

PREFERENCIAS ADUANERAS (Parte Primera)

Privilegios aduaneros y derecho de retención(*)

POR ENRIQUE C. BARREIRA

«La jurisprudence sur les privilèges est hérissée de difficultés. Obscure sous les lois romaines, qui semblent se croiser et se contredire, équivoque et incertaine dans l'ancien droit français, formé de débris du droit romain, des décisions d'auteur discordants, et de divers arrêts des cours souveraines, elle présente encore aujourd'hui des questions épineuses et subtiles qui l'ont fait placer parmi les matières les plus ardues de notre droit »

Raymond-Theodore Troplong (*)

SUMARIO

- I. Introducción
- II. El concepto de “preferencias” y de “privilegio”
- III. Distinción entre “privilegio” y “derecho de retención”
- IV. Clasificación de los privilegios
- V. Mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentra en zona primaria aduanera.
 - V.1. La mercadería que arriba al territorio aduanero y se somete al depósito provisorio de importación.
 - V.2. La mercadería que aun no salió del país y que se somete al depósito provisorio de exportación.
 - V.3. La mercadería que se encuentra sometida a un régimen que impide la transferencia de su propiedad, posesión o tenencia.
 - V.4. El sujeto pasivo del crédito aduanero.
 - V.5. Particularidades de las facultades de retención del servicio aduanero.
 - V.6. La ejecución aduanera y las preferencias previstas para la distribución del producido de la subasta realizada por el propio servicio aduanero.
- VI. Mercadería que se encuentra en zona secundaria aduanera.
 - VI.1. Mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentra “in bonis”.
 - VI.2. Mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentra en estado de quiebra.
- VII. Conclusiones

*. Este trabajo se publica también en la revista *Jurisprudencia Argentina*. Estas publicaciones se efectúan con conformidad de las autoridades de ambas publicaciones.

(*) « *La jurisprudence sobre los privilegios está erizada de dificultades. Oscura en las leyes romanas, que parecen cruzarse y contradecirse, equívoca e incierta en el antiguo derecho francés, formada de los vestigios del derecho romano, de las decisiones de autores discordantes y de diversas sentencias de cortes soberanas, ella presenta aún hoy en día, cuestiones espinosas y sutiles que la colocan entre las materias más arduas de nuestro derecho* ». Raymond-Theodore Troplong, « *Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles de Code depuis et y compris le titre de la vente – Des Privilèges et Hypothèques* », Paris, 1845, art. 2095 n° 17, pag.17.

I. INTRODUCCIÓN

1) El tema de las preferencias de los créditos aduaneros es de indudable importancia práctica; sin embargo no ha merecido la atención de la doctrina de nuestro país, dando lugar a jurisprudencia poco clara que deja traslucir cierta desorientación. Esto no debe extrañarnos en un ámbito del derecho que siempre se ha destacado por su dificultad. Este trabajo procura sondear el tema de los privilegios y el derecho de retención en materia aduanera y determinar las características de este sector del derecho que le dan un perfil propio en relación con los que rigen en el derecho común.

2) Con ese fin haremos un análisis del papel que juegan los privilegios concedidos a la aduana respecto de la mercadería que se encuentra en zona primaria aduanera y el derecho de retención con el cual se los refuerza, así como los que le cabe a la aduana una vez que la mercadería es retirada de esa zona para integrarla al circuito económico del territorio y sus puntos de contacto con el derecho común y de quiebras.

II. EL CONCEPTO DE “PREFERENCIAS” Y DE “PRIVILEGIO”

3) Habiendo concurrencia de acreedores frente al patrimonio de un deudor y siendo insuficiente éste para satisfacer a todos, es regla universal que aquellos deben cobrar a prorrata, respetándose el principio de igualdad¹. La excepción a esta regla es la “preferencia” en el cobro que se otorga a ciertos acreedores respecto de otros, bajo la forma de “privilegios” o de garantías personales o reales tales como la hipoteca, la

prenda o la prenda con registro e, incluso, con derecho de retención sobre la mercadería que se encuentra en zona aduanera.

4) El privilegio consiste en el derecho que la ley otorga a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, cuando hay pluralidad de acreedores que concurren sobre el patrimonio de un mismo deudor.

