**NOTA DEL INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS
ADUANEROS DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2004 AL
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE PRESUPUESTO
Y HACIENDA DE LA CÁMARA DE SENADORES DE
LA NACIÓN HACE OBSERVACIONES
AL PROYECTO DE LEY DENOMINADO
“PLAN ANTIEVASIÓN II”**

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2004

*Al Señor Presidente de la Comisión de Presupuesto y
Hacienda de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación
Doctor Jorge Milton CAPITANICH
S / D*

Ref.: proyecto de ley denominado *Plan antievasión II*.

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme al Señor Presidente y por su intermedio a los integrantes de esa H. Comisión, en mi carácter de Presidente del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, entidad no gubernamental constituida hace treinta y cuatro años con el fin del estudio de las normas legales y reglamentarias y de las prácticas y temas vinculados al Comercio Internacional y, concretamente, a la operatoria aduanera. Este Instituto es una entidad privada que no representa a sectores económicos particulares, sino que tiene centrada su actividad en la investigación y tratamiento académicos de las materias aludidas. Por eso es que esta entidad aglutina a destacados juristas, magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación; vocales y funcionarios del Tribunal Fiscal de la Nación; profesionales vinculados a las diferentes fases del comercio exterior; funcionarios del servicio aduanero; y cámaras y centros empresarios y profesionales.

Por vía periodística hemos tomado conocimiento que –con despacho favorable– la H. Cámara de Diputados ha elevado a ese H. Senado el proyecto de ley denominado por el Poder Ejecutivo Nacional “Plan Antievasión II”, el cual incluye numerosas e importantes modificaciones al Código Aduanero (Ley N° 22.415) y a la Ley N° 25.603.

El Instituto de Estudios Aduaneros ha participado, por acuerdo con el señor Administrador Federal de Ingresos Públicos, en múltiples e intensas reuniones de trabajo con funcionarios de la Dirección General de Aduanas, en sede de esta última. De tales cónclaves participaron también representantes de las Cámara Argentina de Comercio, Cámara de Exportadores de la República Argentina, Cámara de Importadores de la República Argentina y Centro de Despachantes de Aduana. El objeto de esa labor fue: (a) conciliar –en la medida posible– el proyecto original del “Plan Antievasión II”

con las normas del Anteproyecto de Modificación del Código Aduanero que oportunamente presentáramos al señor Ministro de Economía de la Nación y al Señor Administrador Federal de Ingresos Públicos; y (b) adecuar algunas de las disposiciones del proyecto a expresas garantías constitucionales —que se veían y todavía encuentran vulneradas— y a las posibilidades fácticas de su aplicación. Como resultado de esa actividad conjunta se llegó a modificar algunas de las disposiciones originalmente proyectadas sin que —por la premura dada a su tratamiento— fuera posible que las Comisiones de Economía y de Presupuesto y Haciendo de Diputados incluyeran varios otros cambios que se consideran sustanciales.

Este Instituto mantiene al día de la fecha sus muy serias objeciones al mencionado proyecto tal como ha sido elevado a esa H. Cámara de Senadores e insiste en señalar la impracticabilidad de algunas de sus normas; la clara inconveniencia de varias de ellas; la inseguridad jurídica que derivará de ciertos artículos; y la inconstitucionalidad e injusticia de algunas otras. Por eso, habiendo analizado en profundidad el proyecto ahora a Vuestra consideración, la entidad que presido manifiesta su enérgica posición contraria a que el proyecto llamado “Plan Antievasión II” sea convertido en ley con el texto aprobado por los señores Diputados.

Es por ello que a continuación hacemos un resumen de las objeciones que merece el proyecto de referencia y —sin perjuicio de ello— veríamos con agrado ser convocados por esa H. Comisión a efectos de poder desarrollarlas más ampliamente y —en su caso— responder a interrogantes puntuales que puedan plantear los señores Senadores.

