

LAS FUNCIONES DE LA ADUANA Y LA NEGOCIACION DE LAS DIVISAS

(A proposito de la subfacturación en exportación y la Circular
Telex ANA N° 263/89)

por Enrique Carlos Barreira

I

LA EXIGENCIA DE UNA REFRENDACION BANCARIA ADICIONAL

Mediante la Circular Télex (ANA) N° 263 del 22 de marzo de 1989 el Departamento Técnico de Nomenclatura y Valor de la Administración Nacional de Aduanas comunicó a las Aduanas que en "operaciones de exportación en las cuales las aduanas locales discrepen con los valores declarados para autorizar el embarque inmediato *deberán solicitar una refrendación bancaria adicional* que cubra el valor estimado de las mercaderías y sin perjuicio de las garantías habituales por reembolsos o derechos", agregando que "la ampliación de la refrendación bancaria y la garantía queda supeditada al resultado del pertinente estudio de valor (Res. 297/83 - Anexos IV, V, y VI, BANA 20/83) "y que en caso de no poderse ofrecer la ampliación de la refrendación bancaria, la autorización de exportación quedará supeditada a las resultas del citado estudio".

Aparte de ello, la mencionada Circular expresa que "en el caso de presunción de subfacturación se elevará denuncia en los términos del art. 954 inciso c) del Código Aduanero, quedando el embarque supeditado a lo que resuelva el Juez Contencioso".

Dicha Circular también se ocupa de las presunciones de sobrefacturación de las que no nos vamos a ocupar en este momento.

II

LA RELEVANCIA DEL TEMA

Con prescindencia de la duración que vaya a tener esta instrucción, a la que le auguramos corta vida¹, ella pone sobre el tapete un tema al cual no se le ha dado la suficiente importancia hasta el momento; me refiero a las facultades que el servicio aduanero se suele arrojar en materia cambiaria, en especial en cuanto al ingreso y egreso de divisas.

Actos administrativos como el comentado originan preocupación no sólo porque atentan contra el éxito de un comercio exterior que depende de una gran fluidez y agilidad sino también porque demuestran que los órganos administrativos insisten en su tendencia a la regulación sin reparar en los límites de su propia competencia funcional ni en los intereses (ya no hablemos de los derechos) del sector exportador argentino que tiene reservado, como es sabido, un papel preponderante en el futuro desarrollo económico del país.

¹ NOTA: Al entrar en prensa este trabajo, la Administración Nacional de Aduanas mediante AVISO N° 219/89 dejó sin efecto la Circular Telex 263/89.

III

LA INCORRECTA
INSTRUMENTACION DE
LAS MEDIDAS

No queremos dejar de advertir sobre la mala práctica que viene adoptando últimamente la Administración Nacional de Aduanas de emitir normas de carácter general con un claro efecto en los intereses del sector exportador o importador a través de "Circulares télex" que revisten la apariencia de simples instrucciones internas a las aduanas del interior o al Departamento Operacional Capital, según el caso.

De esta manera se coloca al administrado en un terreno de inseguridad en cuanto a la defensa de sus derechos, haciéndolo dudar sobre la inclusión de estos actos dentro de lo dispuesto en el art. 23 inciso i) del Cód. Aduanero y, sobre todo, en lo referente al remedio recursivo contemplado en los arts. 25 y 26 del mismo ordenamiento.

Incluso, la no publicación de estos actos dificulta su conocimiento por parte de quienes van a padecer su aplicación, habiéndose dado el caso de administradores que, ante el pedido de copia de estas circulares télex por parte de los despachantes de aduana, importadores o exportadores, se han negado a proporcionarlas aduciendo que se trata de documentos internos que no están autorizados a divulgar.

No nos cabe duda que, con prescindencia de la denominación que se le dé, el acto que comentamos es encuadrable en el art. 23 inciso i) del Cód. Aduanero, con todas las consecuencias que de ello se deriva, debiendo garantizarse el principio republicano de la publicidad de los actos de la administración pública, en este caso íntimamente ligado al derecho de defensa en juicio.

