frase de la Regla 6 se dispone que las Notas de Sección y de Capítulo son también aplicables, salvo disposición en contrario, es decir, que no se aplican si las Notas de subpartidas o los textos de las subpartidas son incompatibles con una Nota de Sección o de Capítulo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la Nota de subpartida 2 del Capítulo 71, que confiere a la palabra platino un alcance diferente del que se establece en la Nota 4 b) del mismo Capítulo, y es la única disposición legal aplicable para la interpretación de las subpartidas 7110.11 y 7110.19.

En conclusión, puede advertirse que en muchos casos la clasificación de ciertos productos puede ser bastante complicada. Sin embargo, con los principios de clasificación establecidos en las Reglas Generales Interpretativas, y teniendo en cuenta que estas Reglas constituyen parte integrante del Sistema, no cabe dudas de que se podrá llegar a clasificar adecuadamente todas las mercancías en el Sistema Armonizado.

Notas de Sección, de Capítulo y de subpartida

Junto con las Reglas Interpretativas, los textos de las partidas y de las subpartidas y sus correspondientes códigos numéricos, las notas Sección, de Capítulo y de subpartida integran la estructura del Sistema Armonizado; en su conjunto, regulan la clasificación, de manera tal que a cada mercadería no pueda corresponder más que un único código.

A lo largo de toda la nomenclatura del Sistema Armonizado, encontramos estas notas que, por texto expreso de las Reglas Interpretativas 1 y 6, determinan la clasificación de los bienes a las que se refieren. Por tal circunstancia son denominadas «notas legales», para diferenciarlas de las

Notas Explicativas de la Nomenclatura del Sistema.

Las notas legales, según su texto, persiguen alguno de los siguientes cometidos:

a) Indicar el contenido de una partida o subpartida, mediante la definición de ciertas expresiones. Por ejemplo, la nota de subpartida 1 del Capítulo 52, dice «En las subpartidas 5209.42 y 5211.42, se entiende por «tejidos de mezclilla (derim)» los tejidos de ligamento sarga de curso inferior o igual a 4, incluida la sarga quebrada o raso de 4 de efecto por urdimbre en la que los hilos de urdimbre estén teñidos de azul y los de trama sean crudos, blanqueados, teñidos de gris o coloreados con un azul más claro que el de los hilos de urdimbre.». De esta manera, se señalan las características que debe tener el producto para que sea tenido como «tejidos de mezclilla», a los efectos de las referidas subpartidas. Igual propósito persigue la nota 1 del Capítulo 51.

b) Señalando de manera *no limitativa* las mercancías que corresponden a un Capítulo, partida o subpartida. Tal es el caso de la nota 3 del Capítulo 42, la cual señala los artículos que, principalmente, corresponden a la partida 42.03.

c) Señalando de forma *limitativa* los artículos comprendidos en un determinado código. Tal es el caso de las Notas 2, 3 y 4 del Capítulo 31, que señalan, taxativamente, los productos que corresponden a determinadas partidas.

d) Señalando mercancías que no están comprendidas en una subpartida, partida, grupo de partidas, Capítulo o Sección. Estas Notas, llamadas generalmente *de exclusión*, tienen buenas representantes en la Nota 1 del Capítulo 31, 1 del Capítulo 27 y la 1 del Capítulo 26.

No son pocas las notas que utilizan dos o más de estos procedimientos; por ejemplo, la Nota 3 del Capítulo 42, señala los productos que, principalmente, deben entenderse como prendas y complementos de vestir, a la vez que excluye de este grupo a las pulseras para relojes. Nótese también que en casi todos los casos, las notas de exclusión se remiten a las partidas en que deben incluirse los productos excluidos; ello no es de extrañar, si advertimos que toda exclusión conlleva una inclusión, aun cuando sea tácita. Entre estas notas de efectos múltiples, podemos citar también a la Nota 4 del Capítulo 40, que define a la vez que enumera.

Progresividad del Sistema Armonizado

Desde el ordenamiento de las Secciones, de los Capítulos dentro de éstas, hasta el de las subpartidas de dos guiones, obedecen a un criterio de progresividad en cuanto al grado de elaboración de las mercancías, de intervención de la mano del hombre en su producción o construcción. Esta progresividad es palpable a todo lo largo del instrumento: materias primas, productos brutos, semiproductos o productos semielaborados y productos terminados. Una mercancía más elaborada que otra, siempre tendrá una ubicación más avanzada; así, por ejemplo, las carnes correspondientes al Capítulo 2 se ordenan de frescas a congeladas, pasando por refrigeradas. En el Capítulo 3, los peces vivos (03.01) se encuentran antes que el pescado congelado (03.03 y 03.04).

Nomenclatura Arancelaria Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA)

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, con fundamento en los artículos 7 y 30 y de los capítulos V, VI y XIII de dicho Acuerdo, produjo, el 21 de julio de 1989, la Decisión 249 para aprobar la Nomenclatura Arancelaria Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA).

Esta nomenclatura, que debe ser aplicada a la universalidad de los productos y a la totalidad del comercio internacional, está dirigida a servir de fundamento a las nomenclaturas de los aranceles de aduana de cada uno de los países integrantes del Acuerdo, quedando cada Parte en libertad para incluir en su respectivo arancel, subpartidas adicionales para la clasificación de las mercancías a un nivel más detallado que el de la Nandina, sin que le esté permitido agregar nuevas subpartidas de ocho dígitos.

La nomenclatura NANDINA no es más, en principio, que la nomenclatura del Sistema Armonizado para la Designación y Codificación de Mercancías, transformada en subpartidas de ocho dígitos, en uso de lo establecido en los artículos 3, 4 y 11 (literal b)) del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, relativos a las obligaciones de las Partes, a la aplicación del Sistema por los países en desarrollo y a las condiciones requeridas para ser Parte contratante, respectivamente.

En la NANDINA podemos observar lo siguiente:

- Utiliza todas las partidas (4 dígitos) del Sistema Armonizado.

- Acoge todas las Notas de Sección, Capítulo y de subpartida del Sistema Armonizado y agrega las Notas Complementarias.

- Cuando no utiliza una subpartida de un guión de una partida, tampoco lo hace con respecto a las demás subpartidas de un guión de esa misma partida.

- Cuando no utiliza una subpartida de dos guiones en una subpartida de un guión, tampoco lo hace con respecto a las demás subpartidas de dos guiones de esa misma subpartida de un guión.

- Cuando no hace uso de una subpartida de un guión, el quinto dígito es sustituido por un «0». Hace lo propio, con respecto a una subpartida de dos guiones y el sexto dígito.

- Mantiene el orden de las Secciones, Capítulos, Subcapítulos, partidas y subpartidas.

- Las subpartidas de tres guiones, que son propias de esta nomenclatura, son subdivisiones de las subpartidas de dos guiones del S.A.. Por ejemplo, la partida 17.01 del S.A., es del tenor siguiente:

17.01 AZUCAR DE CAÑA O DE REMOLACHA Y SACAROSA QUIMICAMENTE PURA, EN ESTADO SOLIDO.

- Azúcar en bruto sin aromatizar ni colorear:

1701.11 - - De caña.

1701.12 - - De remolacha.

- Los demás:

1701.91 - - Aromatizados o coloreados.

1701.99 - - Los demás.

Esta misma partida, en la NANDINA, se ve así:

17.01 AZUCAR DE CAÑA O DE REMOLACHA Y SACAROSA QUIMICAMENTE PURA, EN ESTADO SOLIDO.

- Azúcar en bruto sin aromatizar ni colorear:

1701.11 - - De caña:

1701.11.10	- - - Chancaca (panela, raspadura)
1701.11.90	- - - Los demás.
1701.12.00	- - - De remolacha.
- Los demás:	
1701.91.00	- - Aromatizados o coloreados.
1701.99.00	- - Los demás.

Como es notorio, la subpartida 1701.11 de seis dígitos del S.A., fue subdividida (detallada) por la NANDINA en dos subpartidas de ocho dígitos y tres guiones: 1701.11.10 y 1701.11.90. De no haberlo sido, su código sería 1701.11.00, para cumplir con el requerimiento de que todos los códigos sean de ocho dígitos.

En ocasiones, la nomenclatura andina no realiza subdivisiones sino que, por el contrario, hace caso omiso de todas las subpartidas de un guión y de dos guiones de una determinada partida; tal es el caso de la partida 03.02 del S.A., cuyas muchas subpartidas de un y de dos guiones no fueron acogidas, señalando tal hecho con los correspondientes pares de ceros «0302.00.00», con lo que se indica que, a los efectos de la NANDINA, esa partida no tiene subpartidas de un guión ni subpartidas de dos guiones.

La nomenclatura del Arancel nacional

La nomenclatura del Arancel nacional es a la NANDINA, lo que la NANDINA es al Sistema Armonizado, es decir, la nomenclatura nacional es un desarrollo de la NANDINA, con posibilidades de efectuar subdivisiones de diez dígitos, acordes con sus requerimientos de comercio internacional. Como es fácilmente comprensible, por aplicación de la misma mecánica utilizada por el S.A. y por la NANDINA en cuanto al guionado y codificación, la nomenclatura nacional puede presentarnos subpartidas hasta de cuatro guiones y códigos de hasta diez dígitos, en el caso de las denominadas *Subpartidas Adicionales*.

CAPÍTULO XVIII

EL VALOR EN ADUANAS

La base imponible

Todo el sistema de valoración, es decir, tanto las normas como los procedimientos que se derivan de ellas, tienen como finalidad la determinación del valor de las mercancías en aduanas o, en otros términos, el establecimiento de la base imponible o *monto imponible* que, junto con la tarifa o alícuota señalada en el Arancel de Aduanas, permite realizar la determinación tributaria, cuantificar el monto de los impuestos ad valorem o mixtos a que se encuentren sometidas las mercaderías objeto de operación aduanera, así como el *quantum* de las tasas y multas legalmente establecidas. La base de medición o base imponible es, siempre, una característica de las mercancías: su peso, volumen, cantidad, valor, etc., cada una de las cuales debe ser expresada en moneda nacional o en unidades del sistema métrico decimal, según el caso.

Para Jarach, el principio de la capacidad contributiva «es el que está a la base del impuesto». Según dicho autor, este principio constituye la característica esencial de los hechos imponibles, que siempre son manifestaciones de riqueza sujetas a una valoración política del legislador. Como consecuencia de ello, la obligación tributaria que nace de la realización de los hechos imponibles, guarda con éstos una relación o una proporción, que estará dada por la alícuota del impuesto.

La adecuación del monto del impuesto a la magnitud de los hechos económicos, que constituyen los supuestos legales de las obligaciones, implica necesariamente una medición de los hechos imponibles, es decir, la aplicación de una unidad de medida que permita transformar esos hechos en cantidades, a las que se aplicarán las alícuotas correspondientes (Jarach, 1969).

La valoración aduanera es una materia tan especializada que siempre ha sido objeto de tratamiento separado. Siguiendo la justificada tradición, nos abstenemos de revisar en profundidad este tema considerando, a la vez, que este trabajo adolecería de grave falla si omitiéramos el tema completamente; por tal circunstancia, decidimos incluir, textualmente, las Decisiones 378 y 379 del Tratado de Cartagena, referidas a la declaración del valor y a la Declaración Andina del Valor (DAV).

DECISION 378

Valoración Aduanera

LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

VISTAS: Las Decisiones 326 y 364; y, la Propuesta 277 de la Junta;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Decisión 326 se aprobaron las Normas Andinas sobre Valoración Aduanera, las que acogen el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio;

Que, mediante la Decisión 364 se modificó parcialmente la Decisión 326;

Que, como resultado de la Ronda Uruguay, se aprobó el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, anexo al Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio;

Que, es conveniente disponer de un texto único que recoja las disposiciones relativas a la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas por los Países Miembros;

DECIDE:

Artículo 1.- Para los efectos de la valoración aduanera, los Países Miembros se regirán por la presente Decisión, y por lo dispuesto en el texto del “Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” (Acuerdo del Valor del GATT de 1994), que figura como Anexo a la presente Decisión.

Artículo 2.- Los Países Miembros, conforme lo permite el numeral 2 del Anexo III del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, podrán valorar las mercancías sobre la base de precios o valores mínimos o de referencia de manera limitada y transitoria.

Cuando se trate de productos para los cuales los Países Miembros hayan adoptado mecanismos armonizados de franjas de precios, los precios o valores mínimos o de referencia estarán fijados en función de cotizaciones internacionales observadas en mercados relevantes y serán utilizados como base para la aplicación de los correspondientes derechos ad-valórem o específicos adicionales.

Artículo 3.- La inversión de los métodos de valoración establecidos por los artículos 5 y 6 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, prevista por el artículo 4 del mismo, solamente tendrá lugar en caso de que la administración aduanera acceda favorablemente a la petición que a ese efecto le formule el importador.

Artículo 4.- El método de valoración previsto por el artículo 5, numeral 2 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, se aplicará conforme con las disposiciones de la Nota Interpretativa a dicho artículo, lo solicite o no el importador, cuando las mercancías importadas u otras mercancías importadas de naturaleza idéntica o similar, no se vendan internamente en el mismo estado en el que se importaron. El valor en aduana se determinará sobre la base del precio unitario correspondiente al mayor volumen de venta de las mercancías, después de su transformación, a compradores de la Subregión que no tengan vinculación con el importador. A tal efecto, se tendrá en cuenta el valor añadido por la transformación, así como las deducciones previstas en el literal a) del numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994.

Artículo 5.- Todos los elementos descritos en el numeral 2 del artículo 8 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994 formarán parte del valor en aduana, excepto los gastos de descarga y manipulación en el puerto o lugar de importación, siempre que se distingan de los gastos totales de transporte.

Cuando alguno de dichos elementos fuere gratuito o se efectuare por medios o servicios propios del importador, deberá calcularse su valor conforme a las tarifas o primas normalmente aplicables. En ausencia de información acerca de esas tarifas o primas, se descartará el valor de transacción y se valorará por los métodos siguientes establecidos por el

Acuerdo del Valor del GATT de 1994.

Artículo 6.- A los efectos del artículo 8, numeral 2 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, se entenderá por “lugar de importación” la primera oficina aduanera del territorio del País Miembro en la que la mercancía deba ser sometida a formalidades aduaneras.

Artículo 7.- Los intereses devengados en virtud de un acuerdo de financiación concertado por el comprador y relativo a la compra de las mercancías importadas, no se considerarán parte del valor en aduana, siempre que: a) Los intereses se distingan del precio realmente pagado o por pagar por dichas mercancías; b) El acuerdo de financiación se haya concertado por escrito; y, c) Cuando se le requiera, el comprador pueda demostrar:- que tales mercancías se venden realmente al precio declarado como precio realmente pagado o por pagar; y,- que el tipo de interés reclamado no exceda del nivel aplicado a este tipo de transacciones en el país y en el momento en que se haya facilitado la financiación.

Lo anterior será aplicable, incluso en los casos en que sea el vendedor u otra persona natural o jurídica, quienes faciliten la financiación. Asimismo, si fuere procedente, dichos requisitos se aplicarán a los casos en los que las mercancías se valoren por un método distinto al del valor de transacción.

Cuando faltare alguno de los requisitos enumerados en el presente artículo, se considerará que la suma imputada a intereses forma parte del valor de transacción.

Artículo 8.- Con relación a lo dispuesto en el artículo 9 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, el tipo de cambio será el vigente a la fecha de la aceptación de la declaración de despacho a consumo.

A tales efectos, el tipo de cambio será el de venta de la moneda extranjera que se convierta a moneda nacional, debidamente publicado por las autoridades competentes.

Artículo 9.- Cuando haya sido presentada una declaración y la Aduana tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados como prueba de esa declaración, podrá pedir al importador que proporcione una explicación complementaria así como documentos u otras pruebas que acrediten que el valor declarado representa la cantidad total efectivamente pagada o por pagar por las mercancías importadas, ajustada de conformidad con las disposiciones del artículo 8

del Acuerdo del Valor del GATT de 1994.

Si, una vez recibida la información complementaria, o a falta de res-puesta, la Aduana tiene aún dudas razonables acerca de la veracidad o exactitud del valor declarado, podrá decidir, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 11 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, que el valor en aduana de las mercancías importadas no se determinará con arreglo a las disposiciones del artículo 1 del mismo. Antes de adoptar una decisión definitiva, la Aduana comunicará al importador, por escrito si le fuera solicitado, sus motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados y le dará una oportunidad razonable para responder. Una vez adoptada la decisión definitiva, la Aduana la comunicará por escrito al importador, indicando los motivos que la inspiran.

A efectos de aplicar el Acuerdo del Valor del GATT de 1994, un País Miembro podrá asistir a otro país en los términos que mutuamente convengan.

Artículo 10.- Conforme a lo dispuesto por la Opinión Consultiva 19.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana, en la determinación del valor, bajo cualquiera de los métodos previstos por el Acuerdo del Valor del GATT de 1994, la carga de la prueba se registrá por lo que determinen las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Artículo 11.- Las informaciones de carácter confidencial que se suministren a los efectos de la valoración a las autoridades aduaneras, no serán reveladas sin el consentimiento de la persona o del Gobierno que las hubiere suministrado, salvo en los casos en que sea necesario revelarlas en el marco de procedimientos jurisdiccionales o administrativos.

