

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de noviembre de 2010, reunidas las Vocales de la Sala "E", Dras. D. Paula Winkler y Catalina García Vizcaíno (la Dra. Musso se encuentra en uso de licencia), para sentenciar en los autos caratulados: **"HAMBURG SUD SUCURSAL ARGENTINA S.A."**, expte. N° 27525-A;

La Dra. Winkler dijo:

I.- Que a fs. 10/21 y vta. la firma recurrente, por apoderado, interpone recurso de apelación contra la resolución DE PRLA N° 8955/09, de fecha 28.12.09, recaída en la Actuación N° 12041-822-2004, mediante la que se la condena al pago de una multa de \$ 9.416,80 en los términos del art. 954 inc. a) y c) del C.A. Opone defensa de prescripción porque entiende que el acto de apertura del sumario no cumple con las exigencias del art. 1094 del C.A. Dice que es evidente que la finalidad de dicho acto de apertura fue la de pretender interrumpir la prescripción y no la de impulsar un proceso de investigación por lo que no puede reputárselo como la resolución que contempla el mencionado art. 1094 del C.A. Agrega que si se entendiera que mediante la notificación de la corrida de vista del sumario tomó conocimiento del acto de apertura del mismo, sería de diez días el plazo a considerar a efectos de interponer la nulidad del procedimiento. Estima improcedente la tipificación de la conducta del agente de transporte aduanero en el inc. c) del art. 954 del C.A. y señala que no existe perjuicio real ni potencial. Impugna la liquidación y solicita que se atenúe la multa impuesta, aún por debajo del mínimo legal. Solicita que se deje sin efecto la resolución apelada. No pide costas.

Que previo emplazamiento, a fs. 34/38 el representante fiscal contesta el traslado del recurso. (Las fojas 37vta. y 38 son parcialmente ilegibles.) Luego de formular una negativa genérica de todos los hechos, afirmaciones, derecho y documentación que no sean de su expreso reconocimiento, alude a los hechos. Se refiere a la prescripción que pretende acaecida la recurrente y señala que la sanción fue impuesta en tiempo hábil. Afirma que el transportista se encuentra obligado a justificar las diferencias que se constaten al concluir la descarga. Se opone a la modificación en la graduación de la multa solicitada por la contraria y se refiere al bien jurídico protegido por el art. 954 del C.A. Cita jurisprudencia, plantea reserva del caso federal y solicita que se confirme la resolución aduanera, con costas.

II.- Que a fs. 39 se hizo saber a las partes que la prescripción sería tratada con la cuestión de fondo y a fs. 40 la recurrente solicitó sentencia. A fs. 43 se declaró la causa como de puro derecho. Elevados los autos a la Sala "E", a fs. 46 se pasan a sentencia.

III.- Que la Actuación SIGEA N° 12041-822-2004 (expte. ADGA-2004-413743) se inicia con la solicitud de levantamiento del rezago MARE 006849 V (v. fs. 1/6). A

fs. 16 obra agregada el Acta Denuncia del 16.11.04 sobre el 99 001 MANI 093900 K, atento a lo previsto en la resolución 630/94 ANA y arts. 141 y 142 del C.A. Con fecha 29.12.04, obra el acto de instrucción del sumario (v. fs. 18) y el 4.10.05, la Sec. de Actuación N° 3 remitió las actuaciones a la División Resguardo a fin de que informara lo solicitado a fs. 19. A fs. 27 se practica liquidación y a fs. 28 se corre vista del sumario al agente de transporte aduanero, que contesta a fs. 32/42. A fs. 51/52 y vta. obra la resolución apelada.

IV.- Que en la especie se le imputa a la actora la comisión presunta de la infracción de declaración inexacta, tipificada en el art. 954 del C.A., por un faltante a la descarga del buque SEALAND ARGENTINA.

Que en primer lugar corresponde entender en la defensa de prescripción opuesta por la recurrente.