5) Un prestigioso autor considera la denominada “noción unitaria” del “privilegio”, abarcando, no sólo a la preferencia con causa directa en la ley, sino también a aquella que tiene origen convencional, pues si bien la hipoteca y la prenda reconocen su fuente inmediata en el contrato, la validez de éste descansa indirectamente en la ley. Sobre esta base y yendo más allá, incluye dentro del concepto de privilegio aún a las preferencias generadas a raíz de un procedimiento judicial (embargo, desapoderamiento, separación de patrimonios). El fundamento es que hay identidad de estructura, contenido y efectos, cualquiera fuera su fuente, así como existen obligaciones que reconocen fuentes distintas (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o la ley) sin que por ello se altere su esencia ni pierdan unidad los principios básicos y generales que las rigen².

6) El Código Aduanero no hace distinción conceptual entre “privilegio” y “preferencia”, utilizando ambos términos en forma indistinta. Así, el título de la Sección XIII hace referencia a las “preferencias”, pero los arts. 460, 461, 462 y el propio art. 997, mencionan indistintamente a los “privilegios” y a las “preferencias”. Compartimos que se trata de una distinción que carece de importancia práctica³, no obstante, a los fines de este trabajo consideramos conveniente mantener la distinción entre el “privile-

1. El art. 3922 C. Civil establece que “Los créditos no privilegiados se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada”. Esta norma junto con otras del mismo ordenamiento (arts. 3875 y 3876), receptan el célebre aforismo del Art. 2093 del Código Francés de 1804 conforme con el cual: “Los bienes del deudor son la prenda común de los acreedores y el precio se distribuirá entre ellos a prorrata, a menos que hubiera entre los acreedores causas legítimas de preferencia” (« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence »).

2. FERNANDEZ, Raymundo L. “Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios”, Buenos Aires, Talleres Gráficos de Luis Rubino, 1941, Tomo I, pags. 24/25, puntos IV y V de la Introducción. En esta misma posición parece enrolarse MARIANI DE VIDAL, Marina, “Apuntes sobre privilegios”, La Ley T° 137, pag. 932 (enero-marzo de 1970), Cap.II-A-2 última parte, pag. 936.

3. MARIANI DE VIDAL, Marina, “Apuntes sobre privilegios”, revista La Ley T° 137, pag. 936.

gio” y las “preferencias”⁴, considerando a aquél como una especie de estas últimas⁵.

III. DISTINCIÓN ENTRE “PRIVILEGIO” Y “DERECHO DE RETENCIÓN”

7) Es un principio comúnmente respetado por la legislación aduanera comparada, que las mercaderías que se encuentran en el área aduanera

(zona primaria aduanera) son la garantía del pago de los créditos que la aduana tiene respecto de los deudores, garantes o responsables de créditos aduaneros por tributos. Dicho principio se formula a través de la regla, según la cual, el pago de las obligaciones tributarias aduaneras debe ser previo al libramiento de las mercaderías, salvo el caso en que éste se autorizare bajo el régimen de garantía. Esta regla está reconocida en las legislaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Europa, Paraguay, Perú y Uruguay⁶ y

4. En especial compartimos el pensamiento de quienes consideran que el privilegio “stricto sensu” se distingue de la hipoteca, la prenda y la prenda con registro porque:

- a) ... el privilegio es una preferencia o prelación que surge directamente de la ley, en forma independiente de toda convención o estipulación expresa, tal como surge de la propia definición de la norma de base de nuestro derecho civil (art. 3785 C. Civil);
- b) ... las preferencias que otorgan los derechos reales de hipoteca, prenda o prenda con registro, no funcionan en la práctica si los particulares no las constituyen mediante convenios;
- c) ... el privilegio no recae sobre bienes de un tercero que no sea deudor. Como veremos, está relativizada en el Código Aduanero argentino, el cual reconoce privilegios sobre los bienes del fiador o del responsable de la deuda que se encontraran en la zona primaria aduanera, considerando a éstos como si fueran deudores directos;
- d) ... Los privilegios no requieren de publicidad para hacerlos oponibles a terceros;
- e) ... el privilegio no se supedita a la anterioridad cronológica del crédito, ya que el crédito nacido u opuesto después pero cuya causa sea merecedora de privilegio, tendrá preferencia sobre uno generado o interpuesto antes pero que no la tenga (MESSINEO, Francesco, “Derecho Civil y Comercial”, EJE, Bs. As. 1971, Tomo IV, § 102, pag. 64.).

5. MOLINARIO, Alberto, “*Los privilegios en el derecho civil argentino*”, Librería Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1941, pags. 18 y 19.

6. El art. 789 del **Código Aduanero Argentino** (ley 22.415 de 1981), establece: “*El pago de la obligación tributaria aduanera debe efectuarse al contado y antes del libramiento de la mercadería, salvo los casos en que el libramiento fuere autorizado bajo el régimen de garantía*”.