Artículo 12.- En los casos en que resultase necesario demorar la determinación definitiva del valor, el importador podrá retirar sus mercancías si presta garantía suficiente que cubra el pago de los derechos de aduana a los que eventualmente estarían sujetas, mediante fianza, depósito u otro medio, en la forma y con los recaudos que exijan las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Artículo 13.- De conformidad con la Nota Interpretativa del inciso e) del numeral 4, del artículo 15 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, se entenderá que una empresa controla a otra cuando, de hecho o de derecho, la primera tiene la facultad de imponer limitaciones, impartir directrices o ejercer de cualquier otro modo capacidad determinante en las decisiones o

gestión de la segunda.

Artículo 14.- A los efectos de lo dispuesto por el artículo 15, numeral 4 h) del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, existe vinculación cuando dos personas se encuentran unidas por un lazo de parentesco por consanguinidad o afinidad, hasta el grado más lejano que les permita la ley nacional de los Países Miembros, para acceder a la sucesión, sea en forma excluyente o en concurrencia con otros parientes.

Artículo 15.- Con relación a lo dispuesto por el artículo 11, numeral 3 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, cuando se notifiquen fallos contenciosos-administrativos o judiciales al recurrente, se le comunicará asimismo si tiene derecho a interponer algún otro recurso en cualquiera de esos ámbitos ante un órgano superior.

Artículo 16.- Haciendo uso de la opción que concede el artículo 20, numeral 2 del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, los Países Miembros podrán retrasar la aplicación del artículo 1, numeral 2, b) iii) y del artículo 6 del mismo, por un período de tres años a partir del momento en que haya entrado en vigor la presente Decisión.

Artículo 17.- La Junta del Acuerdo de Cartagena constituirá un banco de datos subregional, a los efectos de la valoración aduanera, sin perjuicio de los que cada País Miembro establezca, que permita el más amplio intercambio de información en forma periódica y actualizada.

Artículo 18.- Créase el Comité de Valoración en Aduanas, como Grupo de Trabajo del Consejo de Asuntos Aduaneros, el mismo que estará constituido por un representante titular y uno o más alternos de cada País Miembro y que tendrá como finalidad analizar los problemas relativos a la valoración aduanera.

Dicho Comité se reunirá en forma ordinaria una vez al año y en forma extraordinaria cada vez que lo solicite la Comisión, la Junta, el Consejo de Asuntos Aduaneros o alguno de sus miembros.

La Junta actuará como Secretaría Técnica del Comité.

Las demás facultades, funcionamiento y organización, las establecerá el Comité mediante su reglamento interno.

Artículo 19.- Los Países Miembros, en sus relaciones intra-subregionales, podrán celebrar conversaciones con el objeto de solucionar las discrepancias que pudieren surgir de la aplicación de la presente Decisión.

La iniciación de dichas conversaciones así como sus resultados, deberán ser comunicados a la Junta y en ningún caso podrán vulnerar los compromisos asumidos ante el Acuerdo de Cartagena.

Los Países Miembros no podrán someter la solución de los conflictos derivados de la aplicación de la presente Decisión, a un órgano jurisdiccional distinto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Artículo 20.- Aquellos derechos y obligaciones relativos a la valoración en aduana, correspondientes a los importadores y a la administración aduanera, no mencionados expresamente en la presente Decisión o en el Acuerdo del Valor del GATT de 1994, se regirán por lo dispuesto en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Artículo 21.- Lo dispuesto en la presente Decisión, así como en las normas previstas por el Acuerdo del Valor del GATT de 1994, no se utilizará para resolver casos relacionados con dumping o subsidios. La prevención o corrección de las distorsiones que se deriven de su existencia, se resolverá conforme a lo establecido por la Decisión 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena o por las que la sustituyan o modifiquen.

Artículo 22.- Deróguense las Decisiones 326 y 364 de la Comisión.

Dada en la ciudad de Santafé de Bogotá, Colombia, a los diecinueve días del mes de junio de mil novecientos noventa y cinco.

ACUERDO RELATIVO A LA APLICACION DEL ARTICULO VII DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO DE 1994

INTRODUCCION GENERAL

1. El “valor de transacción”, tal como se define en el artículo 1, es la primera base para la determinación del valor en aduana de conformidad con el presente Acuerdo. El artículo 1 debe considerarse en conjunción con el artículo 8, que dispone, entre otras cosas, el ajuste del precio realmente pagado o por pagar en los casos en que determinados elementos, que se considera forman parte del valor en aduana, corran a cargo del comprador y no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas. El artículo 8 prevé también la inclusión en el valor de transacción de determinadas prestaciones del comprador en favor del

vendedor, que revistan más bien la forma de bienes o servicios que de dinero. Los artículos 2 a 7 inclusive establecen métodos para determinar el valor en aduana en todos los casos en que no pueda determinarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.

2. Cuando el valor en aduana no pueda determinarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, normalmente deberán celebrarse consultas entre la Administración de Aduanas y el importador con objeto de establecer una base de valoración con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2 ó 3. Puede ocurrir, por ejemplo, que el importador posea información acerca del valor en aduana de mercancías idénticas o similares importadas y que la Administración de Aduanas no disponga de manera directa de esta información en el lugar de importación. También es posible que la Administración de Aduanas disponga de información acerca del valor en aduana de mercancías idénticas o similares importadas y que el importador no conozca esta información. La celebración de consultas entre las dos partes permitirá intercambiar la información, a reserva de las limitaciones impuestas por el secreto comercial, a fin de determinar una base apropiada de valoración en aduana.

3. Los artículos 5 y 6 proporcionan dos bases para determinar el valor en aduana cuando éste no pueda determinarse sobre la base del valor de transacción de las mercancías importadas o de mercancías idénticas o similares importadas. En virtud del párrafo 1 del artículo 5, el valor en aduana se determina sobre la base del precio a que se venden las mercancías, en el mismo estado en que son importadas, a un comprador no vinculado con el vendedor y en el país de importación. Asimismo, el importador, si así lo solicita, tiene derecho a que las mercancías que son objeto de transformación después de la importación se valoren con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5. En virtud del artículo 6, el valor en aduana se determina sobre la base del valor reconstruido. Ambos métodos presentan dificultades y por esta causa el importador tiene derecho, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, a elegir el orden de aplicación de los dos métodos.

4. El artículo 7 establece cómo determinar el valor en aduana en los casos en que no pueda determinarse con arreglo a ninguno de los artículos anteriores.

Los Miembros,

Habida cuenta de las Negociaciones Comerciales Multilaterales;

Deseando fomentar la consecución de los objetivos del GATT de 1994 y lograr beneficios adicionales para el comercio internacional de los países en desarrollo;

Reconociendo la importancia de lo dispuesto en el artículo VII del GATT de 1994 y deseando elaborar normas para su aplicación con objeto de conseguir a este respecto una mayor uniformidad y certidumbre;

Reconociendo la necesidad de un sistema equitativo, uniforme y neutro de valoración en aduana de las mercancías que excluya la utilización de valores arbitrarios o ficticios;

Reconociendo que la base para la valoración en aduana de las mercancías debe ser en la mayor medida posible su valor de transacción;

Reconociendo que la determinación del valor en aduana debe basarse en criterios sencillos y equitativos que sean conformes con los usos comerciales y que los procedimientos de valoración deben ser de aplicación general, sin distinciones por razón de la fuente de suministro;

Reconociendo que los procedimientos de valoración no deben utilizarse para combatir el dumping;

Conviene en lo siguiente:

PARTE I

NORMAS DE VALORACION EN ADUANA

Artículo 1

1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por el comprador, con excepción de las que:

i) impongan o exijan la ley o las autoridades del país de importación;

ii) limiten el territorio geográfico donde puedan revenderse las mercancías;

o

iii) no afecten sustancialmente al valor de las mercancías;

b) Que la venta o el precio no dependan de ninguna condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse con relación a las mercancías a valorar;

c) Que no revierta directa ni indirectamente al vendedor parte alguna del producto de la reventa o de cualquier cesión o utilización ulteriores de las mercancías por el comprador, a menos que pueda efectuarse el debido ajuste de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8; y d) Que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.

2. a) Al determinar si el valor de transacción es aceptable a los efectos del párrafo 1, el hecho de que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15 no constituirá en sí un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción. En tal caso se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. Si, por la información obtenida del importador o de otra fuente, la Administración de Aduanas tiene razones para creer que la vinculación ha influido en el precio, comunicará esas razones al importador y le dará oportunidad razonable para contestar. Si el importador lo pide, las razones se le comunicarán por escrito.

b) En una venta entre personas vinculadas, se aceptará el valor de transacción y se valorarán las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 cuando el importador demuestre que dicho valor se aproxima mucho a alguno de los precios o valores que se señalan a continuación, vigentes en el mismo momento o en uno aproximado:

i) el valor de transacción en las ventas de mercancías idénticas o similares efectuadas a compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al mismo país importador;

ii) el valor en aduana de mercancías idénticas o similares, determinado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5;

iii) el valor en aduana de mercancías idénticas o similares, determinado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6;

Al aplicar los criterios precedentes, deberán tenerse debidamente en cuenta las diferencias demostradas de nivel comercial y de cantidad, los

elementos enumerados en el artículo 8 y los costos que soporte el vendedor en las ventas a compradores con los que no esté vinculado, y que no soporte en las ventas a compradores con los que tiene vinculación.

c) Los criterios enunciados en el apartado b) del párrafo 2 habrán de utilizarse por iniciativa del importador y sólo con fines de comparación. No podrán establecerse valores de sustitución al amparo de lo dispuesto en dicho apartado.

Artículo 2

1. a) Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, el valor en aduana será el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.

b) Al aplicar el presente artículo, el valor en aduana se determinará utilizando el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. Cuando no exista tal venta, se utilizará el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas a un nivel comercial diferente y/o en cantidades diferentes, ajustado para tener en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y/o a la cantidad, siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor.

2. Cuando los costos y gastos enunciados en el párrafo 2 del artículo 8 estén incluidos en el valor de transacción, se efectuará un ajuste de dicho valor para tener en cuenta las diferencias apreciables de esos costos y gastos entre las mercancías importadas y las mercancías idénticas consideradas que resulten de diferencias de distancia y de forma de transporte.

3. Si al aplicar el presente artículo se dispone de más de un valor de transacción de mercancías idénticas, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas se utilizará el valor de transacción más bajo.

Artículo 3

1. a) Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2, el valor en aduana será el valor de transacción de mercancías similares vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.

b) Al aplicar el presente artículo, el valor en aduana se determinará utilizando el valor de transacción de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. Cuando no exista tal venta, se utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas a un nivel comercial diferente y/o en cantidades diferentes, ajustado para tener en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y/o a la cantidad, siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor.

2. Cuando los costos y gastos enunciados en el párrafo 2 del artículo 8 estén incluidos en el valor de transacción, se efectuará un ajuste de dicho valor para tener en cuenta las diferencias apreciables de esos costos y gastos entre las mercancías importadas y las mercancías similares consideradas que resulten de diferencias de distancia y de forma de transporte.

3. Si al aplicar el presente artículo se dispone de más de un valor de transacción de mercancías similares, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas se utilizará el valor de transacción más bajo.

Artículo 4

Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3, se determinará según el artículo 5, y cuando no pueda determinarse con arreglo a él, según el artículo 6, si bien a petición del importador podrá invertirse el orden de aplicación de los artículos 5 y 6.

Artículo 5

1. a) Si las mercancías importadas, u otras idénticas o similares importadas, se venden en el país de importación en el mismo estado en que son importadas, el valor en aduana determinado según el presente artículo se basará en el precio unitario a que se venda en esas condiciones la mayor cantidad total de las mercancías importadas o de otras mercancías importadas que sean idénticas o similares a ellas, en el momento de la importación de las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, a personas que no estén vinculadas con aquellas a las que compren dichas mercancías, con las siguientes deducciones:

- i) las comisiones pagadas o convenidas usualmente, o los suplementos por beneficios y gastos generales cargados habitualmente, en relación con las ventas en dicho país de mercancías importadas de la misma especie o clase;
- ii) los gastos habituales de transporte y de seguros, así como los gastos conexos en que se incurra en el país importador;
- iii) cuando proceda, los costos y gastos a que se refiere el párrafo 2 del artículo 8; y
- iv) los derechos de aduana y otros gravámenes nacionales pagaderos en el país importador por la importación o venta de las mercancías.

b) Si en el momento de la importación de las mercancías a valorar o en un momento aproximado, no se venden las mercancías importadas, ni mercancías idénticas o similares importadas, el valor se determinará, con sujeción por lo demás a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 de este artículo, sobre la base del precio unitario a que se vendan en el país de importación las mercancías importadas, o mercancías idénticas o similares importadas, en el mismo estado en que son importadas, en la fecha más próxima después de la importación de las mercancías objeto de valoración pero antes de pasados 90 días desde dicha importación.

2. Si ni las mercancías importadas, ni otras mercancías importadas que sean idénticas o similares a ellas, se venden en el país de importación en el mismo estado en que son importadas, y si el importador lo pide, el valor en aduana se determinará sobre la base del precio unitario a que se venda la mayor cantidad total de las mercancías importadas, después de su transformación, a personas del país de importación que no tengan vinculación con aquellas de quienes compren las mercancías, teniendo debidamente en cuenta el valor añadido en esa transformación y las deducciones previstas en el apartado a) del párrafo 1.

Artículo 6

1. El valor en aduana de las mercancías importadas determinado según el presente artículo se basará en un valor reconstruido. El valor reconstruido será igual a la suma de los siguientes elementos:

- a) el costo o valor de los materiales y de la fabricación u otras operaciones efectuadas para producir las mercancías importadas;
- b) una cantidad por concepto de beneficios y gastos generales igual a la que suele añadirse tratándose de ventas de mercancías de la misma especie o clase que las mercancías objeto de la valoración efectuadas por productores del país de exportación en operaciones de exportación al país de importación;
- c) el costo o valor de todos los demás gastos que deban tenerse en cuenta para aplicar la opción de valoración elegida por el Miembro en virtud del párrafo 2 del artículo 8.

2. Ningún Miembro podrá solicitar o exigir a una persona no residente en su propio territorio que exhiba, para su examen, un documento de contabilidad o de otro tipo, o que permita el acceso a ellos, con el fin de determinar un valor reconstruido. Sin embargo, la información proporcionada por el productor de las mercancías al objeto de determinar el valor en aduana con arreglo a las disposiciones de este artículo podrá ser verificada en otro país por las autoridades del país de importación, con la conformidad del productor y siempre que se notifique con suficiente antelación al gobierno del país de que se trate y que éste no tenga nada que objetar contra la investigación.

Artículo 7

1. Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 a 6 inclusive, dicho valor se determinará según criterios razonables, compatibles con los principios y las disposiciones generales de este Acuerdo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación.

2. El valor en aduana determinado según el presente artículo no se basará en:

- a) el precio de venta en el país de importación de mercancías producidas en dicho país;

- b) un sistema que prevea la aceptación, a efectos de valoración en aduana, del más alto de dos valores posibles;
 - c) el precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador;
 - d) un costo de producción distinto de los valores reconstruidos que se hayan determinado para mercancías idénticas o similares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6;
 - e) el precio de mercancías vendidas para exportación a un país distinto del país de importación;
 - f) valores en aduana mínimos;
 - g) valores arbitrarios o ficticios.
3. Si así lo solicita, el importador será informado por escrito del valor en aduana determinado de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo y del método utilizado a este efecto.

Artículo 8

1. Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:

- a) los siguientes elementos, en la medida en que corran a cargo del comprador y no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar de las mercancías:
 - i) las comisiones y los gastos de corretaje, salvo las comisiones de compra;
 - ii) el costo de los envases o embalajes que, a efectos aduaneros, se consideren como formando un todo con las mercancías de que se trate;
 - iii) los gastos de embalaje, tanto por concepto de mano de obra como de materiales;
- b) el valor, debidamente repartido, de los siguientes bienes y servicios, siempre que el comprador, de manera directa o indirecta, los haya suministrado gratuitamente o a precios reducidos para que se utilicen en la producción y venta para la exportación de las mercancías importadas y en la medida en que dicho valor no esté incluido en el precio realmente pagado o por pagar:

- i) los materiales, piezas y elementos, partes y artículos análogos incorporados a las mercancías importadas;
 - ii) las herramientas, matrices, moldes y elementos análogos utilizados para la producción de las mercancías importadas;
 - iii) los materiales consumidos en la producción de las mercancías importadas;
 - iv) ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, y planos y croquis realizados fuera del país de importación y necesarios para la producción de las mercancías importadas;
- c) los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar;
- d) el valor de cualquier parte del producto de la reventa, cesión o utilización posterior de las mercancías importadas que revierta directa o indirectamente al vendedor.

2. En la elaboración de su legislación cada Miembro dispondrá que se incluya en el valor en aduana, o se excluya del mismo, la totalidad o una parte de los elementos siguientes:

- a) los gastos de transporte de las mercancías importadas hasta el puerto o lugar de importación;
- b) los gastos de carga, descarga y manipulación ocasionados por el transporte de las mercancías importadas hasta el puerto o lugar de importación; y
- c) el costo del seguro.