Que según surge de lo actuado en sede aduanera, la descarga finalizó el 29.9.99 (v. fs. 12 a.a.), por lo que el plazo quinquenal del Fisco para imponer penas, previsto en el art. 934 del C.A., comenzó a correr el 1° de enero de 2000. Dicho plazo se vio interrumpido sólo con el dictado de la apertura del sumario (fs. 18 a.a.) que tuvo lugar el 29.12.04 (inc. a) del art. 937 del C.A.), por lo que el nuevo plazo comenzó a correr a partir del 30.12.04. Ello así, en tanto a que si bien por la falta de mención expresa a un modo distinto de computar el plazo de la prescripción, este comenzaría a correr nuevamente a partir de producida la interrupción del primitivo plazo (doctrina de “San Miguel S.A.”, Sala “E”, sent. del 31.5.91, entre muchas otras y sent. de la Corte Suprema de la Nación, in re: “Parquerama”, sent. del 22.2.94, “Fallos”, 308: 1095), el plazo es razonable que se cuente a partir del día siguiente.

Que, ello no obstante, habiéndose dictado la resolución condenatoria con fecha 28.12.09, la condena lo habría sido en tiempo hábil, pues a esa fecha no había transcurrido el plazo de cinco años que vencía el 29.12.09.

Consiguientemente, correspondería rechazar la defensa de prescripción opuesta por la recurrente, salvo por lo que se verá.

V.- Que la recurrente plantea la prescripción de la acción del Fisco para imponer penas porque entiende que el acto de apertura del sumario de fs. 18 ant. adm. no da cumplimiento a los requisitos que exige el art. 1094 del C.A. Que el mencionado art. 1094 del C.A. exige que la resolución de apertura del sumario determine o identifique los hechos a investigar. Asimismo, las medidas cautelares correspondientes en atención a la naturaleza de los hechos, la verificación de la mercadería en infracción, la recepción de la declaración de los presuntos responsables, la liquidación de los tributos que correspondan y las demás diligencias

conducentes al esclarecimiento de los hechos investigados. Que ello no obstante, el auto de fecha 29.12.04 (v. fs. 18 ant. adm.) constituye un acto de mero trámite indicativo de que se abrió el sumario. Nótese que ni siquiera se han determinado los hechos constitutivos de la infracción, como exige el art. 1094 del C.A. Que, al respecto, la Comisión redactora de la ley 22415 señaló que “al disponer la apertura del sumario, se establece que en ese mismo acto se determinen los hechos que se reputen constitutivos de la infracción. Esto último permitirá que el imputado pueda tener cabal conocimiento de los ilícitos investigados, lo que ha de incidir en un mayor amparo de su derecho de defensa” y agrega que “ ello no significa que se cristalice la investigación en referencia a determinado encuadre infraccional, pues se permite que las medidas preliminares puedan hacerse extensivas a la investigación de otros hechos que pudieren constituir infracciones aduaneras, en cuyo caso deberá correrse una nueva vista a los presuntos responsables en iguales términos que la anterior. No obstante, si los hechos fueren los mismos y sólo variara el encuadre legal, no se correrá vista de lo actuado”.

Que si bien en la corrida de vista tales hechos fueron identificados, adviértase que el acto de fs. 18 se hizo con anterioridad a tal corrida de vista (v. fs. 28). En consecuencia, el acto de apertura de sumario es nulo de nulidad absoluta en tanto es violatorio de la ley (art. 1094 del C.A.) y al estar viciada por tanto la causa, los principios del debido proceso y del derecho de defensa, ambos de raigambre constitucional y concordante con la profusa jurisprudencia que ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha entendido que la acusación, defensa, prueba y sentencia constituyen pasos sustanciales a los que tiene derecho toda persona sometida a procedimientos penales -ora infraccionales- (CSJN - "Fallos", 96:23; 99:284; 183:68; 295:591, entre muchos otros).

Que la representante del Fisco pretende que el planteo anulatorio de la recurrente es extemporáneo, lo que no es acertado, por lo que se verá.