El art. 14 de la **Ley General de Aduanas de Bolivia** (ley 1990 de 1999, con las modificaciones de la ley 2492 del año 2003), establece: “*Las mercancías constituyen prenda preferente a favor del Estado, las cuales garantizan el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de pago aduaneras, las sanciones pecuniarias y otros derechos emergentes.*”

Mientras las mercancías se encuentren en posesión de la administración aduanera y no se acredite la cancelación de las obligaciones aduaneras, no procederá ningún embargo ni remate de las mismas por obligaciones diferentes a las tributarias o de pago aduaneras.

El derecho de prenda aduanera tendrá preferencia sobre las demás obligaciones y garantías que afecten a las mercancías que se encuentren bajo la posesión de la administración aduanera. En todos los casos, la administración aduanera dispondrá de ellas en la forma que señale la presente ley y su Reglamento, con el objeto de cubrir el pago de los tributos aduaneros omitidos, más intereses, actualizaciones y multas”.

El art. 571 § 1° del **Reglamento Aduaneiro Brasileiro** (texto ordenado por Decreto 6759/2009) establece: “*Não será desembaraçada a mercaderia cuja exigência de crédito tributário no curso da conferência aduaneira esteja pendente de atendimento, salvo nas hipóteses autorizadas pelo Ministro de Estado de Fazenda, mediante a prestação de garantia*” (No será liberada la mercadería cuya exigencia de crédito tributario en el curso del despacho aduanero estuviera pendiente de pago, salvo las hipótesis autorizadas por el Ministro de Estado de Hacienda, mediante a constitución de garantía).

Los arts. 25, 104 y 105 de las **Ordenanzas de Aduana de Chile** (Decreto con fuerza de ley del Ministerio de Hacienda 213/1953, texto refundido por Decreto F. L. 30/2004), establecen: Art. 25: “*Las mercancías responden directa y preferentemente al Fisco por los derechos, impuestos, tasas, gastos y sanciones a que diere lugar*”.

Art. 104: “*El pago de los derechos aduaneros, impuestos, tasas y demás gravámenes causados por una importación será previo al retiro de las mercancías, salvo que éstas se encuentren sometidas a una modalidad de pago diversa*”.

Art. 105: “*La declaración debidamente tramitada y el comprobante de pago cancelado, en los casos que proceda, habilitará al interesado para retirar las mercancías desde los recintos del depósito*”

El art. 230 del **Estatuto Aduanero de Colombia** (decreto 2685/1999, actualizado al 31/10/2004) establece: “*Retiro de la mercancía. De conformidad con lo dispuesto en el art. 130 de este decreto, una vez presentada y aceptada una declaración de legalización con el cumplimiento de las formalidades previstas en esta sección, la autoridad aduanera autorizará el mismo día de presentación y aceptación de la declaración, el levante de la mercancía, previo el pago de los tributos aduaneros y sanciones a que haya lugar...*”

El art. 71 de la **Ley General de Aduanas de Costa Rica** (Ley 7557 de 1995), establece: “*Con las mercancías se responderá*”

(Cont.)

es recogida por el “Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros”, conocida como “Convenio de Kyoto”, en la versión, aprobada y revisada en el seno de la Organización Mundial de Aduanas en 1999 ⁷.

8) Al recaer estas medidas sobre la mercadería del deudor, se ha sostenido que ella constituye una garantía real ⁸. Esa característica obedece, en realidad, a la existencia de una facultad de retención que, en algunos casos surge implícitamente de la norma que no permite al propietario

el retiro de la mercadería sin antes satisfacer el pago (o, en su defecto, garantizarlo) y que, en otros casos, se manifiesta de manera expresa ⁹.

9) El objetivo del derecho de retención es la garantía del acreedor, de manera análoga a la hipoteca, la prenda, la prenda con registro y la anticresis. Por dicha razón se ha sostenido que es un derecho de naturaleza real, pues permite la tenencia indefinida del objeto por parte del retenedor y, por lo tanto, limita el ejercicio de su derecho de propiedad, pues impide que el propietario use y goce de la cosa ¹⁰.

(Cont.)

directa y preferentemente al fisco por los tributos, las multas y los demás cargos que causen y que no hayan sido cubiertos total o parcialmente por el sujeto pasivo como resultado de su actuación dolosa, culposa o de mala fe. La autoridad aduanera debe retener o aprehender las mercancías previa orden judicial si esta acción implica un allanamiento domiciliario, de acuerdo con el ordenamiento vigente. La autoridad aduanera decretará la prenda aduanera mediante el procedimiento que establece el Art. 196 de esta ley. Ese procedimiento debe iniciarse dentro del plazo de prescripción para el cobro de las obligaciones tributaria aduanera”.