3. Las adiciones al precio realmente pagado o por pagar previstas en el presente artículo sólo podrán hacerse sobre la base de datos objetivos y cuantificables.

4. Para la determinación del valor en aduana, el precio realmente pagado o por pagar únicamente podrá incrementarse de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 9

1. En los casos en que sea necesaria la conversión de una moneda para determinar el valor en aduana, el tipo de cambio que se utilizará será el que hayan publicado debidamente las autoridades competentes del país de importación de que se trate, y deberá reflejar con la mayor exactitud posible, para cada período que cubra tal publicación, el valor corriente de dicha moneda en las transacciones comerciales expresado en la moneda del país de importación.
2. El tipo de cambio aplicable será el vigente en el momento de la exportación o de la importación, según estipule cada una de los Miembros.

Artículo 10

Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial.

Artículo 11

1. En relación con la determinación del valor en aduana, la legislación de cada Miembro deberá reconocer un derecho de recurso, sin penalización, al importador o a cualquier otra persona sujeta al pago de los derechos.
2. Aunque en primera instancia el derecho de recurso sin penalización se ejercite ante un órgano de la Administración de Aduanas o ante un órgano independiente, en la legislación de cada Miembro se preverá un derecho de recurso sin penalización ante una autoridad judicial.
3. Se notificará al apelante el fallo del recurso y se le comunicarán por escrito las razones en que se funde aquél. También se le informará de los derechos que puedan corresponderle a interponer otro recurso.

Artículo 12

Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general destinados a dar efecto al presente Acuerdo serán publicados por el país de importación de que se trate con

arreglo al artículo X del GATT de 1994.

Artículo 13

Si en el curso de la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas resultase necesario demorar la determinación definitiva de ese valor, el importador de las mercancías podrá no obstante retirarlas de la Aduana si, cuando así se le exija, presta una garantía suficiente en forma de fianza, depósito u otro medio apropiado que cubra el pago de los derechos de aduana a que puedan estar sujetas en definitiva las mercancías. Esta posibilidad deberá preverse en la legislación de cada Miembro.

Artículo 14

Las notas que figuran en el Anexo I del presente Acuerdo forman parte integrante de éste, y los artículos del Acuerdo deben interpretarse y aplicarse conjuntamente con sus respectivas notas. Los Anexos II y III forman asimismo parte integrante del presente Acuerdo.

Artículo 15

1. En el presente Acuerdo:

- a) por “valor en aduana de las mercancías importadas” se entenderá el valor de las mercancías a los efectos de percepción de derechos de aduana ad valórem sobre las mercancías importadas;
- b) por “país de importación” se entenderá el país o el territorio aduanero en que se efectúe la importación;
- c) por “producidas” se entenderá asimismo cultivadas, manufacturadas o extraídas.

2. En el presente Acuerdo:

- a) se entenderá por “mercancías idénticas” las que sean iguales en todo, incluidas sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Las pequeñas diferencias de aspecto no impedirán que se consideren como idénticas las mercancías que en todo lo demás se ajusten a la definición;
- b) se entenderá por “mercancías similares” las que, aunque no sean iguales en todo, tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables. Para

determinar si las mercancías son similares habrán de considerarse, entre otros factores, su calidad, su prestigio comercial y la existencia de una marca comercial;

c) Las expresiones “mercancías idénticas” y “mercancías similares” no comprenden las mercancías que lleven incorporados o contengan, según el caso, elementos de ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, y planos y croquis por los cuales no se hayan hecho ajustes en virtud del párrafo 1 b) iv) del artículo 8 por haber sido realizados tales elementos en el país de importación;

d) sólo se considerarán “mercancías idénticas” y “mercancías similares” las producidas en el mismo país que las mercancías objeto de valoración;

e) sólo se tendrán en cuenta las mercancías producidas por una persona diferente cuando no existan mercancías idénticas o mercancías similares, según el caso, producidas por la misma persona que las mercancías objeto de valoración;

3. En el presente Acuerdo, la expresión “mercancías de la misma especie o clase” designa mercancías pertenecientes a un grupo o gama de mercancías producidas por una rama de producción determinada, o por un sector de la misma, y comprende mercancías idénticas o similares.

4. A los efectos del presente Acuerdo se considerará que existe vinculación entre las personas solamente en los casos siguientes:

la posesión del 5 por ciento o más de las acciones o títulos en circulación y con derecho a voto de ambas;

e) si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra;

f) si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera;

g) si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona; o

h) si son de la misma familia.

5. Las personas que están asociadas en negocios porque una es el agente, distribuidor o concesionario exclusivo de la otra, cualquiera que sea la designación utilizada, se considerarán como vinculadas, a los efectos del presente Acuerdo, si se les puede aplicar alguno de los criterios enunciados en el párrafo 4.

Artículo 16

Prevía solicitud por escrito, el importador tendrá derecho a recibir

de la Administración de Aduanas del país de importación una explicación escrita del método según el cual se haya determinado el valor en aduana de sus mercancías.

Artículo 17

Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo podrá interpretarse en un sentido que restrinja o ponga en duda el derecho de las Administraciones de Aduanas de comprobar la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración presentados a efectos de valoración en aduana.

PARTE II

ADMINISTRACION DEL ACUERDO, CONSULTAS Y SOLUCION DE DIFERENCIAS

Artículo 18

Instituciones

1. En virtud del presente Acuerdo se establece un Comité de Valoración en Aduana (denominado en el presente Acuerdo el “Comité”) compuesto de representantes de cada una de los Miembros. El Comité elegirá a su Presidente y se reunirá normalmente una vez al año, o cuando lo prevean las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo, para dar a los Miembros la oportunidad de consultarse sobre cuestiones relacionadas con la administración del sistema de valoración en aduana por cualquiera de los Miembros en la medida en que esa administración pudiera afectar al funcionamiento del presente Acuerdo o a la consecución de sus objetivos y con el fin de desempeñar las demás funciones que le encomienden los Miembros. Los servicios de secretaría del Comité serán prestados por la Secretaría de la OMC.

2. Se establecerá un Comité Técnico de Valoración en Aduana (denominado en el presente Acuerdo el “Comité Técnico”), bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera (denominado en el presente Acuerdo “CCA”), que desempeñará las funciones enunciadas en el Anexo II del presente Acuerdo y actuará de conformidad con las normas de procedimiento contenidas en dicho Anexo.

Artículo 19*Consultas y solución de diferencias*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Acuerdo, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias será aplicable a las consultas y a la solución de diferencias al amparo del presente Acuerdo.
2. Si un Miembro considera que una ventaja resultante para él directa o indirectamente del presente Acuerdo queda anulada o menoscabada, o que la consecución de uno de los objetivos del mismo se ve comprometida, por la acción de otro u otros Miembros, podrá, con objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión, pedir la celebración de consultas con el Miembro o Miembros de que se trate. Cada Miembro examinará con comprensión toda petición de consultas que le dirija otro Miembro.
3. Cuando así se le solicite, el Comité Técnico prestará asesoramiento y asistencia a los Miembros que hayan entablado consultas.
4. A petición de cualquiera de las partes en la diferencia, o por propia iniciativa, el grupo especial establecido para examinar una diferencia relacionada con las disposiciones del presente Acuerdo podrá pedir al Comité Técnico que haga un examen de cualquier cuestión que deba ser objeto de un estudio técnico. El grupo especial determinará el mandato del Comité Técnico para la diferencia de que se trate y fijará un plazo para la recepción del informe del Comité Técnico. El grupo especial tomará en consideración el informe del Comité Técnico. En caso de que el Comité Técnico no pueda llegar a un consenso sobre la cuestión que se le ha sometido en conformidad con el presente párrafo, el grupo especial dará a las partes en la diferencia la oportunidad de exponerle sus puntos de vista sobre la cuestión.
5. La información confidencial que se proporcione al grupo especial no será revelada sin la autorización formal de la persona, entidad o autoridad que la haya facilitado. Cuando se solicite dicha información del grupo especial y éste no sea autorizado a comunicarla, se suministrará un resumen no confidencial de la información, autorizado por la persona, entidad o autoridad que la haya facilitado.

PARTE III**TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO****Artículo 20**

1. Los países en desarrollo Miembros que no sean Partes en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio hecho el 12 de abril de 1979 podrán retrasar la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo por un período que no exceda de cinco años contados desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC para dichos Miembros. Los países en desarrollo Miembros que decidan retrasar la aplicación del presente Acuerdo lo notificarán al Director General de la OMC.
2. Además de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los países en desarrollo Miembros que no sean Partes en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio hecho el 12 de abril de 1979 podrán retrasar la aplicación del párrafo 2 b) iii) del artículo 1 y del artículo 6 por un período que no exceda de tres años contados desde la fecha en que hayan puesto en aplicación todas las demás disposiciones del presente Acuerdo. Los países en desarrollo Miembros que decidan retrasar la aplicación de las disposiciones mencionadas en este párrafo lo notificarán al Director General de la OMC.
3. Los países desarrollados Miembros proporcionarán, en condiciones mutuamente convenidas, asistencia técnica a los países en desarrollo Miembros que lo soliciten. Sobre esta base, los países desarrollados Miembros elaborarán programas de asistencia técnica que podrán comprender, entre otras cosas, capacitación de personal, asistencia para preparar las medidas de aplicación, acceso a las fuentes de información relativa a los métodos de valoración en aduana y asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo.

PARTE IV**DISPOSICIONES FINALES****Artículo 21**

Reservas

No podrán formularse reservas respecto de ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo sin el consentimiento de los demás Miembros.

Artículo 22*Legislación nacional*

1. Cada Miembro se asegurará de que, a más tardar en la fecha de aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo para él, sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo.

2. Cada Miembro informará al Comité de las modificaciones introducidas en aquellas de sus leyes y reglamentos que tengan relación con el presente Acuerdo y en la aplicación de dichas leyes y reglamentos.

Artículo 23*Examen*

El Comité examinará anualmente la aplicación y funcionamiento del presente Acuerdo habida cuenta de sus objetivos. El Comité informará anualmente al Consejo del Comercio de Mercancías de las novedades registradas durante los períodos que abarquen dichos exámenes.

Artículo 24*Secretaría*

Los servicios de secretaría del presente Acuerdo serán prestados por la Secretaría de la OMC excepto en lo referente a las funciones específicamente encomendadas al Comité Técnico, cuyos servicios de secretaría correrán a cargo de la Secretaría del CCA.

Anexo I**NOTAS INTERPRETATIVAS****Nota General***Aplicación sucesiva de los métodos de valoración*

1. En los artículos 1 a 7 se establece la manera en que el valor en aduana de las mercancías importadas se determinará de conformidad con las disposiciones

del presente Acuerdo. Los métodos de valoración se enuncian según su orden de aplicación. El primer método de valoración en aduana se define en el artículo 1 y las mercancías importadas se tendrán que valorar según las disposiciones de dicho artículo siempre que concurran las condiciones en él prescritas.

2. Cuando el valor en aduana no se pueda determinar según las disposiciones del artículo 1, se determinará recurriendo sucesivamente a cada uno de los artículos siguientes hasta hallar el primero que permita determinarlo. Salvo lo dispuesto en el artículo 4, solamente cuando el valor en aduana no se pueda determinar según las disposiciones de un artículo dado se podrá recurrir a las del artículo siguiente.

3. Si el importador no pide que se invierta el orden de los artículos 5 y 6, se seguirá el orden normal. Si el importador solicita esa inversión, pero resulta imposible determinar el valor en aduana según las disposiciones del artículo 6, dicho valor se deberá determinar de conformidad con las disposiciones del artículo 5, si ello es posible.

4. Cuando el valor en aduana no se pueda determinar según las disposiciones de los artículos 1 a 6, se aplicará a ese efecto el artículo 7.

Aplicación de principios de contabilidad generalmente aceptados

1. Se entiende por “principios de contabilidad generalmente aceptados” aquellos sobre los que hay un consenso reconocido o que gozan de un apoyo substancial y autorizado, en un país y un momento dados, para la determinación de qué recursos y obligaciones económicos deben registrarse como activo y pasivo, qué cambios del activo y el pasivo deben registrarse, cómo deben medirse los activos y pasivos y sus variaciones, qué información debe revelarse y en qué forma, y qué estados financieros se deben preparar. Estas normas pueden consistir en orientaciones amplias de aplicación general o en usos y procedimientos detallados.

2. A los efectos del presente Acuerdo, la Administración de Aduanas de cada Miembro utilizará datos preparados de manera conforme con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país que corresponda según el artículo de que se trate. Por ejemplo, para determinar los suplementos por beneficios y gastos generales habituales a que se refiere el artículo 5, se utilizarán datos preparados de manera conforme con los

principios de contabilidad generalmente aceptados en el país importador. Por otra parte, para determinar los beneficios y gastos generales habituales a que se refiere el artículo 6, se utilizarán datos preparados de manera conforme con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país productor. Otro ejemplo podría ser la determinación de uno de los elementos previstos en el párrafo 1 b) ii) del artículo 8 realizado en el país de importación, que se efectuaría utilizando datos conformes con los principios de contabilidad generalmente aceptados en dicho país.

Nota al artículo 1

Precio realmente pagado o por pagar

1. El precio realmente pagado o por pagar es el pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor o en beneficio de éste. Dicho pago no tiene que tomar necesariamente la forma de una transferencia de dinero. El pago puede efectuarse por medio de cartas de crédito o instrumentos negociables. El pago puede hacerse de manera directa o indirecta. Un ejemplo de pago indirecto sería la cancelación por el comprador, ya sea en su totalidad o en parte, de una deuda a cargo del vendedor.
2. Se considerará que las actividades que por cuenta propia emprenda el comprador, salvo aquellas respecto de las cuales deba efectuarse un ajuste conforme a lo dispuesto en el artículo 8, no constituyen un pago indirecto al vendedor, aunque se pueda estimar que benefician a éste. Por lo tanto, los costos de tales actividades no se añadirán al precio realmente pagado o por pagar a los efectos de la determinación del valor en aduana.
3. El valor en aduana no comprenderá los siguientes gastos o costos, siempre que se distingan del precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:
 - a) los gastos de construcción, armado, montaje, entretenimiento o asistencia técnica realizados después de la importación, en relación con mercancías importadas tales como una instalación, maquinaria o equipo industrial;
 - b) el costo del transporte ulterior a la importación;
 - c) los derechos e impuestos aplicables en el país de importación.
4. El precio realmente pagado o por pagar es el precio de las mercancías importadas. Así pues, los pagos por dividendos u otros conceptos del comprador al vendedor que no guarden relación con las mercancías

importadas no forman parte del valor en aduana.

Párrafo 1 a) iii)

Entre las restricciones que no hacen que sea inaceptable un precio realmente pagado o por pagar figuran las que no afecten sustancialmente al valor de las mercancías. Un ejemplo de restricciones de esta clase es el caso de un vendedor de automóviles que exige al comprador que no los venda ni exponga antes de cierta fecha, que marca el comienzo del año para el modelo.

Párrafo 1 b)

1. Si la venta o el precio dependen de alguna condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse con relación a las mercancías objeto de valoración, el valor de transacción no será aceptable a efectos aduaneros. He aquí algunos ejemplos: a) el vendedor establece el precio de las mercancías importadas a condición de que el comprador adquiera también cierta cantidad de otras mercancías; b) el precio de las mercancías importadas depende del precio o precios a que el comprador de las mercancías importadas vende otras mercancías al vendedor de las mercancías importadas; c) el precio se establece condicionándolo a una forma de pago ajena a las mercancías importadas, por ejemplo, cuando éstas son mercancías semiacabadas suministradas por el vendedor a condición de recibir cierta cantidad de las mercancías acabadas.

2. Sin embargo, otras condiciones o contraprestaciones relacionadas con la producción o la comercialización de las mercancías importadas no conducirán a descartar el valor de transacción. Por ejemplo, si el comprador suministra al vendedor elementos de ingeniería o planos realizados en el país de importación, ello no conducirá a descartar el valor de transacción a los efectos del artículo 1. Análogamente, si el comprador emprende por cuenta propia, incluso mediante acuerdo con el vendedor, actividades relacionadas con la comercialización de las mercancías importadas, el valor de esas actividades no forma parte del valor en aduana y el hecho de que se realicen no conducirá a descartar el valor de transacción.

Párrafo 2

1. En los apartados a) y b) del párrafo 2 se prevén diferentes medios de

establecer la aceptabilidad del valor de transacción.

2. En el apartado a) se estipula que, cuando exista una vinculación entre el comprador y el vendedor, se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción como valor en aduana siempre que la vinculación no haya influido en el precio. No se pretende que se haga un examen de tales circunstancias en todos los casos en que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor. Sólo se exigirá este examen cuando existan dudas en cuanto a la aceptabilidad del precio. Cuando la Administración de Aduanas no tenga dudas acerca de la aceptabilidad del precio, debe aceptarlo sin solicitar información adicional al importador. Por ejemplo, puede que la Administración de Aduanas haya examinado anteriormente tal vinculación, o que ya disponga de información detallada respecto del comprador y el vendedor, y estime suficiente tal examen o información para considerar que la vinculación no ha influido en el precio.