IV

LA FUNCION ADUANERA NO
ABARCA EL CONTROL DEL INGRESO
Y EGRESO DE DIVISAS

Así como el control sobre el ingreso o egreso de las mercaderías del territorio aduanero es función de la Aduana, el ingreso o egreso de los medios de pago que implican la contraprestación de aquel movimiento, es función del Banco Central. Este sencillo esquema es el que se encuentra receptado en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el control respecto del adecuado ingreso de las divisas correspondientes a la exportación no se encuentra incluida como una de las facultades atribuidas al servicio aduanero en los arts. 17 y 23 del Código Aduanero y si la encontramos como atribución del Banco Central de la República Argentina en a los arts. 38, 39 y 40 de la ley 20.539.

Las funciones aduaneras esenciales consisten en controlar el tráfico internacional de las mercaderías con el objeto de poder aplicar los tributos que lo gravan o los estímulos que lo benefician y hacer cumplir el régimen de prohibiciones (definitivas o transitorias) a la importación o a la exportación. Tal es lo que surge de los arts. 17 y 23 del Código Aduanero.

Por ello compartimos el criterio de que no es función de la Aduana controlar el ingreso de las divisas que provengan de las exportaciones que se realicen y si lo es del Banco Central, el que ha sido objeto de análisis doctrinal y jurisprudencial en el área penal económica (Héctor Guillermo Vidal Albarracín, "Delito de contrabando", Ed. Universidad, 1986, pág. 75, Cámara Nac. Penal Económico, Sala III, 31/12/87, La Ley 28/3/89).

V

EN CONSECUENCIA, EL REGIMEN
ADUANERO DE GARANTIAS NO
CONTEMPLA SUPUESTOS QUE
EXCEDEN LOS DEL CONTROL
ESTRICTAMENTE ADUANERO

Como consecuencia de lo antedicho, el régimen de ajuste de valor en materia de exportación (arts. 747 y 748 Cód. Aduanero) ha tenido solamente como objeto permitir el cálculo de los derechos de exportación (art. 745 Cód. Aduanero) y, en forma refleja servir de valor "tope" a los fines del cálculo de los estímulos a la exportación (art. 829 inciso c).

A su vez, estas dos finalidades hacen que el régimen de garantías, adaptado a esos objetivos, no contemple sistemas de seguridad respecto del ingreso de divisas como el que se pretende ahora establecer a través de una refrendación bancaria adicional. En efecto, el art. 453 del Cód. Aduanero tiende a garantizar la posible aplicación de tributos, (incisos a), b), c), d), e), g), j), la posible aplicación de multas (incisos f), h), i), o el posible reclamo por la devolución de estímulos cobrados anticipadamente (incisos k) y l).

VI

LA ADUCIDA DELEGACION EN EL
SERVICIO ADUANERO DE ALGUNAS
FUNCIONES RELACIONADAS CON
EL CONTROL CAMBIARIO

No obstante, hay cierto convencimiento entre algunos funcionarios aduaneros de que el Banco Central ha hecho una suerte de delegación tácita en la Aduana de sus facultades de control del ingreso o egreso de divisas a los fines de su ne-

gociación cambiaria. Este convencimiento se sustenta en que el Banco Central se encuentra alejado del manejo comercial de las mercaderías mientras que el servicio aduanero se encuentra más capacitado para conocer acerca de los valores que razonablemente puedan tener las mercaderías sujetas a exportación.

Pero sabido es que la delegación de funciones requiere de norma expresa, máxime en materia administrativa en que la ausencia de la misma implica la nulidad absoluta e insanable del acto dictado (arts. 7 inciso a) y 14 inciso b) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).

No obstante, ninguna norma del derecho positivo ha establecido esa delegación y mucho menos con las facultades restrictivas del comercio exterior que se pretenden extraer de ellas.

No desconocemos que la infracción contemplada en el art. 954 inciso c) del Cód. Aduanero tiende a castigar la subfacturación en exportación así como la sobrefacturación en importación. Así lo sostenía la Exposición de Motivos que acompañara a la entonces Ley 19.881 que introdujo en la Ley de Aduana las normas que sirvieron de antecedente al actual art. 954. Pero ello implica una pequeña incursión en funciones ajenas que constituye la excepción que confirma la regla y no autoriza a extender la competencia del servicio aduanero al control operativo de los aspectos cambiarios que involucra cada embarque.

En esta última materia el servicio aduanero deberá constatar la existencia de la correspondiente refrendación bancaria como un modo de colaboración con la tarea del Banco Central, pero no por ello se puede entender que su competencia va más allá de la exigencia de dichos requisitos formales tales como sucede con otra cantidad de organismos administrativos.