El art. 74, apartado 1 del **Código Aduanero Europeo** establece: “1. Cuando la admisión de una declaración en aduana implique el nacimiento de una deuda aduanera, sólo se podrá conceder el levante (libramiento) de las mercaderías objeto de dicha declaración cuando haya sido pagado o garantizado el importe de la deuda aduanera...”.

El art. 270 del **Código Aduanero Paraguayo** (Ley 2422/2004) establece: “El crédito aduanero, incluidas las sanciones pecuniarias, goza de privilegio especial respecto del deudor, garante o responsable sobre las mercaderías que se encuentran depositadas en zona primaria aduanera. El servicio aduanero detenta el derecho de retención sobre dichas mercaderías hasta que se haya pagado el crédito aduanero”. Por su parte, el art. 269 dispone: “Las mercaderías responden directa y preferentemente al fisco por los tributos aduaneros a que dieran lugar. Siempre que la obligación estuviese impaga, la aduana podrá retener las mercaderías que están en su poder y en caso contrario, disponer su persecución y secuestro, aun estando en poder de tercero, sin perjuicio de que la responsabilidad proveniente de las infracciones aduaneras pueda hacerse efectiva, además, sobre el patrimonio de los infractores”.

El Art. 24 de la **Ley General de Aduanas de Perú** (Decreto Legislativo 809 de 1996), establece: “La entrega de las mercancías sólo procederá previa comprobación por el depositario, que se haya cancelado garantizado, según el caso, la deuda aduanera y se haya cumplido con las formalidades aduaneras exigidas de acuerdo con el régimen solicitado”.

El art. 88 del **Código Aduanero Uruguayo** (Decreto ley 15.691) establece: “El pago de los tributos que recaude la Aduana deberá efectuarse antes del desaduanamiento de las respectivas mercaderías, con sujeción a las reglas y excepciones que al respecto se establezcan”.

7. La norma 3.40 del Convenio de Kyoto, revisado en 1999 dispone: “Las mercancías declaradas serán retiradas tan pronto como la aduana las haya reconocido o haya decidido no reconocerlas, dadas las siguientes condiciones:

- que no se hubieran cometido infracciones;
- que las licencias de importación o de exportación o cualquier otro documento solicitado haya sido adquirido;
- que todos los permisos relativos al régimen considerado hayan sido adquiridos; y
- que los derechos e impuestos hayan sido pagados o que se hayan tomado las medidas necesarias a fin de asegurar su cobro”.

8. BERR, Claude y TREMEAU, Henri, “Le Droit Douanier”, Paris, 1981, § 303, pag. 199, donde expresa que las mercaderías son la prenda de los derechos y tasas y ellas constituyen una garantía real en beneficio de la administración. (« *Les marchandises sont le gage des droits et taxes et elles constituent une sûreté réelle au profit de l’administration* »).

9. Lo declaran en forma expresa el art. 997, última parte, del Código Aduanero Argentino; el art. 3 de las Ordenanzas de Aduana de Chile y los arts. 269 y 270 del Código Aduanero Paraguayo.

10. MOLINARIO, Alberto, obra citada, n° 198, pags. 266 y 267; SALVAT, Raymundo, obra citada (Derechos Reales), T° IV, n° 3094, pag. 756. ARGANARÁS, Manuel J. en su actualización al tratado de Salvat antes mencionado, sostiene, siguiendo a Coviello, que el derecho de retención no es ni real ni personal; añadiendo que no es siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito, que es una excepción, y una excepción dilatoria. ACUÑA ANZORENA, Arturo (“*El derecho de retención en el Código Civil argentino*”, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1929, n° 32, pag. 61), se enrola entre los que consideran que, reconociendo lo difícil de comprender la retención en el grupo de los derechos reales y ante la imposibilidad de incluirla entre los personales, ver en esa facultad un derecho “sui generis” cuya principal característica consiste en que sin ser un derecho real, puede ser opuesto a terceros y concretarse, en todos los casos, a atribuirle los solos efectos que el legislador ha querido reconocerle.

10) En vez, el privilegio no goza de las características de los derechos reales, siendo, mas bien, un derecho de naturaleza personal, pues el deudor no sufre una desmembración del derecho de propiedad sobre las cosas a él afectadas ¹¹. En el derecho común, el acreedor munido de privilegio no puede oponerse a que el propietario modifique la estructura de la cosa sobre la cual él tiene establecido su privilegio, ni impedirle la celebración de contrato alguno sobre ella y, si el dueño de la cosa la enajena a un tercero de buena fe, el privilegio desaparece ¹². Estas facultades están limitadas en el derecho aduanero, pero no ya por razones que devienen del carácter real o personal del derecho, sino por razones de orden público que limitan las facultades del propietario o de quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería, mientras no se cumplan los procedimientos de control, previos al libramiento.