3. En el caso de que la Administración de Aduanas no pueda aceptar el valor de transacción sin recabar otros datos, deberá dar al importador la oportunidad de suministrar la información detallada adicional que pueda ser necesaria para que aquélla examine las circunstancias de la venta. A este respecto, y con objeto de determinar si la vinculación ha influido en el precio, la Administración de Aduanas debe estar dispuesta a examinar los aspectos pertinentes de la transacción, entre ellos la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales y la manera en que se haya fijado el precio de que se trate. En los casos en que pueda demostrarse que pese a estar vinculados en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15, el comprador compra al vendedor y éste vende al comprador como si no existiera entre ellos vinculación alguna, quedaría demostrado que el hecho de estar vinculados no ha influido en el precio. Por ejemplo, si el precio se hubiera ajustado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción de que se trate o con el modo en que el vendedor ajuste los precios de venta a compradores no vinculados con él, quedaría demostrado que la vinculación no ha influido en el precio. Otro ejemplo sería que se demostrara que con el precio se alcanza a recuperar todos los costos y se logra un beneficio que está en consonancia con los beneficios globales realizados por la empresa en un período de tiempo representativo (calculado, por ejemplo, sobre una base anual) en las ventas de mercancías de la misma especie o clase, con lo cual quedaría demostrado que el precio no ha sufrido influencia.

4. El apartado b) ofrece al importador la oportunidad de demostrar que el valor de transacción se aproxima mucho a un valor previamente aceptado como criterio de valoración por la aduana y que, por lo tanto, es aceptable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1. Cuando se satisface uno de los criterios previstos en el apartado b) no es necesario examinar la cuestión de la influencia de la vinculación con arreglo al apartado a). Si la Administración de Aduanas dispone ya de información suficiente para considerar, sin emprender un examen más detallado, que se ha satisfecho uno de los criterios establecidos en el apartado b), no hay razón para que pida al importador que demuestre la satisfacción de tal criterio. En el apartado b) la expresión “compradores no vinculados con el vendedor” se refiere a los compradores que no estén vinculados con el vendedor en ningún caso determinado.

Párrafo 2 b)

Para determinar si un valor “se aproxima mucho” a otro valor se tendrán que tomar en consideración cierto número de factores. Figuran entre ellos la naturaleza de las mercancías importadas, la naturaleza de la rama de producción, la temporada durante la cual se importan las mercancías y si la diferencia de valor es significativa desde el punto de vista comercial. Como estos factores pueden ser distintos de un caso a otro, sería imposible aplicar en todos los casos un criterio uniforme, tal como un porcentaje fijo. Por ejemplo, una pequeña diferencia de valor podría ser inaceptable en el caso de un tipo de mercancías mientras que en el caso de otro tipo de mercancías una gran diferencia podría ser aceptable para determinar si el valor de transacción se aproxima mucho a los valores que se señalan como criterios en el párrafo 2 b) del artículo 1.

Nota al artículo 2

1. Para la aplicación del artículo 2, siempre que sea posible, la Administración de Aduanas utilizará el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Cuando no exista tal venta, se podrá utilizar una venta de mercancías idénticas que se realice en cualquiera de las tres condiciones siguientes:

- a) una venta al mismo nivel comercial pero en cantidades diferentes;
- b) una venta a un nivel comercial diferente pero sustancialmente en las mismas cantidades; o

- c) una venta a un nivel comercial diferente y en cantidades diferentes.
- 2. Cuando exista una venta en la que concurra una cualquiera de las tres condiciones indicadas, se efectuarán los ajustes del caso en función de:
 - a) factores de cantidad únicamente;
 - b) factores de nivel comercial únicamente; o
 - c) factores de nivel comercial y factores de cantidad.
- 3. La expresión “y/o” confiere flexibilidad para utilizar las ventas e introducir los ajustes necesarios en cualquiera de las tres condiciones enunciadas.
- 4. A los efectos del artículo 2, se entenderá que el valor de transacción de mercancías importadas idénticas es un valor en aduana, ajustado con arreglo a las disposiciones de los párrafos 1 b) y 2, que ya haya sido aceptado con arreglo al artículo 1.
- 5. Será condición para efectuar el ajuste por razón de la diferencia en los niveles comerciales o en las cantidades el que dicho ajuste, tanto si supone un incremento como una disminución del valor, se haga sólo sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto, por ejemplo, listas de precios vigentes en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles o cantidades. Como ejemplo de lo que antecede, en el caso de que las mercancías importadas objeto de la valoración consistan en un envío de 10 unidades y las únicas mercancías importadas idénticas respecto de las cuales exista un valor de transacción correspondan a una venta de 500 unidades, y se haya comprobado que el vendedor otorga descuentos por cantidad, el ajuste necesario podrá realizarse consultando la lista de precios del vendedor y utilizando el precio aplicable a una venta de 10 unidades. La venta no tiene necesariamente que haberse realizado por una cantidad de 10 unidades, con tal de que se haya comprobado, por las ventas de otras cantidades, que la lista de precios es fidedigna. Si no existe tal medida objetiva de comparación, no será apropiado aplicar el artículo 2 para la determinación del valor en aduana.

Nota al artículo 3

1. Para la aplicación del artículo 3, siempre que sea posible, la Administración de Aduanas utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Cuando no exista tal venta, se podrá

utilizar una venta de mercancías similares que se realice en cualquiera de las tres condiciones siguientes:

- a) una venta al mismo nivel comercial pero en cantidades diferentes;
- b) una venta a un nivel comercial diferente pero sustancialmente en las mismas cantidades; o
- c) una venta a un nivel comercial diferente y en cantidades diferentes.

2. Cuando exista una venta en la que concurra una cualquiera de las tres condiciones indicadas, se efectuarán los ajustes del caso en función de:

- a) factores de cantidad únicamente;
- b) factores de nivel comercial únicamente; o
- c) factores de nivel comercial y factores de cantidad.

3. La expresión “y/o” confiere flexibilidad para utilizar las ventas e introducir los ajustes necesarios en cualquiera de las tres condiciones enunciadas.

4. A los efectos del artículo 3, se entenderá que el valor de transacción de mercancías importadas similares es un valor en aduana, ajustado con arreglo a las disposiciones de los párrafos 1 b) y 2, que ya haya sido aceptado con arreglo al artículo 1.

5. Será condición para efectuar el ajuste por razón de la diferencia en los niveles comerciales o en las cantidades el que dicho ajuste, tanto si supone un incremento como una disminución del valor, se haga sólo sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto, por ejemplo, listas de precios vigentes en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles o cantidades. Como ejemplo de lo que antecede, en el caso de que las mercancías importadas objeto de la valoración consistan en un envío de 10 unidades y las únicas mercancías importadas similares respecto de las cuales exista un valor de transacción correspondan a una venta de 500 unidades, y se haya comprobado que el vendedor otorga descuentos por cantidad, el ajuste necesario podrá realizarse consultando la lista de precios del vendedor y utilizando el precio aplicable a una venta de 10 unidades. La venta no tiene necesariamente que haberse realizado por una cantidad de 10 unidades, con tal de que se haya comprobado, por las ventas de otras cantidades, que la lista de precios es fidedigna. Si no existe tal medida objetiva de comparación, no será apropiado aplicar el artículo 3 para la determinación del valor en aduana.

Nota al artículo 5

1. Se entenderá por “el precio unitario a que se venda la mayor cantidad total de las mercancías” el precio a que se venda el mayor número de unidades, en ventas a personas que no estén vinculadas con aquellas a las que compren dichas mercancías, al primer nivel comercial después de la importación al que se efectúen dichas ventas.

2. Por ejemplo, se venden mercancías con arreglo a una lista de precios que establece precios unitarios favorables para las compras en cantidades relativamente grandes.

3. Otro ejemplo, con la realización de dos ventas. En la primera se venden 500 unidades al precio de 95 unidades monetarias cada una. En la segunda se venden 400 unidades al precio de 90 unidades monetarias cada una. En ese caso, el mayor número de unidades vendidas a cierto precio es 500; por consiguiente, el precio unitario al que se vende la mayor cantidad total es 95.

4. Un tercer ejemplo es el del caso siguiente, en que se venden diversas cantidades a diversos precios.

a) Ventas

40 unidades 100

Cantidad vendida	Precio unitario	Nº de venta	Cantidad total vendida a cada uno de los precios
De 1 a 10 unidades	100	10 ventas de 5 unidades 5 ventas de 3 unidades	65

30 unidades	90
15 unidades	100
50 unidades	95
25 unidades	105
35 unidades	90
5 unidades	100

b) Totales

Cantidad total vendida	Precio unitario
65	90
50	95
60	100
25	105

En el presente ejemplo, el mayor número de unidades vendidas a cierto precio es 65; por consiguiente, el precio unitario al que se vende la mayor cantidad total es 90.

5. No deberá tenerse en cuenta, para determinar el precio unitario a los efectos del artículo 5, ninguna venta que se efectúe en las condiciones previstas en el párrafo 1 supra en el país de importación a una persona que suministre directa o indirectamente, a título gratuito o a un precio reducido, alguno de los elementos especificados en el párrafo 1 b) del artículo 8 para que se utilicen en relación con la producción de las mercancías importadas o con la venta de éstas para exportación.

6. Conviene señalar que los “beneficios y gastos generales” que figuran en el párrafo 1 del artículo 5 se han de considerar como un todo. A los efectos de esta deducción, la cifra deberá determinarse sobre la base de las informaciones comunicadas por el importador o en nombre de éste, a menos que las cifras del importador no concuerden con las relativas a las ventas en el país de importación de mercancías importadas de la misma especie o clase, en cuyo caso la cantidad correspondiente a los beneficios y gastos generales podrá basarse en informaciones pertinentes, distintas de las comunicadas por el importador o en nombre de éste.

7. Los “gastos generales” comprenden los gastos directos e indirectos de comercialización de las mercancías.

8. Los impuestos pagaderos en el país con motivo de la venta de las mercancías por los que no se haga una deducción según lo dispuesto en el inciso iv) del párrafo 1 a) del artículo 5 se deducirán de conformidad con lo estipulado en el inciso i) de dicho párrafo.

9. Para determinar las comisiones o los beneficios y gastos generales habituales a los efectos del párrafo 1 del artículo 5, la cuestión de si ciertas mercancías son “de la misma especie o clase” que otras mercancías se resolverá caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias. Se examinarán las ventas que se hagan en el país de importación del grupo o gama más restringidos de mercancías importadas de la misma especie o clase que incluya las mercancías objeto de valoración y a cuyo respecto puedan suministrarse las informaciones necesarias. A los efectos del artículo 5, las “mercancías de la misma especie o clase” podrán ser mercancías importadas del mismo país que las mercancías objeto de valoración o mercancías importadas de otros países.

10. A los efectos del párrafo 1 b) del artículo 5, la “fecha más próxima” será aquella en que se hayan vendido las mercancías importadas, o mercancías idénticas o similares importadas, en cantidad suficiente para determinar el precio unitario.

11. Cuando se utilice el método expuesto en el párrafo 2 del artículo 5, la deducción del valor añadido por la transformación ulterior se basará en datos objetivos y cuantificables referentes al costo de esa operación. El cálculo se basará en las fórmulas, recetas, métodos de cálculo y prácticas aceptadas de la rama de producción de que se trate.

12. Se reconoce que el método de valoración definido en el párrafo 2 del artículo 5 no será normalmente aplicable cuando, como resultado de la transformación ulterior, las mercancías importadas pierdan su identidad. Sin embargo, podrá haber casos en que, aunque se pierda la identidad de las mercancías importadas, el valor añadido por la transformación se pueda determinar con precisión y sin excesiva dificultad. Por otra parte, puede haber también casos en que las mercancías importadas mantengan su identidad, pero constituyan en las mercancías vendidas en el país de importación un elemento de tan reducida importancia que no esté justificado el empleo de este método de valoración. Teniendo presentes las anteriores consideraciones, esas situaciones se habrán de examinar caso por caso.

Nota al artículo 6

1. Por regla general, el valor en aduana se determina según el presente Acuerdo sobre la base de la información de que se pueda disponer fácilmente en el país de importación. Sin embargo, para determinar un valor reconstruido podrá ser necesario examinar los costos de producción de las mercancías objeto de valoración y otras informaciones que deban obtenerse fuera del país de importación. En muchos casos, además, el productor de las mercancías estará fuera de la jurisdicción de las autoridades del país de importación. La utilización del método del valor reconstruido se limitará, en general, a aquellos casos en que el comprador y el vendedor estén vinculados entre sí, y en que el productor esté dispuesto a proporcionar a las autoridades del país de importación los datos necesarios sobre los costos y a dar facilidades para cualquier comprobación ulterior que pueda ser necesaria.

2. El “costo o valor” a que se refiere el párrafo 1 a) del artículo 6 se determinará sobre la base de la información relativa a la producción de las mercancías objeto de valoración, proporcionada por el productor o en nombre suyo. El costo o valor deberá basarse en la contabilidad comercial del productor, siempre que dicha contabilidad se lleve de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados que se apliquen en el país en que se produce la mercancía.

3. El “costo o valor” comprenderá el costo de los elementos especificados en los incisos ii) y iii) del párrafo 1 a) del artículo 8. Comprenderá también el valor, debidamente repartido según las disposiciones de la correspondiente nota al artículo 8, de cualquiera de los elementos especificados en el párrafo 1 b) de dicho artículo que haya sido suministrado directa o indirectamente por el comprador para que se utilice en relación con la producción de las mercancías importadas. El valor de los elementos especificados en el inciso iv) del párrafo 1 b) del artículo 8 que hayan sido realizados en el país de importación sólo quedará comprendido en la medida en que corran a cargo del productor. Queda entendido que en la determinación del valor reconstruido no se podrá contar dos veces el costo o valor de ninguno de los elementos mencionados en ese párrafo.

4. La “cantidad por concepto de beneficios y gastos generales” a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo 6 se determinará sobre la base de la información proporcionada por el productor o en nombre suyo, a menos que las cifras del productor no concuerden con las que sean usuales en las ventas de mercancías de la misma especie o clase que las mercancías objeto

de valoración, efectuadas por los productores del país de exportación en operaciones de exportación al país de importación.

5. Conviene observar en este contexto que la “cantidad por concepto de beneficios y gastos generales” debe considerarse como un todo. De ahí se deduce que si, en un determinado caso, el importe del beneficio del productor es bajo y sus gastos generales son altos, sus beneficios y gastos generales considerados en conjunto pueden no obstante concordar con los que son usuales en las ventas de mercancías de la misma especie o clase. Esa situación puede darse, por ejemplo, en el caso de un producto que se ponga por primera vez a la venta en el país de importación y en que el productor esté dispuesto a no obtener beneficios o a que éstos sean bajos para compensar los fuertes gastos generales inherentes al lanzamiento del producto al mercado. Cuando el productor pueda demostrar unos beneficios bajos en las ventas de las mercancías importadas en razón de circunstancias comerciales especiales, deberá tenerse en cuenta el importe de sus beneficios reales, a condición de que el productor tenga razones comerciales válidas que los justifiquen y de que su política de precios refleje las políticas habituales de precios seguidas en la rama de producción de que se trate. Esa situación puede darse, por ejemplo, en los casos en que los productores se hayan visto forzados a fijar temporalmente precios bajos a causa de una disminución imprevisible de la demanda o cuando vendan mercancías para complementar una gama de mercancías producidas en el país de importación y estén dispuestos a aceptar bajos márgenes de beneficio para mantener la competitividad. Cuando la cantidad indicada por el productor por concepto de beneficios y gastos generales no concuerde con las que sean usuales en las ventas de mercancías de la misma especie o clase que las mercancías objeto de valoración efectuadas por los productores del país de exportación en operaciones de exportación al país de importación, la cantidad por concepto de beneficios y gastos generales podrá basarse en otras informaciones pertinentes que no sean las proporcionadas por el productor de las mercancías o en nombre suyo.

6. Si para determinar un valor reconstruido se utiliza una información distinta de la proporcionada por el productor o en nombre suyo, las autoridades del país de importación informarán al importador, si éste así lo solicita, de la fuente de dicha información, los datos utilizados y los cálculos efectuados sobre la base de dichos datos, a reserva de lo dispuesto en el artículo 10.

7. Los “gastos generales” a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo 6 comprenden los costos directos e indirectos de producción y venta de las

mercancías para la exportación que no queden incluidos en el apartado a) del mismo párrafo y artículo.

8. La determinación de que ciertas mercancías son “de la misma especie o clase” que otras se hará caso por caso, de acuerdo con las circunstancias particulares que concurren. Para determinar los beneficios y gastos generales usuales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 se examinarán las ventas que se hagan para exportación al país de importación del grupo o gama más restringidos de mercancías que incluya las mercancías objeto de valoración, y a cuyo respecto pueda proporcionarse la información necesaria. A los efectos del artículo 6, las “mercancías de la misma especie o clase” deben ser del mismo país que las mercancías objeto de valoración.

Nota al artículo 7

1. En la mayor medida posible, los valores en aduana que se determinen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 deberán basarse en los valores en aduana determinados anteriormente.

2. Los métodos de valoración que deben utilizarse para el artículo 7 son los previstos en los artículos 1 a 6 inclusive, pero se considerará que una flexibilidad razonable en la aplicación de tales métodos es conforme a los objetivos y disposiciones del artículo 7.