Consideramos que si bien el servicio aduanero posee facultades para cuestionar el valor asignado a las mercaderías sometidas a una destinación de exportación, dicho cuestionamiento sólo puede estar en función de la correcta aplicación y fiscalización de los tributos o de los estímulos (devoluciones, reintegros y reembolsos) correspondientes.

En otras palabras, el servicio aduanero carece de competencia para observar Permisos de Embarque (y mucho menos para detenerlos y exigir su rectificación) basándose exclusivamente en un valor que juzgue bajo a los fines del ingreso de las divisas.

No es admisible tampoco el argumento de que existe una prohibición implícita en cada exportación en la medida en que no exista un adecuado (¿adecuado para quién?) contravalor en divisas y que, por lo tanto, la aduana ejerce su facultad de controlar el régimen de prohibiciones relativas, porque este tipo de restricciones en el trámite no puede ser calificado como prohibición de exportar la mercadería en sí y también porque dicha restricción se limita a supeditar dicho trámite a la existencia de la correspondiente refrendación bancaria, lo que no está en discusión.

VII

EL TIPO DE CAMBIO OFICIAL Y LA BRECHA CAMBIARIA COMO GENESIS DEL PROBLEMA

Cada vez que hay una diferencia notoria entre el tipo de cambio aplicable para el pago de las divisas provenientes de la exportación y el tipo de cambio libre o real del billete, se producen las tentaciones de algunos exportadores de subfacturar y de algunos importadores de so-

brefacturar los valores de sus operaciones, lo que provoca la agudización de la perspicacia de los órganos administrativos de control a fin de evitar que por esa vía se evada del circuito oficial de cambios el ingreso de las divisas negociadas.

En los momentos en que no existe tipo de cambio oficial, es decir, cuando el tipo de cambio utilizado para la negociación de las divisas es el mismo que el que revela la libre oferta y demanda de la divisa, el interés en la sobrefacturación de las importaciones o la subfacturación de las exportaciones desaparece, y consecuentemente, las observaciones que los organismos administrativos de control efectúan sobre el valor comprometido en las operaciones internacionales se limitan a la función de fiscalizar la correcta declaración de la base imponible para los tributos o de la base para el cálculo de los estímulos que benefician la exportación.

En el período inmediatamente anterior al dictado del Decreto 519/89 la brecha cambiaria resultó tan notoria que el aliento a este tipo de práctica motivó el Télex que es objeto de este comentario. No obstante, y tal como lo hemos visto, la Aduana no tiene competencia para fiscalizar el real ingreso de las divisas. Mucho menos tiene facultades para exigir a los exportadores que rectifiquen la declaración ya comprometida en sus Permisos de Embarque, rectificando los valores en ellos consignados y exigiendo una "refrendación bancaria adicional".

VIII

LA FUNCION DE LA "REFRENDACION BANCARIA"

Tengamos presente que la refrendación bancaria consiste en una constancia emitida por el banco interviniente en el

cuerpo del Permiso de Embarque conforme a la cual el mismo, por delegación del Banco Central, acredita que las condiciones y forma de pago de la operación en cuestión se adecúan a las normas vigentes (Comunicación A 39 B.C.R.A. del 22/6/81). A ese fin, los bancos intervinientes están facultados para exigir toda información que les permita determinar la veracidad y legitimidad de las operaciones (Comunicado Telefónico 5137 B.C.R.A. del 14/2/85).

La refrendación bancaria, pues, no puede reflejar créditos ficticios u operaciones no genuinas. Consecuentemente, si el exportador ha declarado el real valor de su transacción no tiene porqué, ante la disconformidad de la Aduana, rectificar, faltando a la verdad, el valor anterior sustituyéndolo por otro ficticio a gusto y paladar del funcionario aduanero de turno.

Tal como sostuviéramos hace unos años comentando este tema, nos encontramos frente al absurdo de que sería el propio funcionario aduanero el que induce al exportador a cometer falsa manifestación en su declaración comprometida y ello al sólo efecto de que la Aduana pueda permitirle la prosecución del trámite del embarque (Conferencia del 29/11/82, publicada en "Guía Práctica" N° 315 de marzo de 1983, pág. XXVI).