11) El derecho de retención no puede ser considerado como privilegio porque el retenedor carece de acción para hacer vender la cosa retenida y, en caso de venta, no puede oponer al adquirente el ejercicio de su derecho para impedirle que asuma la posesión de ella ¹³, salvo que, como se prevé en el Código Aduanero, se conceda al acreedor, en este caso el servicio aduanero, además del derecho de retención, un privilegio especial sobre la cosa retenida y la facultad de ordenar la venta por sí.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS.

12) Nuestra ley de fondo divide los privilegios ¹⁴:
1º) en cuanto al carácter del bien sobre el cual recae en:

- a) privilegio sobre bienes muebles e inmuebles (art. 3879 C. Civil);
- b) sobre los bienes muebles (arts. 3880, 3883, 3887 C. Civil); y
- c) sobre los inmuebles (arts. 3924, 3931 C. Civil, entre otros);

2º) En cuanto a su extensión en:

- a) generales: que recaen sobre el producido de la venta de todos los bienes del patrimonio del deudor, los cuales están indeterminados; y
- b) especiales, que recaen sobre uno o varios bienes particulares dentro del patrimonio del deudor, por lo que los bienes se encuentran perfectamente determinados ¹⁵.

13) Los privilegios sobre los bienes muebles – que son los que revisten interés a los fines aduaneros por tener la mercadería ese carácter –, son generales o particulares. Son generales los indicados en los artículos 3879 y 3880 del C. Civil, siendo que los referidos en el primero de ellos recaen también sobre los bienes inmuebles del deudor. Son particulares los de los arts. 3883 a 3897 del mismo código.

11. Así lo ha sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia del 8/06/1878, autos “Banco Argentino c/ Francisco Juliá y Antonio Fragueiro s/ tercería de dominio”, con transcripción de un fundado fallo de primera instancia del juez federal Fenelón Zuviría (Fallos 20:181). Esta misma postura es sostenida por gran parte de la jurisprudencia de los tribunales inferiores y la doctrina: CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, “*Tratado de los Privilegios*”, Cia. Argentina de Editores, Bs. As. 1941, n° 2 ultima parte, pag. 20 última frase; MOLINARIO, Alberto, obra citada, n° 35, pag. 68, reiterado en el n° 54, pag. 94, entre otros. No obstante hay quienes consideran que se trata de derechos reales: SEGOVIA, Lisandro, “*El Código Civil de la República Argentina con su explicación crítica bajo la forma de notas*”, Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1881, Tomo II, comentario al Art. 3944, nota 5, pag. 697; SALVAT, Raymundo, “*Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos reales*”, con actualización de Manuel Argañaraz, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, T° IV, N° 2850 pag. 552. Una tercera posición considera que el privilegio es una característica que tienen determinados derechos, una calidad del crédito, un modo de ser de ellos que le atribuye determinada prelación; en este sentido: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, T° I, n° 487-c), pag. 593; PONSSA, Roberto, “*Doctrina general de los privilegios*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, pag. 24; MARIANI de VIDAL, Marina, “*Apuntes sobre privilegios*”, revista la Ley, T° 137, pag. 932).

12. MOLINARIO, Alberto, obra citada, n° 35, pags. 66 a 68.

13. CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, obra citada, n° 229, pag. 525, quien, además, destaca la nota de Vélez Sarsfield al art. 3939 del Código Civil argentino; MOLINARIO, Alberto, obra citada, n° 198, pag. 267. En contra, considerando que la retención es una especie de privilegio: ACUÑA ANZORENA, Arturo, obra citada, n° 148, pags. 238 a 240.

14. SALVAT, Raymundo, obra citada, “*Derechos reales*”, T° IV, números 2845 y 2846, pags. 544 y 545.

15. CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, obra citada, n° 168, pag. 360.

14) La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores y la doctrina, tienen dicho desde hace más de un siglo, que los privilegios generales no pueden hacerse valer en desmedro de otros acreedores que ya tienen iniciada la ejecución, sin que preceda la insolvencia o quiebra del deudor sobre cuyos bienes se los quiere ejercer. Dado que el acreedor que invoca el privilegio puede dirigirse contra otros bienes del deudor, no se le permite dirigir su acción contra bienes que ya están embargados por otros acreedores mientras no se produzca su concurso o quiebra ¹⁶.