3. Por flexibilidad razonable se entiende, por ejemplo:

a) Mercancías idénticas: el requisito de que las mercancías idénticas hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, podría interpretarse de manera flexible; la base para la valoración en aduana podría estar constituida por mercancías importadas idénticas, producidas en un país distinto del que haya exportado las mercancías objeto de valoración; podrían utilizarse los valores en aduana ya determinados para mercancías idénticas importadas conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.

b) Mercancías similares: el requisito de que las mercancías similares hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, podría interpretarse de manera flexible; la base para la valoración en aduana podría estar constituida por mercancías importadas similares, producidas en un país distinto del que haya exportado las mercancías objeto de valoración; podrían utilizarse los

valores en aduana ya determinados para mercancías similares importadas conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.

c) Método deductivo: el requisito previsto en el artículo 5, párrafo 1 a), de que las mercancías deban haberse vendido “en el mismo estado en que son importadas” podría interpretarse de manera flexible; el requisito de los “90 días” podría exigirse con flexibilidad.

Nota al artículo 8

Párrafo 1 a), inciso i)

La expresión “comisiones de compra” comprende la retribución pagada por un importador a su agente por los servicios que le presta al representarlo en el extranjero en la compra de las mercancías objeto de valoración.

Párrafo 1 b) inciso ii)

1. Para repartir entre las mercancías importadas los elementos especificados en el inciso ii) del párrafo 1 b) del artículo 8, deben tenerse en cuenta dos factores: el valor del elemento en sí y la manera en que dicho valor deba repartirse entre las mercancías importadas. El reparto de estos elementos debe hacerse de manera razonable, adecuada a las circunstancias y de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados.

2. Por lo que se refiere al valor del elemento, si el importador lo adquiere de un vendedor al que no esté vinculado y paga por él un precio determinado, este precio será el valor del elemento. Si el elemento fue producido por el importador o por una persona vinculada a él, su valor será el costo de producción. Cuando el importador haya utilizado el elemento con anterioridad independientemente de que lo haya adquirido o lo haya producido, se efectuará un ajuste para reducir el costo primitivo de adquisición o de producción del elemento a fin de tener en cuenta su utilización y determinar su valor.

3. Una vez determinado el valor del elemento, es preciso repartirlo entre las mercancías importadas. Existen varias posibilidades. Por ejemplo, el valor podrá asignarse al primer envío si el importador desea pagar de una sola vez los derechos por el valor total. O bien el importador podrá solicitar que se reparta el valor entre el número de unidades producidas hasta el momento del primer envío. O también es posible que solicite que el valor se reparta entre el total de la producción prevista cuando existan contratos o compromisos

en firme respecto de esa producción. El método de reparto que se adopte dependerá de la documentación presentada por el importador.

4. Supóngase por ejemplo que un importador suministra al productor un molde para la fabricación de las mercancías que se han de importar y se compromete a comprarle 10.000 unidades, y que, cuando llegue la primera remesa de 1.000 unidades, el productor haya fabricado ya 4.000. El importador podrá pedir a la Administración de Aduanas que reparta el valor del molde entre 1.000, 4.000 o 10.000 unidades.

Párrafo 1 b), inciso iv)

1. Las adiciones correspondientes a los elementos especificados en el inciso iv) del párrafo 1 b) del artículo 8 deberán basarse en datos objetivos y cuantificables. A fin de disminuir la carga que representa tanto para el importador como para la Administración de Aduanas la determinación de los valores que proceda añadir, deberá recurrirse en la medida de lo posible a los datos que puedan obtenerse fácilmente de los libros de comercio que lleve el comprador.

2. En el caso de los elementos proporcionados por el comprador que hayan sido comprados o alquilados por éste, la cantidad a añadir será el valor de la compra o del alquiler. No procederá efectuar adición alguna cuando se trate de elementos que sean del dominio público, salvo la correspondiente al costo de la obtención de copias de los mismos.

3. La facilidad con que puedan calcularse los valores que deban añadirse dependerá de la estructura y de las prácticas de gestión de la empresa de que se trate, así como de sus métodos de contabilidad.

4. Por ejemplo, es posible que una empresa que importa diversos productos de distintos países lleve la contabilidad de su centro de diseño situado fuera del país de importación de una manera que permita conocer exactamente los costos correspondientes a un producto dado. En tales casos, puede efectuarse directamente el ajuste apropiado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.

5. En otros casos, es posible que una empresa registre los costos del centro de diseño situado fuera del país de importación como gastos generales y sin asignarlos a los distintos productos. En ese supuesto puede efectuarse el ajuste apropiado de conformidad con las disposiciones del artículo 8 respecto de las mercancías importadas, repartiendo los costos totales del centro de diseño entre la totalidad de los productos para los que se utiliza y cargando

el costo unitario resultante a los productos importados.

6. Naturalmente, las modificaciones de las circunstancias señaladas anteriormente exigirán que se consideren factores diferentes para la determinación del método adecuado de asignación.

7. En los casos en que la producción del elemento de que se trate suponga la participación de diversos países durante cierto tiempo, el ajuste deberá limitarse al valor efectivamente añadido a dicho elemento fuera del país de importación.

Párrafo 1 c)

1. Los cánones y derechos de licencia que se mencionan en el párrafo 1 c) del artículo 8 podrán comprender, entre otras cosas, los pagos relativos a patentes, marcas comerciales y derechos de autor. Sin embargo, en la determinación del valor en aduana no se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas los derechos de reproducción de dichas mercancías en el país de importación.

2. Los pagos que efectúe el comprador por el derecho de distribución o reventa de las mercancías importadas no se añadirán al precio realmente pagado o por pagar cuando no constituyan una condición de la venta de dichas mercancías para su exportación al país importador.

Párrafo 3

En los casos en que no haya datos objetivos y cuantificables respecto de los incrementos que deban realizarse en virtud de lo estipulado en el artículo 8, el valor de transacción no podrá determinarse mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1. Supóngase, por ejemplo, que se paga un canon sobre la base del precio de venta en el país importador de un litro de un producto que fue importado por kilos y fue transformado posteriormente en una solución. Si el canon se basa en parte en la mercancía importada y en parte en otros factores que no tengan nada que ver con ella (como en el caso de que la mercancía importada se mezcle con ingredientes nacionales y ya no pueda ser identificada separadamente, o el de que el canon no pueda ser distinguido de unas disposiciones financieras especiales que hayan acordado el comprador y el vendedor) no será apropiado proceder a un incremento por razón del canon. En cambio, si el importe de éste se basa únicamente en las mercancías importadas y puede cuantificarse sin dificultad, se podrá

incrementar el precio realmente pagado o por pagar.

Nota al artículo 9

A los efectos del artículo 9, la expresión “momento... de la importación” podrá comprender el momento de la declaración en aduana.

Nota al artículo 111. En el artículo 11 se prevé el derecho del importador a recurrir contra una determinación de valor hecha por la Administración de Aduanas para las mercancías objeto de valoración. Aunque en primera instancia el recurso se pueda interponer ante un órgano superior de la Administración de Aduanas, en última instancia el importador tendrá el derecho de recurrir ante una autoridad judicial.

2. Por “sin penalización” se entiende que el importador no estará sujeto al pago de una multa o a la amenaza de su imposición por el solo hecho de que haya decidido ejercitar el derecho de recurso. No se considerará como multa el pago de las costas judiciales normales y los honorarios de los abogados.

3. Sin embargo, las disposiciones del artículo 11 no impedirán a ningún Miembro exigir el pago íntegro de los derechos de aduana antes de la interposición de un recurso.

Nota el artículo 15Párrafo 4A los efectos del presente artículo, el término “personas” comprende las personas jurídicas, en su caso.

Párrafo 4 e)

A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá que una persona controla a otra cuando la primera se halla de hecho o de derecho en situación de imponer limitaciones o impartir directivas a la segunda.

Anexo II

COMITE TECNICO DE VALORACION EN ADUANA

1. De conformidad con el artículo 18 del presente Acuerdo, se establecerá el Comité Técnico bajo los auspicios del CCA, con objeto de asegurar, a nivel técnico, la uniformidad de la interpretación y aplicación del presente Acuerdo.

2. Serán funciones del Comité Técnico:

- a) examinar los problemas técnicos concretos que surjan en la administración cotidiana de los sistemas de valoración en aduana de los Miembros y emitir opiniones consultivas acerca de las soluciones pertinentes sobre la base de los hechos expuestos;
- b) estudiar, si así se le solicita, las leyes, procedimientos y prácticas en materia de valoración en la medida en que guarden relación con el presente Acuerdo, y preparar informes sobre los resultados de dichos estudios;
- c) elaborar y distribuir informes anuales sobre los aspectos técnicos del funcionamiento y status del presente Acuerdo;
- d) suministrar la información y asesoramiento sobre toda cuestión relativa a la valoración en aduana de mercancías importadas que solicite cualquier Miembro o el Comité. Dicha información y asesoramiento podrá revestir la forma de opiniones consultivas, comentarios o notas explicativas;
- e) facilitar, si así se le solicita, asistencia técnica a los Miembros con el fin de promover la aceptación internacional del presente Acuerdo;
- f) hacer el examen de la cuestión que le someta un grupo especial en conformidad con el artículo 19 del presente Acuerdo; y
- g) desempeñar las demás funciones que le asigne el Comité.

Disposiciones generales

3. El Comité Técnico procurará concluir en un plazo razonablemente breve sus trabajos sobre cuestiones concretas, en especial las que le sometan los Miembros, el Comité o un grupo especial. Este último, según lo estipulado en el párrafo 4 del artículo 19, fijará un plazo preciso para la recepción del informe del Comité Técnico, el cual deberá presentarlo dentro de ese plazo.

4. La Secretaría del CCA ayudará según proceda al Comité Técnico en sus actividades.

Representación

5. Todos los Miembros tendrán derecho a estar representados en el Comité Técnico. Cada Miembro podrá nombrar a un delegado y a uno o más suplentes para que le representen en el Comité Técnico. Los Miembros así representados en el Comité Técnico se denominan en el presente Anexo “miembros del Comité Técnico”. Los representantes de miembros del Comité Técnico podrán contar con la ayuda de asesores. La Secretaría de la OMC podrá asistir también a dichas reuniones en calidad de observador.
6. Los miembros del CCA que no sean Miembros de la OMC podrán estar representados en las reuniones del Comité Técnico por un delegado y uno o más suplentes. Dichos representantes asistirán a las reuniones del Comité Técnico como observadores.
7. A reserva de la aprobación del Presidente del Comité Técnico, el Secretario General del CCA (denominado en el presente Anexo “Secretario General”) podrá invitar a representantes de gobiernos que no sean ni Miembros de la OMC ni miembros del CCA, y a representantes de organizaciones internacionales gubernamentales y comerciales, a asistir a las reuniones del Comité Técnico como observadores.
8. Los nombramientos de delegados, suplentes y asesores para las reuniones del Comité Técnico se dirigirán al Secretario General.

Reuniones del Comité Técnico

9. El Comité Técnico se reunirá cuando sea necesario y, por lo menos, dos veces al año. El Comité Técnico fijará la fecha de cada reunión en la precedente. La fecha de una reunión podrá ser cambiada a petición de cualquier miembro del Comité Técnico con el acuerdo de la mayoría simple de los miembros del mismo o bien, cuando se trate de casos que requieran atención urgente, a petición del Presidente. Sin perjuicio de lo dispuesto en la primera oración del presente párrafo, el Comité Técnico se reunirá cuando sea necesario para hacer el examen de las cuestiones que le someta un grupo especial en conformidad con el artículo 19 del presente Acuerdo.
10. Las reuniones del Comité Técnico se celebrarán en la sede del CCA, salvo decisión en contrario.
11. El Secretario General comunicará la fecha de apertura de cada reunión del Comité Técnico a todos los miembros del mismo y a los representantes que se mencionan en los párrafos 6 y 7 con una antelación mínima de 30

días, excepto en los casos urgentes.

Orden del día

12. El Secretario General establecerá un Orden del día provisional para cada reunión y lo distribuirá a los miembros del Comité Técnico y a los representantes que se mencionan en los párrafos 6 y 7 con una antelación mínima de 30 días, excepto en los casos urgentes. En el Orden del día figurarán todos los puntos cuya inclusión haya aprobado el Comité Técnico en su reunión anterior, todos los puntos que incluya el Presidente por iniciativa propia, y todos los puntos cuya inclusión haya solicitado el Secretario General, el Comité o cualquiera de los miembros del Comité Técnico.

13. El Comité Técnico aprobará su Orden del día al comienzo de cada reunión. Durante ella el Comité Técnico podrá modificar el Orden del día en todo momento.

Mesa y dirección de los debates

14. El Comité Técnico elegirá entre los delegados de sus miembros a un Presidente y a uno o más Vicepresidentes. El Presidente y los Vicepresidentes desempeñarán su cargo por un período de un año. El Presidente y los Vicepresidentes salientes podrán ser reelegidos. El mandato de un Presidente o Vicepresidente que ya no represente a un miembro del Comité Técnico expirará automáticamente.

15. Cuando el Presidente esté ausente de una reunión o de parte de ella, presidirá la reunión un Vicepresidente. En tal caso, este Vicepresidente tendrá las mismas facultades y obligaciones que el Presidente.

16. El Presidente de la reunión participará en los debates del Comité Técnico en su calidad de Presidente y no como representante de un miembro del Comité Técnico.

17. Además de ejercer las demás facultades que le confieren las presentes normas, el Presidente abrirá y levantará la sesión, actuará de moderador de los debates, concederá la palabra y, de conformidad con las presentes normas, dirigirá la reunión. El Presidente podrá también llamar al orden a un orador si las observaciones de éste no fueran pertinentes.

18. Toda delegación podrá plantear una moción de orden en el curso de cualquier debate. En dicho caso el Presidente decidirá inmediatamente la cuestión. Si su decisión provocara objeciones, la someterá enseguida a votación y dicha decisión será válida si la mayoría no la rechaza.

19. Los trabajos de secretaría de las reuniones del Comité Técnico serán realizados por el Secretario General o por los miembros de la Secretaría del CCA que éste designe.

Quórum y votación

20. El quórum estará constituido por los representantes de la mayoría simple de los miembros del Comité Técnico.

21. Cada miembro del Comité Técnico tendrá un voto. Para que el Comité Técnico pueda adoptar una decisión se requerirán, como mínimo, los dos tercios de los votos de los miembros presentes. Cualquiera que sea el resultado de la votación sobre un asunto determinado, el Comité Técnico podrá presentar un informe completo sobre ese asunto al Comité y al CCA, indicando las diferentes opiniones expresadas en el correspondiente debate. Sin perjuicio de lo dispuesto supra en el presente párrafo, el Comité Técnico adoptará sus decisiones por consenso en el caso de las cuestiones que le someta un grupo especial. Si en el caso de esas cuestiones no se llega a un acuerdo en el Comité Técnico, éste presentará un informe en que expondrá los pormenores del caso y hará constar los puntos de vista de los miembros.

Idiomas y actas

22. Los idiomas oficiales del Comité Técnico serán el español, el francés y el inglés. Las intervenciones o declaraciones hechas en cualquiera de estos tres idiomas serán traducidas inmediatamente a los demás idiomas oficiales, salvo que todas las delegaciones estén de acuerdo en prescindir de la traducción. Las intervenciones o declaraciones hechas en cualquier otro idioma serán traducidas al español, al francés y al inglés, con sujeción a las mismas condiciones, aunque en ese caso la delegación interesada presentará la traducción al español, al francés o al inglés. En los documentos oficiales del Comité Técnico se empleará únicamente el español, el francés y el inglés. Los

memorándum y la correspondencia destinados al Comité Técnico deberán estar escritos en uno de los idiomas oficiales.

23. El Comité Técnico elaborará un informe de cada una de sus reuniones y, si el Presidente lo considera necesario, se redactarán minutas o actas resumidas de sus reuniones. El Presidente o la persona que él designe presentará un informe sobre las actividades del Comité Técnico en cada reunión del Comité y en cada reunión del CCA.

Anexo III

1. La moratoria de cinco años prevista en el párrafo 1 del artículo 20 para la aplicación de las disposiciones del Acuerdo por los países en desarrollo Miembros puede resultar insuficiente en la práctica para ciertos países en desarrollo Miembros. En tales casos, un país en desarrollo Miembro podrá solicitar, antes del final del período mencionado en el párrafo 1 del artículo 20, una prórroga del mismo, quedando entendido que los Miembros examinarán con comprensión esta solicitud en los casos en que el país en desarrollo Miembro de que se trate pueda justificarla.

2. Los países en desarrollo que normalmente determinan el valor de las mercancías sobre la base de valores mínimos oficialmente establecidos pueden querer formular una reserva que les permita mantener esos valores, de manera limitada y transitoria, en las condiciones que acuerden los Miembros.

3. Los países en desarrollo que consideren que la inversión del orden de aplicación a petición del importador, prevista en el artículo 4 del Acuerdo, puede dar origen a dificultades reales para ellos, querrán tal vez formular una reserva en los términos siguientes:

“El Gobierno de ... se reserva el derecho de establecer que la disposición pertinente del artículo 4 del Acuerdo sólo será aplicable cuando la Administración de Aduanas acepte la petición de invertir el orden de aplicación de los artículos 5 y 6.”.