Que al interponer el recurso de apelación contra la resolución definitiva del administrador recaída en el sumario, a la actora le asiste el derecho de oponer las excepciones que hagan a su derecho (art. 1145 del C.A.), quedando por ende el plazo de cinco días dispuesto en el art. 1051 del C.A., subsumido en el otro -mayor- de quince días para la interposición de la demanda recursiva ante este Tribunal Fiscal.

Que, además, mal podría la recurrente haber interpuesto nulidad alguna de un acto que no le fue notificado, como ocurrió en la especie con el acto de apertura del sumario. (En la corrida de vista no se anotició al administrado, obviamente, de la apertura del sumario).

Que la nulidad que se propicia no constituye una declaración de la nulidad por la nulidad misma, puesto que corresponde considerar el agravio que señala la recurrente, cual es

el de la prescripción de las acciones del Fisco para imponer penas. Habiendo agravios concretos, la nulidad no se decreta ritualmente.

VI.- Que, conforme lo expuesto, cabe declarar prescrita la acción del Fisco para imponer penas en lo que hace a la firma recurrente (conf. art. 946 del C.A.) puesto que al no haber habido interrupción de la prescripción de la acción fiscal, la resolución DE PRLA N° 8955/09 es extemporánea. Las costas se imponen al Fisco, que resulta vencido.

La Dra. Catalina García Vizcaíno dijo:

Que comparto la solución a la que arriba la Dra. Winkler, teniendo en cuenta que si bien el auto de fs. 18 de los ant. adm. alude al acta de denuncia N° 354/04, por lo cual podría entenderse que se refirió a los hechos consistentes en “el 04001SBF4-006991 F del 99 001 MANI093900 K atento a lo previsto en Res. 630/94 ANA y art. 141 y 142 del CA”, no surge con precisión a qué sobrante (art. 141 del CA) o faltante (art. 142 del CA) se refiere. En consecuencia, no ha reunido los requisitos del art. 1094 del CA, a fin de poder haber interrumpido la prescripción de la acción para imponer penas en los términos del art. 937, inc. a), del CA.

Que cabe notar que, habiendo operado la prescripción de la acción para imponer penas el 1°/1/05, el 4/10/05 se requirió a la División Resguardo que, en su carácter de área denunciante, informara si existía perjuicio fiscal, el valor en aduana de la mercadería, si la mercadería estaba prohibida o faltante y la diferencia de base imponible; asimismo se solicitaba que se informara si había un sobrante de mercadería, en cuyo caso se expresara si se encontraba dentro de la tolerancia admitida (fs. 19 de los ant. adm.). Ello corrobora que los hechos no se habían determinado al momento del dictado del auto del 29/12/04 de fs. 18 de los ant. adm.

Que ese auto de fs. 18 de los ant. adm. tampoco contiene la liquidación de los tributos que pudieren corresponder en los términos del art. 1094, inc. d) del CA, por lo cual no pudo suspender la prescripción en los términos del art. 805, inc. a), del CA.

Que la liquidación tributaria se efectuó el 30/11/09 (ver fs. 26/28 de los ant. adm.), es decir, cuando había operado la prescripción de la acción del Fisco para percibir los tributos regidos por la legislación aduanera.

Que, a mayor abundamiento, cuadra destacar que en este caso la vista conferida no pudo subsanar las irregularidades del auto de fs. 18 de los ant. adm., atento a que aquélla se dispuso por auto del 30/11/09, es decir, habiendo operado la prescripción. Así lo voto.

En virtud del acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**

Declarar prescrita la acción del Fisco para imponer penas en lo que hace a la firma recurrente. Las costas se imponen al Fisco, que resulta vencido.

Regístrese, notifíquese, oportunamente devuélvase los antecedentes administrativos agregados y archívese.

Suscriben la presente las Dras. Winkler y García Vizcaíno por encontrarse en uso de licencia la Dra. Musso (art. 1162 del Código Aduanero).-