1. LA ELIMINACIÓN DE LOS EFECTOS SUSPENSIVOS DE LA IMPUGNACIÓN EN LOS CASOS DEL ART. 1053, INCISOS B) Y E), AFECTA GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Mediante la reforma al art. 1058 del Código Aduanero se propone eliminar el efecto suspensivo de la impugnación administrativa de:

- a) los actos por los cuales la Aduana reclamare la devolución de los reintegros a la exportación (obviamente, oportunamente analizados y abonados por la propia Aduana); y
- b) los actos por los que la Aduana aplicare multas automáticas.

En lo referente a la devolución de los reintegros, la norma que propone el proyecto contradice principios de raigambre constitucional pues se trata de casos en que ha sido la propia Aduana la que —luego del análisis acerca de su procedencia— resolvió el pago. Por ello, una vez pagado, existe un derecho adquirido del particular a esos importes que pasaron a ser parte de su patrimonio, derecho que podrá ser denegado recién luego de procedimientos legales, administrativos y judiciales, que no vulneren la garantía constitucional a la propiedad.

Si bien el Código Aduanero en su texto actual establece que, de advertirse que el pago de los estímulos se realizó por error, la Aduana puede reclamar por sí la devolución, dicha disposición no afecta derechos constitucionales en la medida en que el art. 1053 del mismo código permite al administrado plantear la impugnación contra ese acto sin que, mientras se debate la cuestión, el reclamo aduanero pueda ser llevado a la ejecución forzosa (ver texto actual del art. 1058 del mismo código).

Eliminar este efecto suspensivo implicaría violentar la presunción de legitimidad del acto administrativo que resolvió la procedencia del pago; iría contra los propios actos de la administración; y permitiría que ésta se apoderare —aunque fuera transitoriamente— del patrimonio del particular en contra del principio del art. 17 de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio, además, de que se consagraría una situación que —por su potencialidad generadora de conductas desviadas del bien común— la legislación aduanera desde siempre ha procurado evitar: el exceso de discrecionalidad por los funcionarios aduaneros.

En lo referente a la ejecución de las multas automáticas que aún no estén firmes también hay un agravio constitucional. Se trata de sanciones de naturaleza penal (Corte Suprema Nacional en el caso

"Citrex", 14.08.86, publicado en Fallos: 308:1224 y art. 893 del Código Aduanero), siendo de aplicación las disposiciones generales del Código Penal (art.861 del Código Aduanero), por lo que esta propuesta vulnera el art.18 de la Constitución.

2. LA CLAUSURA SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La posibilidad de que la aduana pueda clausurar locales en zona secundaria aduanera sin autorización judicial previa es contraria a las garantías constitucionales; máxime cuando se la autoriza sin necesidad que se encuentre en juego alguna posible infracción o delito (extremos que la disposición propuesta no exige). A ello cabe agregar que la actividad aduanera en la zona secundaria se limita a los procedimientos de tenencia de mercadería extranjera en plaza, tema que se encuentra tratado en el Código de una manera equilibrada a fin evitar abusos (arts.989 y 990 Código Aduanero), no siendo necesario establecerlo de manera genérica, como se pretende, ni eliminar los contrapesos allí establecidos pues está de por medio el flujo del comercio que puede verse perjudicado por errores administrativos que luego son irreparables.

3. INCREMENTO INNECESARIO DE LA BASE IMPONIBLE PARA LOS DERECHOS DE EXPORTACIÓN EN EL CASO DE GASODUCTOS, OLEODUCTOS Y REDES ELÉCTRICAS (TEXTO PROPUESTO COMO INCISO D) DEL ART. 736 DEL CÓDIGO ADUANERO)