Por otra parte la refrendación bancaria implica que hay una provisión de fondos en el exterior para hacer frente al pago de la referida exportación. Si, como es de prever, el comprador extranjero ha pactado como precio de la venta el valor establecido en el Permiso de Embarque, los fondos adicionales cuyo giro la Aduana pretende que sean garantizados desde el exterior, deberán salir de otro bolsillo con lo cual el exportador deberá localizar algún prestamista o fiador que ponga a

su disposición este monto adicional con las dificultades y costos que esto implica cuando no, ante la imposibilidad de poder hacerlo.

Supuesto el caso que el exportador no pudiera efectuar esta refrendación bancaria adicional o bien que no aceptara hacerla por considerarla improcedente, la Circular Télex N° 263/89 que comentamos, dispone la suspensión del embarque hasta tanto se proceda al estudio y decisión definitiva por parte de la Aduana. Estos estudios suelen llevar meses, con lo cual el exportador deberá renunciar a cumplir con sus compromisos en el exterior con los graves perjuicios que ello le implicará: pérdida de la bodega, incumplimiento del contrato de venta internacional, incumplimiento de los compromisos asumidos frente al Banco Central por el ingreso de la divisa en los supuestos de pagos anticipados o de prefinanciación para afectar a exportaciones, eventual pérdida del cliente o, lo que es peor, del mercado, a lo que hay que agregar la pérdida del esfuerzo económico realizado para colocar la mercadería en condiciones de exportar.

IX

LAS POSIBLES SOLUCIONES

Concedora la Aduana de que el régimen de garantías establecido en el art. 453 y siguientes del Cód. Aduanero no ha contemplado este tipo de controversias (repetimos, por no ser competencia aduanera) y porque la garantía, en el supuesto de ser aceptada, no resolvería la falta de ingreso genuino de divisas desde el exterior, la Aduana ha optado en algunos casos pasados o bien por exigir a determinadas firmas de clara trayectoria expor-

tadora y sólida solvencia económica una carta compromiso mediante la cual, en el supuesto caso que los estudios de valor correspondientes demostraran la pertinencia de la observación aduanera, dichas firmas se obligaban a ingresar las divisas faltantes o bien exigir una garantía bancaria mediante la cual un banco se comprometiera ante la Aduana a ingresar las mencionadas divisas faltantes.

Estas soluciones eran tan huérfanas de sustento legal como la que comentamos y ello revela la ausencia de una legislación adecuada que otorgue al Banco Central la facultad, en estos casos anómalos, de no interferir en la operación en trámite, sin perjuicio de abrir la investigación pertinente con una garantía otorgada en el país por parte del exportador. Dicha garantía debería cubrir el eventual costo real (no a precio oficial) del ingreso de divisas desde el exterior; tarea que realizaría el propio Banco Central con cargo al exportador en el supuesto caso que, luego de un procedimiento que garantice el derecho de defensa en juicio, se demostrare finalmente que los valores declarados eran realmente distintos de los reales. Todo ello sin perjuicio de las sanciones que pudiesen corresponder, fueren éstas las contempladas en el art. 954 inciso c) del Código Aduanero o las que

se establecieran específicamente en su reemplazo en la nueva legislación.

En este último punto no somos partidarios de una remisión al régimen penal cambiario ya que este último padece de una enorme ambigüedad en cuanto a la conducta punible; posee una estructura que no mantiene proporción entre las sanciones y la gravedad de los hechos y se caracteriza por un régimen recursivo y una severidad de tratamiento que no ha tenido en cuenta este tipo de hechos, tan relacionados con las características propias del ámbito de la exportación en el cual predominan la celeridad y agilidad del trámite.

Pero, aclaremoslo una vez más, el juzgamiento de estos hechos debería ser tal que el trámite de los despachos aduaneros no sea jamás interrumpido por las posibles divergencias con el órgano de control; principio que inspira al régimen de garantías y que viene reconocido por la República Argentina al adherir a la Recomendación del Consejo de Cooperación Aduanera sobre el Derecho al Recurso en Materia Aduanera del 6 de junio de 1967 (incorporado a la legislación positiva por el art. 4º de la Ley 19.890), que fuera receptado en la Ley de Aduanas, en el Código Aduanero Argentino y últimamente reflejado en el art. 12 del reciente Decreto 519/89.