15) Esto no ocurre respecto de los privilegios especiales pues ellos inciden, desde un principio, sobre determinados bienes, por lo cual, la preferencia en caso de concurrencia de dos o más acreedores no requiere de una declaración de falencia, pudiendo ser ejercitados mediante la tercería de mejor derecho ¹⁷.

V. MERCADERÍA DEL DEUDOR, GARANTE O RESPONSABLE QUE SE ENCUENTRA EN ZONA PRIMARIA ADUANERA.

16) El servicio aduanero tiene un régimen de privilegio especialísimo y absoluto conforme surge de los arts. 417 a 452, 789, 997, 998, 999, 1000, 1122, 1124, 1125 y concordantes del C. Aduanero sobre la mercadería en zona primaria aduanera ¹⁸.

17) El art. Art. 997 del C.A. establece: “*Sin perjuicio de los demás privilegios y preferencias que las leyes acuerdan al Fisco, los créditos aduaneros de cualquier naturaleza, incluidos los provenientes de multas, gozan de preferencia respecto de cualesquiera otros sobre la mercadería del deudor, garante o responsable, que se encontrare en zona primaria aduanera. El servicio aduanero goza de derecho de retención sobre dicha mercadería hasta que fueren satisfechos sus créditos*”.

18) Esta preferencia es excluyente de cualquier otra y el servicio aduanero posee sobre dichos objetos, además, derecho de retención, que si bien no constituye un privilegio, refuerza su poder de cobro.

19) Estas facultades están condicionadas a que la mercadería se encuentre en “zona primaria aduanera”, esto es, la parte del territorio aduanero habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la cual rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento de la mercadería (art. 5 del C. Aduanero).

20) Usualmente son habilitados como zona primaria aduanera los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos internacionales y pasos fronterizos en donde se produce la transferencia de mercadería. También lo son los depósitos, plazoletas o instalaciones en las cuales se almacenan mercaderías que aun no han sido autorizadas a ser libradas al consumo interno o, en su caso,

16. CSJN, “*Tapia Hermanos c/ Jaime Lavallol s/ Ejecución - Tercería de mejor derecho del Banco Pcia. Bs. As.*”, del 25/11/1880 (Fallos 22:379) y en los mismos autos (Fallos 39:150); SALVAT, Raymundo, obra citada, T° IV, n° 2847, pag. 546; MOLINARIO, Alberto, obra citada, n° 59, pag. 111; CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, obra citada, n° 167, pags. 358 y n° 201, pag. 437. Este último, en las pags. 358 y 359 expresa: “*En doctrina, es evidente que no podemos concebir la existencia de un privilegio general ejercitado sin que haya un concurso o una quiebra del deudor, ya que, por definición el privilegio general abraza a la totalidad de los bienes de éste y esa totalidad de bienes, afectada a otros acreedores que también pretenden derechos sobre la misma, sólo existe cuando todo el patrimonio del deudor se encuentre en trance de liquidación judicial, por la doble vía que conoce nuestra legislación y que llamamos concurso y quiebra. Si esa situación no se ha producido, este supuesto acreedor privilegiado sobre la totalidad del patrimonio no podrá encontrarse en conflicto con otro acreedor quirografario, por cuanto, para que este conflicto exista, sería necesario que este quirografario hubiera embargado la totalidad de los bienes del deudor, y entonces, este acreedor se encontraría en uno de los casos en que el concurso civil procede, de un modo evidente*”.

17. SALVAT, Raymundo, obra citada, T° IV, n° 2847, pags. 546 y 547; CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, obra citada, n° 167, pag. 358, con cita de LAFAILLE, Hector “Curso de Contratos, T° III, n° 330.

18. FERNANDEZ, Raymundo, “*Tratado Teórico Práctico de la Hipoteca, la Prenda y demás Privilegios*”, Buenos Aires, 1941, Tomo II, pag. 262, § 1191, quien sostiene este criterio aunque citando en su apoyo los arts. 46 a 49 de la entonces vigente ley de aduanas n° 11.281 y los arts. 169 a 184 y 309 de las Ordenanzas de Aduana de 1876, que rigieran hasta 1981, momento en el cual la ley 22.415 las sustituyó por el Código Aduanero.

que han sido presentadas a la aduana para su exportación pero que aun no han sido autorizadas a salir. Por último se suelen afectar como zona primaria aduanera también a los demás locales o instalaciones en donde se realizan operaciones aduaneras o se ejerce control aduanero.