La idea rectora del art.736 del Código Aduanero fue respetar el principio del art.75, inciso 1º, de la Constitución Nacional, conforme con el cual las "avaluaciones" sobre las cuales deben recaer los derechos de importación o de exportación deben ser "uniformes" en todo el país. Ello sería vulnerado por cualquier norma que –como la del proyecto que cuestionamos– impusiera que el exportador de un lugar lejano de la frontera tuviese que incorporar en la base imponible, a los fines de los derechos de exportación, un costoso flete interno hasta la frontera, mientras que los exportadores de una provincia limítrofe no tuvieran que cargar casi ningún importe en ese concepto. El valor imponible previsto en el art.735 del Código Aduanero se vería así incrementado de manera desigual, castigando fiscalmente por el solo hecho de la ubicación geográfica dentro de nuestro país. Es por ello que el Código contempló en el art.736 que los gastos que deben incorporarse a la base imponible son los que existieren hasta el momento de la carga en el medio de transporte con destino al exterior. De tal manera, de acuerdo al Código Aduanero la base imponible será la misma para la mercadería cargada en Córdoba en un camión que deba salir por Paso de los Libres que para la mercadería cargada en Paso de los Libres para salir por el paso fronterizo de ese lugar. Se eliminó así el concepto de valor "franco frontera" que violaba este principio.

Al introducirse esta norma para los diversos conductos (oleoductos, gasoductos poliductos, redes de tendidos eléctricos) en la redacción original –actualmente vigente– se respetó este criterio al expresarse que el lugar último para incorporar los gastos sería aquél en el cual el conducto "no presentare otras derivaciones al mercado interno", lo que equivale a tener por cierto que no tiene otro destino que el exterior.

Sin embargo en la modificación remitida en los últimos días de octubre de 2004 o primeros días del mes de noviembre la AFIP cambió el criterio estableciendo que el lugar hasta el cual se deben cargar los gastos es aquél en el cual "se practicara la última medición de embarque". De tal manera, si por ejemplo se exportare un fluido (gas, hidrocarburo, electricidad, etc.) desde Neuquén hacia Brasil, y este se midiera en Neuquén, los gastos del transporte por esa larga distancia a través del propio territorio aduanero con destino final al extranjero deberán adicionarse a la base imponible, con lo cual esta podría llegar a duplicarse respecto de la de otro exportador argentino más cercano a la frontera.

Dado que hay razones constitucionales de por medio, se sostiene la conveniencia de mantener el criterio en el proyecto original.

4. ELAUMENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD YA LA CONTRADICCIÓN CON LEYES RELATIVAMENTE RECIENTES EN CUANTO A LA EXCARCELACIÓN EN EL CONTRABANDO CALIFICADO

Al elevar el proyecto las escalas penales de los arts. 863, 864 y 865 del Código Aduanero, el contrabando agravado –previsto en el art. 865– quedaría con una pena mínima de cuatro años, lo cual tornaría a este delito en no excarcelable.

El texto originario del art. 867 del Código Aduanero (es decir, el primer texto que estuvo vigente) establecía, precisamente, la prohibición de la eximición de prisión, de la excarcelación y de la condena en suspenso para el contrabando agravado. Luego, la Ley N° 23.353 derogó esa prohibición pues modificó dicho art. 867 de modo que pasó a establecer un tipo penal específico relativo al contrabando de elementos riesgosos para la seguridad pública. Del debate parlamentario quedó manifiesta la inconveniencia de la prohibición en abstracto de la excarcelación, eximición de prisión y condena en suspenso.

Ahora el proyecto, al restablecer la prohibición de la excarcelación, contradice –en muy breve tiempo– la ley sancionada por el propio Congreso, lo que implica una política pendular que carece de sentido.

5. LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN DE EJECUCIÓN FISCAL AJENO AL SISTEMA ADUANERO

Mediante la modificación del art. 1126 del Código Aduanero se propicia la adopción del procedimiento de ejecución contemplado en el actual art. 92 de la Ley N° 11.863 que, a diferencia del actualmente previsto por el Código Aduanero, resultaría inconstitucional y objetable por imposibilitar una garantía de intervención judicial en defensa de los intereses del administrado.