Si los países en desarrollo formulan esa reserva, los Miembros consentirán en ella según lo prevé el artículo 21 del Acuerdo.

4. Los países en desarrollo querrán tal vez formular una reserva respecto del párrafo 2 del artículo 5 en los términos siguientes:

“El Gobierno de ... se reserva el derecho de establecer que el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo se aplique de conformidad con las disposiciones de la correspondiente nota a dicho párrafo, lo solicite o no el importador.”.

Si los países en desarrollo formulan esa reserva, los Miembros consentirán en ella según lo prevé el artículo 21 del Acuerdo.

5. Ciertos países en desarrollo pueden tener problemas en la aplicación del artículo 1 del Acuerdo en lo relacionado con las importaciones efectuadas en sus países por agentes, distribuidores y concesionarios exclusivos. Si en la práctica se presentan tales problemas en los países en desarrollo Miembros que apliquen el Acuerdo, se realizará un estudio sobre la cuestión, a petición de dichos Miembros, con miras a encontrar soluciones apropiadas.

6. El artículo 17 reconoce que, al aplicar el Acuerdo, podrá ser necesario que las Administraciones de Aduanas procedan a efectuar investigaciones sobre la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración que les sean presentados a efectos de valoración en aduana. El artículo reconoce por tanto que pueden realizarse investigaciones con objeto, por ejemplo, de comprobar si los elementos del valor declarados o presentados a las autoridades aduaneras en relación con la determinación del valor en aduana son completos y exactos. Los Miembros, con sujeción a sus leyes y procedimientos nacionales, tienen el derecho de contar con la plena cooperación de los importadores en esas investigaciones.

7. El precio realmente pagado o por pagar comprende todos los pagos realmente efectuados o por efectuarse, como condición de la venta de las mercancías importadas, por el comprador al vendedor, o por el comprador a un tercero para satisfacer una obligación del vendedor..

DECISION 379
Declaración Andina del Valor

LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

VISTAS:

La Decisión 378 de la Comisión y la Propuesta 278 de la Junta;

CONSIDERANDO:

Que la Decisión 378 establece que para los efectos de la valoración aduanera, los Países Miembros se regirán por dicha Decisión y por lo dispuesto en el texto del “Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” (Acuerdo del Valor del GATT de 1994);

Que para una correcta aplicación del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, es necesario contar con un documento que permita conocer los elementos relativos a la transacción comercial de las mercancías importadas, que puedan tener influencia sobre el valor aduanero correspondiente;

Que a tal efecto el Consejo de Asuntos Aduaneros y el Comité de Valoración en Aduanas, recomendaron la adopción del formulario denominado “Declaración Andina del Valor”, como documento complementario de la Declaración de Importación;

DECIDE:

Artículo 1.- Para la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas, las administraciones aduaneras de los Países Miembros exigirán al importador la “Declaración Andina del Valor - (DAV)”, cuyo formulario e instrucciones para su llenado o diligenciamiento correspondiente, figuran en el Anexo de la presente Decisión.

La DAV deberá presentarse conjuntamente con la Declaración de Importación.

Artículo 2.- El importador será responsable directo de la veracidad, exactitud e integridad de los datos consignados en la DAV, así como de los documentos que se adjunten y que sean necesarios para la determinación del valor aduanero de las mercancías. Los Países Miembros aplicarán las

sanciones establecidas por lo dispuesto en sus legislaciones internas.

Artículo 3.- Cuando a partir de la información consignada en la DAV, las administraciones aduaneras de los Países Miembros no dispongan de los elementos suficientes para la determinación y control posterior del valor en aduana de las mercancías importadas conforme a las disposiciones del Acuerdo del Valor del GATT de 1994, el importador estará obligado a suministrar la información y documentos que a tal efecto le sean requeridos en la forma y condiciones establecidas por dichas administraciones.

Artículo 4.- La DAV deberá presentarse en todos los casos en que la Declaración de Importación sea requerida por las autoridades aduaneras.

No obstante, los Países Miembros podrán eximir a los importadores de la presentación de la DAV, en los siguientes casos:

- a) Importaciones cuyo valor FOB no supere un determinado monto, el que no podrá ser mayor de US \$ 5,000;
- b) Importaciones efectuadas por el personal diplomático o por organismos internacionales;
- c) Importaciones efectuadas al amparo de convenios internacionales;
- d) Importaciones efectuadas al amparo de contratos suscritos con gobiernos o entidades extranjeras;
- e) Mercancías ingresadas al amparo de los siguientes Regímenes Aduaneros: admisión temporal para perfeccionamiento activo; importación temporal con reexportación en el mismo estado; drawback; régimen de depósito de aduanas; tránsito aduanero; reposición en franquicia arancelaria; exportación temporal para perfeccionamiento pasivo; reimportación en el mismo estado; y, a zonas francas.
- f) Donaciones e importaciones efectuadas por entidades sin fines de lucro, públicas o privadas, destinadas a cubrir servicios de salud, alimentación, asistencia técnica, beneficencia, educación, investigación científica y cultura;
- g) Donaciones e importaciones efectuadas por entidades públicas o privadas, destinadas a atender catástrofes y casos similares de emergencia nacional;
- h) Armas y material bélico destinados a seguridad y defensa nacional;
- i) Documentos y artículos diversos sin valor comercial;
- j) Encomiendas postales y envíos que utilicen los servicios de mensajería internacional;

- k) Objetos religiosos utilizados en el culto;
- l) Objetos de arte; y,
- m) Equipajes y efectos de menaje importados con motivo de traslados de domicilios.

Artículo 5.- La excepción prevista en el literal a) del artículo 4 de la presente Decisión no será aplicable cuando se trate de:

- a) Mercancías amparadas en distintas facturas comerciales consignadas a un mismo importador, emitidas por un mismo proveedor extranjero y que arriben en un mismo vehículo transportador, si en conjunto son mayores al monto mínimo estipulado; o,
- b) Envíos parciales correspondientes a un mismo contrato o negociación entre el mismo importador y proveedor extranjero, cuyo valor sea superior al monto mínimo estipulado.

Artículo 6.- Las administraciones aduaneras podrán autorizar el procedimiento simplificado de presentación de la DAV, cuando se trate de mercancías que sean objeto de importaciones periódicas, continuas o sucesivas, efectuadas en las mismas condiciones comerciales, procedentes del mismo proveedor y destinadas al mismo importador, cuya diversidad, volumen y características ameriten un procedimiento simplificado.

El procedimiento simplificado de la presentación de la DAV consistirá en eximir al importador en el momento del despacho a consumo, del diligenciamiento de la Sección II del Formulario de la DAV relativa a la Descripción de la Mercancía, que figura en el Anexo de la presente Decisión. La información correspondiente podrá ser presentada en un plazo mayor y en los medios y condiciones exigidos por las citadas administraciones.

Artículo 7.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo anterior, cuando se produzcan variaciones en la información relativa de las Secciones III y IV del formulario de la DAV, el importador beneficiario del procedimiento simplificado deberá comunicar y justificar a las autoridades aduaneras dicha variación.

Artículo 8.- Los importadores autorizados a utilizar el procedimiento simplificado, deberán presentar, por lo menos una vez al año, la DAV íntegramente diligenciada.

Dicha DAV deberá estar referida a una importación representativa de aquellas para las que se autorizó el procedimiento simplificado.

Artículo 9.- La autorización concedida por las administraciones aduaneras para acogerse al procedimiento simplificado, podrá dejarse sin efecto y exigirse la presentación íntegramente diligenciada de la DAV, cuando se descubra que no se ha cumplido, con cualquiera de las condiciones requeridas para justificar su concesión, sin perjuicio de las sanciones correspondientes que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 10.- El uso del procedimiento de presentación simplificada de la DAV no restringe la facultad fiscalizadora de las administraciones aduaneras para realizar reconocimientos físicos selectivos y desarrollar otras acciones de control de acuerdo con las legislaciones internas de los Países Miembros.

Disposición Final.- La presente Decisión entrará en vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 1995 para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela y, a más tardar el 30 de junio de 1996, para Ecuador.

Dada en la ciudad de Santafé de Bogotá, Colombia, a los diecinueve días del mes de junio de mil novecientos noventa y cinco.

INSTRUCTIVO PARA EL LLENADO O DILIGENCIAMIENTO DE LA DECLARACION ANDINA DEL VALOR EN ADUANA

1. PRESENTACION

Para determinar el valor en aduana, a efectos de los derechos relacionados con la importación de mercancías, los países requieren que el importador proporcione una declaración escrita de los elementos de hecho que amparan la misma, así como los documentos comerciales que la soportan.

En la declaración, el declarante debe indicar si, además del precio facturado, se ha efectuado o se efectuará algún otro pago, si el importador está vinculado al proveedor extranjero, si revertirá directa o indirectamente al vendedor alguna parte del producto de la reventa ulterior, etc. Deberá también, indicarse si las mercancías no han sido objeto de una venta; si este fuera el caso.

2. INSTRUCCIONES PARA EL DILIGENCIAMIENTO DEL

FORMULARIO

El formato de la Declaración Andina del Valor en Aduana está diseñado para consignar los datos de los productos que ampara una sola factura comercial. De existir más facturas se tendrán que llenar formularios adicionales.

El formulario consta de cinco secciones:

- I) Datos Generales;
- II) Descripción de la Mercancía;
- III) Intermediario entre el importador y proveedor;
- IV) Condiciones de la Transacción; y,
- V) Determinación del Valor.

Para aquellos casos en que se requiera dar explicaciones más detalladas en relación con los elementos de hecho inherentes a la importación, dichas explicaciones deberán ser suministradas por el declarante por separado, consignando en escrito adicional al efecto (Ejemplo: Ver casillas 51, 52, 54, 56 y 57).

I. DATOS GENERALES

Nº. preimpreso del formulario principal.- El formulario principal de la DAV debe contener un número preimpreso que será determinado por las autoridades nacionales.

CASILLA 1.- Hojas Adicionales: En caso de que la factura comercial presente más productos que deban declararse individualmente en hojas adicionales BIS, se colocará en este espacio el número de orden del formulario en la declaración y en segundo lugar el número total de formularios, de la siguiente forma: a) Si sólo consta del formulario principal, anótese '1 de 1'.

b) Si consta del formulario principal más dos hojas adicionales, se anotará en el principal '1 de 3' y en las hojas adicionales '2 de 3' y '3 de 3'.

CASILLA 2.- Número de Formulario.- Esta casilla está destinada a llevar el número correspondiente del Formulario, de acuerdo con las disposiciones de las autoridades competentes de cada País Miembro.

CASILLA 3.- Aduana.- Indicar el código de la aduana de nacionalización, de acuerdo con el anexo 1 del presente instructivo.

CASILLA 4.- Declaración de Importación: Nº.- Para uso de la autoridad aduanera de cada País Miembro.

La autoridad aduanera de cada País Miembro consignará el número correspondiente a la Declaración de Importación.

CASILLA 5.- **Fecha.**- Para uso de la autoridad aduanera de cada País Miembro.

La autoridad aduanera de cada País Miembro consignará la fecha correspondiente a la Declaración de Importación.

IMPORTADOR

CASILLA 6.- **Nombre o razón social.**- En caso de personas naturales indicar los apellidos y nombres; y, en caso de personas jurídicas, la razón social.

CASILLA 7.- **Número de Identificación Tributaria u otro Documento.**- Indicar el número de Identificación Tributaria del importador, de acuerdo con la legislación nacional. En caso de no poseer número de Identificación Tributaria, colocar el número de otro documento de identificación que sea aceptado por las autoridades competentes de los Países Miembros.

CASILLA 8.- **Nivel Comercial.**- Colocar el código de acuerdo con la codificación siguiente:1: Mayorista 2: Minorista3: Otros CASILLA 9.- Especificar el nivel comercial en el caso que en la casilla 8 se haya respondido “otros”.

PROVEEDOR

CASILLA 10.- **Nombre o razón social**

CASILLA 11.- **Domicilio**

CASILLA 12.- **Ciudad**

CASILLA 13.- **País.**- Indicar el código del país de acuerdo con el anexo 2 de este instructivo.

CASILLA 14.- **Número de teléfono**

CASILLA 15.- **Número de Fax**

CASILLA 16.- **Condición.**- Colocar la condición del proveedor de acuerdo con la codificación siguiente:1: Fabricante 2: Distribuidor (Dealer) 3: Otros

CASILLA 17.- Especificar la condición del proveedor en el caso que en la casilla 16 se haya respondido “otros”.

TRANSACCION

CASILLA 18.- Condiciones de Entrega.- **INCOTERMS:** Indicar la condición de entrega de las mercancías, según los términos internacionales establecidos en los INCOTERMS - 1990, Publicación N° 460 de la Cámara de Comercio Internacional de París, de acuerdo con los códigos contenidos en el anexo 3.

Lugar: Indíquese el lugar o punto específico de entrega de las mercancías, Ejm.: si es puerto o aeropuerto el nombre del mismo o el de la ciudad en que esté ubicado, si es una zona franca el nombre de la zona franca, si es fábrica la ciudad, pueblo o municipio donde esté ubicada.

CASILLA 19.-**País de Procedencia.**- Colocar el código del país donde se embarcó la mercancía para su exportación al País Miembro. (Ver Anexo 2).

CASILLA 20.- **Resolución de Aduana N°.**- Indicar el número de cualquier Resolución que pueda afectar el valor de la mercancía y acompañar copia de la misma.

CASILLA 21.- **Fecha de Resolución.**- Indicar la fecha de la Resolución de Aduana cuyo número consignó en la casilla 20.

CASILLA 22.- **Factura N°.**- Indicar el número de la factura comercial que ampara las mercancías.

CASILLA 23.- **Fecha de Factura.**- Señalar la fecha de la factura comercial: Año, mes y día (AA/MM/DD).

CASILLA 24.- **N° de Contrato u otro documento.**- En caso de existir un contrato u otro documento de venta, indicar el número.

CASILLA 25.- **Fecha de Contrato u otro documento.**- Señalar la fecha del contrato u otro documento de venta: Año, mes y día (AA/MM/DD).

CASILLA 26.- **Moneda.**- Indicar el código del país al que pertenece la moneda que figura en la factura comercial de acuerdo con el Anexo 2 de es-te instructivo.

CASILLA 27.- **Tipo de Cambio.**- Indicar el tipo de cambio utilizado para la conversión de la moneda extranjera a dólares de los Estados Unidos de América (U.S.\$); dicho tipo de cambio será el de venta de la moneda extranjera debidamente publicado por las autoridades competentes, vigente

a la fecha de la aceptación de la declaración de despacho a consumo.

CASILLA 28.- **Fecha de Tipo de Cambio.**- Corresponde a la fecha del tipo de cambio utilizado: Año, mes y día (AA/MM/DD).

CASILLA 29.- **Naturaleza de la Transacción.**- Indicar la naturaleza de la transacción, según la codificación que se detalla en el Anexo 4 de este instructivo.

CASILLA 30.- **Forma de envío.**- Indicar la forma de envío de la mercancía objeto de la transacción comercial de acuerdo con la codificación siguiente: 1: Envíos fraccionados 2: Envío total

II. DESCRIPCION DE LA MERCANCÍA

La descripción de las mercancías a detallar en cada ítem debe ser por producto. Se debe señalar las características de las mercancías de cada tipo, entendiéndose como tales las relativas a su especie, calidad y valor facturado. Si la factura ampara varios productos se utilizará hojas adicionales BIS, señalando el número de ellas en el espacio superior derecho del formulario principal de la DAV.

CASILLA 31.- **Ítem.**- Las autoridades aduaneras de los Países Miembros podrán expedir o autorizar la expedición de formularios con los números de los ítems preimpresos. En caso contrario, corresponderá al usuario indicar el número de ítem de la mercancía a describir.

CASILLA 32.- **Subpartida NANDINA.**- Indicar la Subpartida Arancelaria de la mercancía a 10 dígitos (sin puntos). Ejemplo: 5902101000.

CASILLA 33.- **Nombre comercial.**- Se refiere al nombre comercial de la mercancía importada. Ejm: papas fritas, gomas de mascar, medias, papel bond, motor, camión.

CASILLA 34.- **Características, tipo, clase, variedad.**- Se entiende como tal la denominación comercial de la mercancía, expresada en términos suficientemente claros para permitir su identificación y clasificación a nivel de subpartida, así como las características, tipo, clase, dimensiones, capacidad, etc.

En el caso de productos textiles y de confecciones, incluir la información que figura en el Anexo 6.

CASILLA 35.- **País de Origen.**- Indicar los códigos de los países en

los cuales las mercancías objeto de la transacción, han sido producidas, cultivadas, manufacturadas o extraídas (Ver Anexo 2).

CASILLA 36.- **Marca Comercial.**- Denominación o sigla que le da cada fabricante a su mercancía. Ejemplo:

Nombre Comercial Marca Comercial

Bicicleta Murray

Monitor Samsung

CASILLA 37.- **Modelo.**- Referido al diseño específico de la mercancía. Ejemplo:

Nombre Comercial Modelo

Bicicleta MTB montañera

Televisor KV 1514

CASILLA 38.- **Año.**- Se refiere al año de fabricación de maquinarias y vehículos de transporte.