21) En esos lugares las facultades de control del servicio aduanero cobran tal significación que la libertad de los administrados se encuentra notoriamente restringida, al extremo que podría decirse que prácticamente se invierte el principio general, pues la autorización previa es la regla y la libertad de movimiento la excepción¹⁹. Es un ámbito en el cual la mercadería que arriba en los medios de transporte internacionales se descarga y queda provisoriamente depositada durante el transcurso del procedimiento del despacho aduanero que culminará con su “desaduanamiento” o “libramiento” a plaza (art. 198 C. Aduanero).

V.1. La mercadería que arriba al territorio aduanero y se somete al depósito provisorio de importación.

22) Cuando una mercadería arriba al territorio aduanero y su titular pretende incorporarla al circuito económico interno, la aduana es el órgano encargado de determinar si reúne las condiciones y ha cumplido con los requisitos exigidos para ello. Estas condiciones y requisitos no sólo con-

sisten en comprobar que la declaración aduanera del importador es correcta y que la liquidación de los tributos aduaneros está bien determinada y haya sido pagada, sino también en constatar que el ingreso no está prohibido o que los otros recaudos exigidos por la autoridad (presentación de licencias, certificados de seguridad, etc.) se han cumplido. La aduana ejecuta una función, entonces, que no se limita a recaudar fondos²⁰. Con el fin de verificar que esas condiciones y requisitos están cumplidos se prevé que la mercadería permanezca en la llamada “zona primaria aduanera” bajo el régimen de “depósito provisorio de importación” (art. 198 C. Aduanero) también denominado “depósito temporal”²¹. Situación similar se presenta con la mercadería sometida al “depósito provisorio de exportación” (Art. 397 C. Aduanero).

23) Este ingreso de la mercadería a las instalaciones aduaneras, también denominado “aduanaamiento”, implica colocarla en una situación restrictiva del derecho de propiedad²². Ésta cesa cuando se verifica que su libramiento al circuito económico interno (zona secundaria aduanera) no está prohibido y que los tributos requeridos para gozar del “derecho” de acceder al mercado²³, han sido satisfechos. Mientras tanto, la mercadería está “fuera del comercio” (ver párrafo 36 de este trabajo).

24) Cuando la mercadería arriba al territorio aduanero el transportista, al descargarla, debe

19. ALSINA, BARREIRA, BASALDÚA, COTTER MOINE, VIDAL ALBARRACÍN, “Código Aduanero - Comentarios, antecedentes y concordancias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, Tomo I (arts. 1 a 129), comentario al art. 5, pag. 47.

20. BARREIRA, Enrique C. y VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo, “La responsabilidad en las infracciones aduaneras”, Capítulo II puntos B) y B), revista La Ley, Tomo 1989-A, pags. 928 a 932.

21. En la legislación aduanera francesa e italiana anterior a su sustitución por la normativa comunitaria, se denominaba a esta institución “depósito provisorio”; en el Consejo de Cooperación Aduanera, hoy Organización Mundial de Aduanas) se la denomina “depósito temporal”. En la “Convención de Kyoto”, versión revisada por la O.M.A. en 1999, Anexo Específico “A”, Capítulo 2, se expresa: “A los efectos del presente Capítulo se entenderá por: Depósito temporal de mercancías, el almacenamiento temporal de las mercancías bajo el control de la aduana, en locales o sitios cercados o no, designados por la aduana (en adelante llamados depósitos temporales), en espera de la presentación de la declaración de mercancías”.

22. ROHDE PONCE, Andrés, “Derecho Aduanero Mexicano”, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2002, Tomo 1, pag. 505 quien expresa: “Las características peculiares y exclusivas del aduanamiento o depósito ante la aduana permiten proponer que su naturaleza jurídica es la de ser una limitación legal a la propiedad de las mercancías”; añadiendo que el aduanamiento es impuesto por la ley y “afecta a los titulares en protección del interés fiscal, con las siguientes cargas a las mercancías que ingresan al país: 1) limita la libre circulación con el ingreso y permanencia en un recibo fiscal resguardado, aislado y controlado; 2) limita los jus utendi y fruendi, ya que mientras permanecen en el recinto fiscal, las mercaderías no podrán ser objeto de uso, explotación económica u otros actos de cualquier naturaleza; 3) limita el jus abutendi ya que el aduanamiento impide que los titulares de las mercancías puedan alterar o modificar su naturaleza, transformarlas en otras mercancías (la existencia de un régimen aduanero especial confirma esta circunstancia) y también impide que se consuman o destruyan deliberadamente por los interesados”.