En primer lugar, el art. 92 de la Ley N° 11.683 prevé una ejecución en la cual prácticamente no hay intervención judicial, temperamento que no se justifica en la materia aduanera. La ejecución aduanera es distinta de la ejecución impositiva pues la Aduana posee varios recursos de los cuales carece la DGI. Ello quita toda motivación a la asimilación que se pretende. Tales recursos, procedimientos o garantías con que cuenta la Aduana consisten en:

- a) la posibilidad de detención y ejecución de la mercadería del deudor que se encuentre en zona primaria;*
- b) el privilegio sobre la misma, a punto de quedar excluida de la quiebra del deudor;*
- c) un control sobre una cantidad reducida de importadores y exportadores que deben estar expresamente registrados ante la Aduana;*
- d) la posibilidad de sancionar disciplinariamente a los importadores y exportadores desleales aplicándoles su suspensión o eliminación del respectivo registro.*

Por otra parte, el artículo 92 de la Ley N° 11.683 ya ha sido tachado judicialmente de inconstitucionalidad, la cual –por ejemplo– ha sido declarada por la Justicia Federal del Chaco. El óbice constitucional a ese artículo 92 se funda en que el procedimiento que establece no admite la excepción de “pago parcial”, de manera que si –por ejemplo– ante una deuda de \$100.000 el administrado acreditara documentalmente que abonó \$95.000, el fisco –no obstante ese pago demostrado– continuará ejecutando por los \$100.000, con la derivación de que el administrado deberá abonar costas de acuerdo a ese reclamo y luego –respecto de lo pagado en exceso– ejercer una acción de repetición (artículo 93 de la Ley N° 11.683). Ello es altamente injusto, además de generador de pleitos innecesarios, y lo único que procura alentar es una mayor ganancia de los cobradores fiscales en

desmedro del principio de Justicia (de hecho esa norma fue introducida cuando se pensaba privatizar los cobros de la Dirección General Impositiva).

Además, a diferencia del procedimiento de ejecución establecido en el texto actual del Código Aduanero, que admite la apelación contra la decisión de primera instancia, el art. 92 –párrafo 14– de la Ley N°11.683 establece que la sentencia de ejecución es inapelable. Ello resulta más irritante desde que torna a dicha sentencia irrecurable para ante la Corte Suprema de Justicia para plantear la inconstitucionalidad o arbitrariedad de la ley, pues la ejecución fiscal es un juicio que no hace “cosa juzgada material”.

En cuanto al invocado argumento de la mayor celeridad de las ejecuciones fiscales, el sector privado considera que la rapidez de los procedimientos no se debe lograr a costa de las defensas y derechos del administrado, que tienen fundamento constitucional.

6. APLICACIÓN DE INHABILITACIONES DE LOS ELEMENTOS DE MEDICIÓN

En el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo se propone la modificación de los arts. 122, 123 y 124 para facultar a la Dirección General de Aduanas a realizar controles y aplicar inhabilitaciones cuando detectare irregularidades en los instrumentos utilizados para la medición y el control de bienes en las operaciones de comercio exterior, asimilándolas a las previstas en el art. 40 de ley 11.683. Ello puede crear serios problemas entre la autoridad (por ejemplo el SIMELA) y la Aduana en cuanto a la pretendida irregularidad, lo que demuestra el peligro de que ante la discusión entre dos organismos públicos una planta fabril con puerto propio que opere con silos (caso de cereales) o con tanques de líquidos (caso de aceites) puede llegar a quedar de hecho clausurada por la inercia e indecisión de los funcionarios públicos.

En la confianza de que se brindará la debida consideración a las razones expuestas y pronto a responder en forma inmediata a una eventual convocatoria de esa H. Comisión, saludo al señor Presidente con la mayor consideración.

*Miguel Angel Sarrabayrouse Bargalló
Presidente*