CASILLA 39. **Estado de la Mercancía.**- Indicar el estado en que se encuentran las mercancías objeto de la transacción, según el código que aparece en el Anexo 5 de este instructivo.

CASILLA 40.- **Cantidad.**- Indicar la cantidad de las mercancías objeto de la transacción en las unidades estándar correspondientes a la subpartida en que se clasifican dichas mercancías.

CASILLA 41.- **Unidad Estándar.**- Indicar la unidad estándar en que se ha expresado la cantidad de las mercancías objeto de la transacción en la casilla anterior de acuerdo a las disposiciones de cada País Miembro. Ejemplo: kilogramo (kg), litro (l), unidades (u), etc.

CASILLA 42.- **Precio FOB Unitario (US \$).**- Se debe indicar el Precio FOB Unitario en dólares americanos (US\$), considerando la unidad estándar consignada en la casilla 41. El importador, debe consignar esta información aún si la transacción corresponde a una condición de entrega diferente a FOB.

III. INTERMEDIARIO ENTRE EL IMPORTADOR Y

PROVEEDOR**CASILLA 43.- Intermediario entre el importador y proveedor.-**

Indicar si la transacción comercial fue realizada con participación de algún intermediario denominado también agente, comisionista, u otros.

Si la respuesta es afirmativa, precisar:

CASILLA 44.- El nombre o razón social del intermediario;

CASILLA 45.- El domicilio del intermediario;

CASILLA 46.- La ciudad del intermediario;

CASILLA 47.- El país del intermediario; y,

CASILLA 48.- El tipo de intermediario, de acuerdo con los siguientes

códigos: 1: Intermediario de venta 2: Intermediario de compra 3: Corredor (Broker)

IV. CONDICIONES DE LA TRANSACCIÓN

CASILLA 49.- Vinculación.- Indicar si existe vinculación entre el importador y el proveedor extranjero, si se presentan algunas de las siguientes situaciones:

- 1) Si una de estas personas ocupa cargos de responsabilidad o dirección en una empresa de la otra;
- 2) Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios;
- 3) Si están en relación de empleador y empleado;
- 4) Si una persona tiene, directa o indirectamente, la propiedad, el control o la posesión del 5% o más de las acciones o títulos en circulación y con derecho a voto de ambas;
- 5) Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra. (Ver artículo 13 de la Decisión 378);
- 6) Si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera;
- 7) Si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona; o,
- 8) Si son de la misma familia. (Ver artículo 14 de la Decisión 378).

CASILLA 50.- Precio Influido por Vinculación.- Si la casilla 49 se respondió afirmativamente, contestar si la vinculación ha influido o no en el precio de las mercancías.

CASILLA 51.- Valores Criterio.- Los valores mencionados en el artículo

1.2.b) del Acuerdo del Valor del GATT, son los “valores criterio”, es decir, los valores en aduana ya revisados y aceptados por la administración aduanera, conocidos por el importador o a disposición de la administración aduanera. La respuesta es potestativa, sin embargo el aporte de esta información permitiría la determinación del valor en la Aduana por el primer método de valoración. Si se conoce alguno de estos valores criterio, acompañe los documentos que los sustenten. El valor criterio no debe utilizarse como sustituto del valor declarado sino con fines de comparación.

CASILLA 52.- Restricciones.- Son limitaciones impuestas por el proveedor extranjero al importador para la cesión o utilización de las mercancías, diferentes a las que: impongan o exijan la ley o las autoridades del País Miembro, limiten el territorio geográfico donde puedan revenderse las mercancías, o no afecten sensiblemente al valor de las mercancías; conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1.a) del Acuerdo del Valor del GATT.

Dar explicaciones detalladas, acompañadas de los documentos sustentatorios.

CASILLA 53.- Condiciones o Contraprestaciones.- Se refiere a condiciones o contraprestaciones exigidas por el proveedor al importador en relación con la venta que influyen en el precio de las mercancías a valorar.

CASILLA 54.- Valor de las condiciones o contraprestaciones.- Indicar si puede determinarse el importe de las condiciones o contraprestaciones. En caso afirmativo, indíquese su importe en la casilla 60.

Dar explicaciones detalladas, acompañadas de los documentos sustentatorios.

Los siguientes ejemplos se refieren a la naturaleza de las contraprestaciones o condiciones cuyo valor no pueda determinarse:

a) El proveedor establece el precio de las mercancías importadas a condición de que el importador adquiera también cierta cantidad de otras mercancías.

Ejemplo:

El fabricante F en el país de exportación E vende al importador X en el país I artículos de cuero a un precio unitario de 50 US\$ a condición de que X adquiera también un lote de calzado al precio unitario de 30 US\$.

b) El precio de las mercancías importadas depende del precio o precios a

que el importador de las mercancías importadas vende otras mercancías al proveedor de las mercancías importadas.

Ejemplo:

El Fabricante F en el país de exportación E concreta un acuerdo con el importador X en el País I, para el suministro de un equipo especializado ideado por F, a un precio unitario de 10 000 US\$, a condición de que el importador X les suministre unos relés que F utiliza en la producción del equipo al precio unitario de 150 US\$.

c) El precio se establece condicionándolo a una forma de pago ajena a las mercancías importadas, por ejemplo cuando las mercancías importadas son productos semiacabados suministrados por el proveedor a un determinado precio, a condición de recibir cierta cantidad de las mercancías acabadas.

Ejemplo:

El importador I compra a un proveedor madera que utiliza para fabricar escritorios. El precio al que compra la madera está condicionada a la obligación para el importador de entregar cierta cantidad de escritorios al proveedor.

Los Países Miembros podrán tener ejemplos adicionales, adecuados a su realidad comercial.

CASILLA 55.- Pagos indirectos o descuentos retroactivos.- Se entiende por pagos indirectos, los importes que forman parte del valor comercial de las mercancías pero que no aparecen en la factura, por ejemplo, la cancelación por el importador, en su totalidad o en parte, de una deuda a cargo del proveedor.

Se entiende por descuentos retroactivos: los descuentos concedidos con relación a transacciones comerciales anteriores; por ejemplo, descuentos concedidos para subsanar equivocaciones en envíos anteriores.

En caso afirmativo, indíquese su importe en la casilla 60.

CASILLA 56.- Cánones y derechos de licencia (Regalías).- Pagos relativos a patentes, marcas comerciales, derechos de autor, etc., siempre y cuando se realicen como condición de venta y estén relacionados con las mercancías importadas. En caso afirmativo, indíquese su importe en la casilla 65.

Dar explicaciones detalladas, acompañadas de los documentos sustentatorios.

CASILLA 57.- **Reversiones al Vendedor.**- Se refieren a alguna parte del producto de la reventa, cesión o utilización posterior de las mercancías que revierta directa o indirectamente a su proveedor extranjero. En caso afirmativo, indíquese su importe en la casilla 66.

Dar explicaciones detalladas, acompañadas de los documentos sustentatorios.

V. DETERMINACION DEL VALOR

En esta parte se calcula el valor en aduana de acuerdo al Método del Valor de transacción para el total de las mercancías o por subpartida NANDINA, que estén amparadas en una factura comercial, de acuerdo a los procedimientos internos establecidos en cada País Miembro.

Si bien en la determinación del Valor se encuentra una columna que corresponde al dólar de los Estados Unidos de América (US\$), cabe aclarar que las legislaciones nacionales de los Países Miembros podrán exigir dos columnas adicionales que corresponderían a la moneda de facturación distinta del dólar de los Estados Unidos de América y a la moneda nacional.

CASILLA 58.- **Tipo de Cambio.**- Llenar sólo cuando se utilicen varias monedas en la transacción comercial o cuando la legislación interna de los Países Miembros lo requiera. De lo contrario, sólo bastará llenar la casilla 27.

En el caso de utilizar varias monedas, el tipo de cambio será el de venta de la moneda extranjera debidamente publicado por las autoridades competentes, vigente a la fecha de la aceptación de la declaración de despacho a consumo.

Cuando se utilice la subcasilla a), ésta corresponderá al tipo de cambio para la conversión a U.S.\$ de cualquier moneda de facturación diferente a dicha divisa; y la subcasilla b), se refiere al tipo de cambio para la conversión de U.S.\$ a la moneda nacional.

A. BASE DE CALCULO

CASILLA 59.- **Precio neto según factura.**- Indicar el importe neto que aparece en la factura comercial, en el término de entrega en que se ha efectuado la transacción.

CASILLA 60.- **Pagos Indirectos, descuentos retroactivos u otros.**- Indicar el importe de los pagos indirectos, descuentos retroactivos, condiciones o contraprestaciones. (Ver casillas 54 y 55).

CASILLA 61.- **Total A.**- Es la sumatoria de las casillas 59 y 60.

B. ADICIONES: Importes no incluidos en A y a cargo del importador

CASILLA 62.- **Comisiones y Corretajes, excepto las comisiones de compra.**- Indicar el importe de las comisiones de venta pagadas directamente al agente o representante del proveedor extranjero y los gastos de corretajes.

CASILLA 63.- **Envases y Embalajes.**- Indicar el importe de los envases o embalajes que a efectos aduaneros se consideren como formando un todo con las mercancías importadas. Se incluirán los gastos de embalaje, entendiendo por tales la mano de obra y los materiales, cuando no estén incluidos en el costo de envases y embalajes. Ejemplo: Contratación de operarios y gastos de materiales en casos de importaciones de maquinarias, obras de arte, etc., con el objeto de preparar un embalaje especial o adicional que no es común, para su adecuada transportación.

CASILLA 64.- **Prestaciones.**- Indicar el monto de los siguientes bienes y servicios, suministrados por el importador en favor del proveedor extranjero, gratuitamente o a precio reducido para la producción y venta con destino a la exportación, de las mercancías importadas.

Indicar los conceptos de acuerdo con los siguientes códigos:

1. Materiales, piezas, elementos, partes y artículos análogos incorporados a las mercancías importadas.
2. Herramientas, matrices, moldes y elementos análogos utilizados para la producción de mercancías importadas.
3. Materiales consumidos en la producción de mercancías importadas.
4. Ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, planos y croquis realizados fuera del país de importación y necesarios para la producción de mercancías importadas.

CASILLA 65.- **Cánones y derechos de licencia (regalías).**- Si contestó afirmativamente la casilla 56, colocar el importe de los cánones o derechos de licencia.

CASILLA 66.- **Producto de la Reventa.**- Si contestó afirmativamente la

casillas 57, colocar el importe de la parte que revierte al proveedor extranjero como producto de la reventa.

CASILLA 67.- Gastos de entrega hasta el lugar de importación.- Indicar el código del lugar de importación, entendiéndose como tal la primera oficina aduanera del territorio del País Miembro en la que la mercancía deba ser sometida a formalidades aduaneras. (Ver anexo 1).

CASILLA 68.- Gastos de Transporte por manejo y entrega en el exterior hasta el lugar de embarque.- Indicar los gastos incurridos por el manejo y entrega de la mercancía desde el lugar de entrega en el exterior hasta el lugar de embarque.

CASILLA 69.- Gasto de transporte desde el lugar de embarque hasta el lugar de importación.- Indicar los gastos de fletes o de traslado de la mercancía desde el lugar de embarque hasta el lugar de importación.

CASILLA 70.- Gastos de Carga, Descarga y Manipulación.- Indicar los gastos de carga, descarga y manipulación ocasionados por el traslado de las mercancías desde el lugar de embarque hasta el lugar de importación. No se incluirán los gastos de descarga y manipulación en el puerto o lugar de importación, siempre que se distingan de los gastos totales de transporte. (Ver artículo 5 de la Decisión 378).

CASILLA 71.- Seguro.- Indicar el importe correspondiente del gasto de seguro desde el lugar de entrega de la mercancía hasta el puerto o lugar de importación, de acuerdo con la documentación sustentatoria pertinente.

Cuando alguno de los elementos descritos en las casillas 68 al 71 anteriores fuere gratuito o se efectuare por medios o servicios propios del importador, deberá calcularse su valor conforme a las tarifas o primas normalmente aplicables.

CASILLA 72.- Total B.- Es el total de adiciones que deben formar parte del Valor en Aduana.

C. DEDUCCIONES: Importes incluidos en A

Estos importes se deducirán si están incluidos en la factura y “siempre que se distingan” del precio pagado o por pagar.

CASILLA 73.- Gastos de entrega posteriores a la Importación.- Indicar los gastos de Transporte de las mercancías ulteriores al lugar de

importación.

CASILLA 74.- Gastos de construcción, Armado, Instalación, Montaje, Mantenimiento y Asistencia Técnica.- Realizados después de la importación en relación con mercancías importadas. Este rubro deberá tomarse en cuenta, entre otros casos, cuando se trate de maquinarias o equipos industriales y se indicará el importe correspondiente.

CASILLA 75.- Derechos y otros impuestos.- Indicar el importe, en el caso de que los derechos y otros impuestos aplicados en el país de importación que ya estén incluidos en la factura.

CASILLA 76.- Intereses.- Indicar el importe de los intereses devengados en virtud de un acuerdo de financiación concertado por el importador, relativo a la compra de las mercancías importadas. (Ver artículo 7 de la Decisión 378).

CASILLA 77.- Otros gastos.- Indicar el importe de otros gastos que no se consideran como parte del valor en Aduana. Por ejemplo: Las comisiones de compra.

CASILLA 78.- Total C.- Es el monto total de las deducciones que no forman parte del valor en Aduana.

CASILLA 79.- VALOR DE TRANSACCION DECLARADO.- Es el valor en Aduana que declara el importador y se calcula de la siguiente manera:

VALOR DE TRANSACCION DECLARADO = BASE DE CALCULO (A) + ADICIONES (B) - DEDUCCIONES (C)

Los datos referentes al Valor en aduana, deberán ser consignados en la Declaración de Importación. **CASILLA 80.- Ajustes provisionales.-** Indicar si en la presente declaración del valor, el importe consignado por cánones y derechos de licencia (casilla 65), o por cualquier producto de la reventa, cesión o utilización posterior de las mercancías que revierta directa o indirectamente a su proveedor extranjero (casilla 66), es provisional o definitivo.

DATOS SOBRE EL DECLARANTE:

El declarante, persona que diligencia y firma el presente documento, será determinado de acuerdo a las legislaciones nacionales de los Países

El control del valor

El hecho de que la Administración admita como *de buena fe* las declaraciones del valor de las mercancías realizadas por el consignatario, no por ello debe omitir una serie de procedimientos y métodos dirigidos a verificar que lo declarado se corresponde con el valor real de los efectos, que no haya mediado subfacturación o subvaloración.

Luigi Einaudi comenta en su obra Principios de Hacienda Pública¹, algunos mecanismos utilizados por los gobiernos para evitar la evasión fiscal por manipulación del valor. Comienza este autor refiriéndose al sistema de control mediante el cual el Estado se reserva el derecho de adquirir las mercancías al precio declarado. Textualmente señala: «la declaración se admite sin más como verídica y la Hacienda no tiene ninguna facultad para corregirla. El método no es tan absurdo como a primera vista podría parecer. Durante mucho tiempo se aplicó en las dos Sicilias para los derechos aduaneros ad *valorem*, es decir, consistentes en una determinada proporción del valor de las mercancías. El importador declaraba el valor de las mercancías importadas, valor que sin más se aceptaba por la Hacienda. Existía, sin embargo, una sanción: el derecho por parte de la Aduana a comprar la mercancía al precio declarado por el importador. Si éste declaraba un valor demasiado bajo, la Aduana adquiría la mercancía al precio declarado. Con ello se suponía que el importador estaba interesado en declarar el valor justo.»

El sistema -continúa el autor- no dio resultados conformes a lo que se esperaba, porque los contribuyentes calculaban el riesgo de que la Aduana ejercitase su derecho de compra y declaraban valores que tenían ya en cuenta el propio riesgo, manteniéndose por lo general por debajo de los valores efectivos. Si el sistema se aplica a todas las mercancías importadas, no parece que el riesgo deba ser muy grave. En Italia, con una importación que asciende a un considerable número de miles de millones de liras al año, si la Hacienda quisiese ponerse en situación de ejercitar su derecho de compra, necesitaría tener toda una organización de expertos para estimar los valores de las mercancías; además, ¿qué hacer con las cosas compradas? Aquí surge el problema del almacenamiento. Además, ¿es el Estado un buen negociante? ¿Venderá ventajosamente en pública subasta los objetos comprados? Los funcionarios que hubiesen aplicado una vez equivocadamente el derecho de compra, titubearían en lo sucesivo. Sería necesario controlarlos mediante

¹ Einaudi, Luigi. Principios de Hacienda Pública. Pags. 271 y siguientes.

un sistema de inspecciones, de visitas, de delegaciones ministeriales. El comercio no podría desenvolverse con rapidez. Las mercancías se verían obligadas a permanecer en los puertos en espera de las decisiones de la administración central; los almacenes generales estarían abarrotados; los vapores permanecerían en espera de ser descargados: toda una serie de daños mayores que la ventaja que puede obtener el Estado.»

Con el tiempo el sistema fue desechado parcialmente, conservándose solamente para algunos casos especiales, tales como la exportación de cuadros, estatuas y objetos antiguos expedidos desde Italia.

La declaración jurada ha sido otro de los mecanismos dirigidos a desalentar la evasión fiscal, procurando que el contribuyente se abstenga de declarar el valor falsamente para no hacerse acreedor de las sanciones establecidas en la legislación penal ordinaria para los perjurios. Siendo que el juramento era solicitado a todos los contribuyentes, pronto se dio el caso que los organismos encargados de detectar perjurios era desbordados por la gran cantidad de declaraciones juradas. Ante tal circunstancia, la legislación italiana ha optado por exigir el juramento sólo en casos especiales, cuando existan fundadas razones para creer que la declaración del contribuyente no es veraz. De esta manera se preserva y aun se aumenta el factor disuasivo, por cuanto al declarante se le permite deshacer su declaración original y sustituirla por una nueva ajustada al valor real de las mercaderías.

La inspección de los libros de contabilidad para verificar la veracidad de las declaraciones de valor realizadas por los contribuyentes, es un medio bastante eficaz de controlar la evasión fiscal, pero su utilidad se ve reducida a las empresas grandes y medianas que llevan su libros no sólo para dar cumplimiento al Código de Comercio, sino también para permitir el control de sus actividades por parte de los accionistas. Este mecanismo aumenta su utilidad cuando se fiscalizan varias empresas del mismo ramo y que importen mercancías iguales o similares. En tal caso, cada fiscalización proporcionará elementos informativos que al cruzarse con los obtenidos en otra permitirá detectar la subvaloración o la subfacturación si las hubiese.

La gran falla de este mecanismo de control se evidencia en el control de pequeñas empresas donde los socios se conocen y se tienen la suficiente confianza como para no requerir libros de contabilidad para sus fines propios, o bien porque se facilita el acuerdo entre ellos para llevar una doble contabilidad: una para ser exhibida a los órganos fiscales y otra para el uso interno.

Así, todos los sistemas de control del valor usados o en uso parecen gozar de virtudes y adolecer de fallas. Sólo en la medida en que los servicios aduaneros se mecanicen hasta el punto de que puedan acopiar y manejar grandes cantidades de información sobre el valor de las mercancías en aduanas, se podrán manejar datos confiables que permitan orientar las actividades de control concomitante y posterior.

BIBLIOGRAFIA

ALVO, Sebastián E. *Prenda con Registro*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966.

ARAUJO JUAREZ, José. *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos editores. Valencia, 1989.

ARCAYA, Mariano. *Código Penal Anotado y Concordado*. Empresa El Cojo, S.A.. Caracas, 1968.

ARENAS SALAZAR, Jorge. *Delito de Falsedad*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1992.

ARGAÑARAS, Manuel. *La Prescripción Extintiva*. Editorial Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1966.

ARTEAGA S., Alberto y otros. *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.

BECCARIA, CESARE. *De los delitos y las penas*. Ediciones Orbis, S.A., 1984.

BERLIRI, Antonio. *Principios de Derecho Tributario*. Editorial de derecho financiero. Madrid. 1964.

BES, J. *Fletamentos y Términos de Embarque*. Asociación de Navieros Españoles. Madrid, 1982.

BIELSA, Rafael. *Ciencia de la Administración*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1955.

BIELSA, Rafael. *Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1952.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Roque Depalma Editor. Buenos

Aires, 1956.

BONNEMAISON, José Luis. *Fraude a la Ley*. Editora Central S.R.L. Valencia, Venezuela, 1972.

BORJAS ROMERO, Arminio. *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano*. Ediciones Amón, C.A.. Caracas, 1979.

BREWER CARIAS, Allan. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1982.

BREWER CARIAS, Allan. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964.

CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Editorial UTEHA Argentina. Buenos Aires, 1944.

CARRE DE MALBERG, R.. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1948.

CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.

CHIOSSONE, Tulio. *Teoría del Hecho Punible*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980.

COPI, Irving. *Introducción a la Lógica*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1981.

CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1937.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura y otros. *La Falsedad Documental*. Editora Jurídica de Colombia. Bogotá, 1992.

DANJON, Daniel. *Tratado de Derecho Marítimo*. Editorial Reus. Madrid, 1931.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, 1987.

DROMI, José R. *Acto Administrativo. Ejecución, Suspensión y Recursos*. Ediciones Macchi, S.A. Buenos Aires, 1973.

DUVERGER, Maurice. *Hacienda Pública*. Bosch Casa Editorial. Barcelona.

1980.

EHEBERG/BOESLER. *Principios de Hacienda*. Editorial Gustavo Gili, S.A.. Barcelona, España, 1944

EINAUDI, Luigi. *Principios de Hacienda Pública*. Aguilar S.A. de Ediciones. Madrid, 1952.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Temis. Bogotá, 1977.

FERNANDEZ LALANNE, Pedro. *Derecho Aduanero*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966.

FINZI, Conrado. *La Estafa y otros Fraudes*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961

FLORIAN, Eugenio. *Derecho Procesal Penal*. Librería Bosch. Barcelona, 1934.

GARCIA VIZCAINO, José. *El Delito de Evasión Fiscal*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1961.

GIULIANI FONROUGE, Carlos. *Derecho Financiero*. Depalma. Buenos Aires. 1970.

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. *Fundamentos de Derecho administrativo Aduanero*. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, 1984.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis. Bogotá, 1985.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El Administrado*. Publicaciones Abella. Madrid, 1966.

GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos*. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1971.

GRISANTI AVELEDO, Hernando y Andrés Grisanti Franceschi. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Mobil Libros. Caracas, 1989.

HERNANDEZ Yzal y Manuel V. Matas. *El Régimen del Transporte Multimodal*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona. Barcelona, 1987.

HERRERA YDAÑEZ, Rafael y Javier Goizueta. *Valor en Aduanas de las*

Mercancías según el Código del GATT. Ediciones ESIC. Madrid, 1985.

IURETA GOYENA, José. *Delitos de Falsificación Documentaria y Estafa*. Editorial Horizontes. Montevideo, 1928.

JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*. Liceo Profesional CIMA. Buenos Aires, 1969.

JELLINEK, G.. *Teoría General del Estado*. Compañía Editorial Continental. Méjico. 1958.

JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1949.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada, S.A.. Buenos Aires, 1963.

JURADO TORO, Bernardo. *Derecho Marítimo Internacional*. Editorial Génesis. Caracas. 1978

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. Méjico. 1948.

LARES MARTINEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983.

LEGISLACION ECONOMICA. *Código Orgánico Tributario, Reforma 1994*. Caracas, 1994.

LEON DE VISANI, Eunice. *Delitos de Salvaguarda*. Paredes Editores. Caracas, 1993.

LEPERVANCHE PARPACEN, René. *Privilegios del Fisco en el Derecho venezolano*. Tip. Casa de Especialidades. Caracas, 1946.

MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA). Buenos Aires, 1962

MILIANI BALZA, Alberto. *Obligaciones Civiles*. Editorial Bicentenario. Caracas, 1984.

MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*. Editorial Gredos, S.A.. Madrid, 1984.

O.E.A./B.I.D.. *Modelo de Código Tributario para América Latina*. Washington

D.C., 1968.

PERDOMO MARQUEZ, Rómulo. *Lógica Pragmática con aplicaciones en las Ciencias Jurídicas*. Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes. Mérida, 1988.

RECASENS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1959.

REYES E., Alfonso. *La Tipicidad*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1979.

RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

ROGEL VIDE, Carlos. *Autores, Coautores y Propiedad Intelectual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

RONDON DE SANSONO, Hildegard. *Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.

SANCHEZ, Ildefonso y otros. *Estudios Aduaneros*. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Madrid, 1974.

SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo, 1959.

SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de derecho de familia y sucesiones*. Editorial Mobil-libros. Caracas.

VILLEGAS, Héctor B.. *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. Depalma. Buenos Aires. 1992.

INDICE

Prólogo
Introducción

Capítulo I Consideraciones Generales

Definición de derecho aduanero
Fines de las aduanas
Las normas aduaneras en el tiempo y en el espacio
Zona primaria o zona aduanera
Zona secundaria
Las mercancías
Las mercancías desde el punto de vista de su nacionalidad
Las mercancías como prenda

Capítulo II Operaciones aduaneras. Visión general

Importación
Exportación
Tránsito
Las oficinas aduaneras

Capítulo III

Potestad aduanera y competencia
La potestad aduanera
La potestad aduanera en la Ley Orgánica de Aduanas
El Fisco Nacional
Privilegios del Fisco
La competencia en materia de aduanas
Competencia del Tribunal Supremo de Justicia
Competencia del Presidente de la República

Crear y eliminar aduanas
Promulgar el Arancel de Aduanas
Crear zonas francas y puertos libres
Reglamentar establecimientos y almacenes aduaneros
Fijar las tasas
Aumentar, rebajar y suprimir tarifas arancelarias
Establecer cláusulas de salvaguardia
Crear zonas de vigilancia aduanera
Modificar el lapso para que se produzca el abandono legal
Establecer, mediante Reglamento, las causales de suspensión de autorizaciones para actuar como agente de aduanas
Competencia del Ministro de Hacienda
Rebajar y eximir penas incorpóreas
Conceder exoneraciones totales o parciales de impuestos aduaneros
Fijar precios oficiales
Establecer estímulos a la exportación
Inhabilitar aduanas temporalmente
Organizar los servicios aduaneros de inspección, fiscalización y resguardo
Establecer regímenes aduaneros especiales
Autorizar a la Administración Aduanera para que las operaciones y actividades se efectúen mediante el uso de medios electrónicos
Competencia del Jefe de la Administración Aduanera
Autorizar la enajenación, con fines distintos a los autorizados, de efectos importados con liberaciones o suspensiones de impuestos
Reexportación con promesa de anulación o reintegro de impuestos
Autorizar la realización de operaciones aduaneras en sitios distintos a los establecidos
Competencia de los jefes de las oficinas aduaneras
Competencia de los funcionarios reconocedores
Competencia de los fiscales nacionales de hacienda

Capítulo IV

Vehículos de transporte

Tráfico de mercancías
Tipos de vehículos
La nacionalidad de los vehículos
El Capitán

Los accidentes de navegación
Documentos de los vehículos de transporte
Por vía marítima
Por vía aérea
Por vía terrestre

Capítulo V

El agente de aduanas

Concepción general
Requisitos para obtener la autorización para actuar como
agente de aduanas
Sanciones a los agentes de aduanas

Capítulo VI

Tributos y tributación aduanera

Fuente del tributo
Causa
Tributos y tributos aduaneros
Clasificación de los impuestos
El hecho imponible y el hecho generador de la obligación aduanera
Impuesto aduanero
Tasas
Obligación tributaria y obligación aduanera
Sujetos activos y pasivos
Sujeto pasivo tributario
Sujeto pasivo aduanero
Sujeto activo
Objeto de la obligación tributaria
Extinción de la obligación tributaria
La prescripción de las deudas aduaneras
Compensación
Confusión
Condonación o remisión

Capítulo VII

Las aduanas y el derecho administrativo

Las operaciones aduaneras. Carácter jurídico

Las operaciones aduaneras y la clasificación de los actos administrativos

Conceptualización

Consecuencias

Regulación del procedimiento administrativo aduanero

El derecho a la defensa

El nuevo reconocimiento

Los recursos

Capítulo VIII

El control aduanero

Introducción

La llegada de los vehículos portadores

Carga y descarga de vehículos portadores

La requisa

El Despacho Aduanero

Capítulo IX

Las aduanas y la propiedad intelectual

Los nuevos bienes

Antecedentes

¿Qué son los derechos de propiedad de intelectual?

La Constitución y la propiedad intelectual

Acuerdo sobre los ADPIC

Medidas provisionales en el Acuerdo de los ADPIC

*Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera
en el Acuerdo sobre los ADPIC*

Suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras

Demanda

Fianza o garantía equivalente

Notificación de la suspensión

Duración de la suspensión

Indemnización al importador y al propietario de las mercancías

Derecho de inspección e información

Actuación de oficio

Recursos

Importaciones insignificantes

Legislación venezolana sobre la materia

La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

Definiciones

Objeto de la protección

El autor y sus derechos

Duración de la protección

Aspectos procesales

La Ley sobre el Derecho de Autor

Objeto de la protección

El autor y sus derechos

La Ley Orgánica de Aduanas y la propiedad intelectual

La suspensión del desaduanamiento

Desaduanamiento de mercancías sujetas a medidas provisionales

Capítulo X

La declaración de mercancías

Carácter reservado de las declaraciones

Renuncia a la consignación

La declaración tácita de mercancías

Capítulo XI

Reconocimiento aduanero de mercancías

Generalidades

El funcionario reconocedor

Responsabilidad del funcionario reconocedor

Lugares donde se realiza el reconocimiento

Actuaciones que forman parte del reconocimiento

Reconocimiento documental y físico

Procedimiento aleatorio o selectivo

El acta de reconocimiento

Reconocimiento fiscal

Reconocimiento de envases y embalajes

El Jefe de la Oficina Aduanera y los nuevos reconocimientos

Capítulo XII

Ilícitos y sanciones

Introducción

Clasificación de los ilícitos aduaneros

Delito aduanero

Evasión

Contravención

Delitos y faltas

Los sujetos pasibles de penas aduaneras

Sujetos imputables por la comisión de ilícitos aduaneros

Las penas aduaneras y su aplicación

Penas no corporales

Capítulo XIII

El contrabando

El contrabando y sus tipos

El acto y la omisión delictual

Sujeto pasivo del contrabando

La descripción legal del contrabando

a) La carga de la prueba

b)

Ocultamiento de mercancías

c) Circulación de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto

d) Circulación de mercancías no nacionalizadas por lugares no autorizados

e) Rotura o violación no autorizada de medios de seguridad

f) Despacho de mercancías sin autorización de la aduana

g) Embarque o descarga no autorizada

h) Transbordo no autorizado de mercancía extranjera

i) Abandono de mercancías en ciertos lugares

El contrabando agravado

a) Desviar, disponer o sustituir bultos

b) Conducir mercancías extranjeras no destinadas al lícito comercio

c) Distraer mercancías decomisables por parte de aprehensores o depositarios

d) Introducir mercancías extranjeras procedentes de territorios

con régimen fiscal aduanero preferencial

e) Usar ardid o engaño para cometer contrabando

m) Simular la realización de una operación o actividad aduanera

n) Participación en el contrabando de un funcionario, obrero, auxiliar de la Administración Aduanera o de pariente de funcionario aduanero

o) Contrabando de mercancías prohibidas o reservadas

p) Comisión del contrabando en ocasión de incendio, catástrofe, naufragio o de circunstancias perturbadoras de la tranquilidad y la seguridad públicas

El fraude en aduanas

Contrabando sin mercancías contrabandeadas

Circunstancias atenuantes del contrabando

Las penas por contrabando y el cálculo de los impuestos para su aplicación

Embargo y devolución de mercancías

Capítulo XIV

Contravenciones y evasión

Operaciones aduaneras que versen sobre mercancías prohibidas, reservadas, restringidas o suspendidas sin que medie la correspondiente autorización

Incumplimiento de las obligaciones y condiciones bajo las cuales hubiere sido concedida una autorización, delegación, permiso, licencia, suspensión o liberación

Mercancías importadas temporalmente no nacionalizadas o reexportadas oportunamente

Otras contravenciones

La evasión aduanera

Consideraciones generales

Las penas a la evasión fiscal y el artículo 120 de la Ley Orgánica de Aduanas

Capítulo XV

Recursos contra actos de la administración aduanera

Revocabilidad de los actos administrativos

Excepciones al principio de revocabilidad de los actos administrativos

El recurrente

Los tipos de recursos

El nuevo reconocimiento

Solve et repete

El recurso de reconsideración

El recurso jerárquico

El recurso de revisión

El reclamo

Capítulo XVI

Destinaciones suspensivas

Consideraciones generales
Características comunes de las destinaciones suspensivas
La admisión temporal
La extracción temporal

**Capítulo XVII
El Arancel de Aduanas**

Visión general
Clasificación y calificación de las mercancías
Tipos y límites de los impuestos aduaneros
La Nomenclatura del Sistema Armonizado para Designación
y Codificación de Mercancías
Objetivos de la Nomenclatura del Sistema Armonizado
Artículos 3 y 4 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado
Artículo 3
Artículo 4
Estructura del Sistema Armonizado
Reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado
Regla 1
Regla 2
Regla 3
Regla 4
Regla 5
Regla 6
Notas de Sección, de Capítulo y de Subpartida
Progresividad del Sistema Armonizado
Nomenclatura Arancelaria Común de los países miembros del
Acuerdo de Cartagena (NANDINA)
La nomenclatura del Arancel Nacional

**Capítulo XVIII
El valor en aduanas**

La base imponible
Decisión 378
Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo
General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Normas de valoración en aduana
Administración del Acuerdo, consultas y solución de diferencias
Trato preferencial y diferenciado
Disposiciones finales
Anexo I.- Notas interpretativas
Anexo II.- Comité Técnico de Valoración en Aduanas
Anexo III
Decisión 379
Instructivo para el llenado o diligenciamiento de la declaración
andina del valor en aduana
El control del valor

Bibliografía

Indice