23. De allí la denominación de “derechos de aduana” con la que son conocidos los tributos aduaneros universalmente.

entregarla a la aduana, quien la recibe en calidad de depósito. El depositario podrá ser el propio servicio aduanero o bien un permisionario o concesionario en el cual aquél delega su guarda. Desde que la tenencia es entregada al depositario, éste será responsable de su custodia²⁴. A partir de ese momento y hasta que se presenta su titular, el contacto o manipulación de la mercadería se limita a permitir solamente algunos actos materiales, como el de reconocimiento (examen físico), de traslado a otro depósito o los necesarios para su conservación en el estado en el que hubieren ingresado (Art. 209 C. Aduanero).

25) Dentro del plazo fijado por la ley (el art. 217 C. Aduanero lo fija en quince días), el titular de la mercadería debe presentarse ante la aduana acreditando su derecho a disponer de ella y solicitando alguna de las destinaciones permitidas; esto es, la importación para consumo, la importación temporaria, el tránsito aduanero o el depósito de almacenamiento. Sólo en este último caso la mercadería continuará depositada bajo la guarda de la aduana o de la persona que ella hubiera habilitado a cumplir esa tarea.

26) Tanto en el régimen de depósito provisorio de importación, como en el de depósito de almacenamiento (art. 286 C. Aduanero), la mercadería se encuentra en “zona primaria aduanera”, sin haber concluido el proceso que le permita su libramiento (Art. 231 C. Aduanero) y consecuente “desaduanamiento”. Subsisten, por lo tanto, las obligaciones para con el Fisco relativas a dicha mercadería, hasta que se produzca su egreso (arts. 215 y 292 C. Aduanero).

27) Las facultades otorgadas a la aduana sobre la mercadería en zona primaria aduanera a nombre o por cuenta del deudor, garante o responsable, son exorbitantes a las usuales para cualquier otro acreedor en el ámbito del derecho privado: derecho de preferencia sobre el producido de su venta (art. 997, primera parte), derecho

de retención (arts. 789 y 997, última parte), exclusión del régimen de la quiebra o concurso de su titular (art. 998) y facultad de ejecución por la propia aduana sin necesidad de intervención judicial (arts. 419, 422, 425, 442, 444, 447, 999 y 1000).

V.2. La mercadería que aun no salió del país y que se somete al depósito provisorio de exportación.

28) El derecho de retención y los privilegios de la aduana no se limitan a la mercadería ingresada en zona primaria aduanera proveniente del exterior. También es aplicable a la que ingresa desde la “zona secundaria aduanera” y se presenta a la aduana para su salida hacia el exterior²⁵.

29) La situación de la mercadería extranjera que arriba al país tiene características diferentes a la de aquella que, siendo nacional o nacionalizada, ingresa a la “zona primaria aduanera”, bajo el régimen de “depósito provisorio de exportación”, con vistas a una cercana salida al exterior. A diferencia de aquella, que aun no ha obtenido su libramiento para incorporarse al circuito económico interno, la que va a ser exportada posee libre circulación interna. ¿Debe estar sometida al régimen del derecho de retención y de los privilegios previstos en el art. 997 del C. Aduanero por el sólo hecho de haber sido trasladada a una zona primaria aduanera? La respuesta es negativa.

30) Supongamos, por vía de hipótesis, que un importador-exportador concurriera a una terminal portuaria, habilitada como zona primaria, a fin de resolver ciertos problemas operativos estacionando allí su automóvil y que, al retirarse, un agente aduanero le impidiera la salida aduciendo que ejerce derecho de retención sobre el vehículo por haber deuda líquida y exigible contra el titular. Una primera impresión pareciera indicar que la letra de la norma le da la razón, un segundo análisis

24. BARREIRA, Enrique C., “Código Aduanero- Comentarios, antecedentes y concordancias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, Tomo II-B, comentario al art. 294, pag. 182 y siguientes.

25. CUTRERA, Acchille, “Principii di Diritto e Política Doganale”, Editorial Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, Seconda Edizione Padova, 1941, Capítulo V, pag. 50.

sis nos demuestra, sin embargo, que no es así.

31) Hay reglas jurídicas que al momento de su aplicación al caso particular ofrecen dudas sobre las conductas o situaciones alcanzadas por su presupuesto de hecho. Ello se debe a que el legislador suele redactar la norma teniendo en mente ciertos casos obvios que suceden habitualmente en contextos similares, no advirtiendo que a veces la redacción brinda un halo de vaguedad respecto de casos distintos de los típicos. Estamos ante lo que Hart denomina la textura abierta del derecho ²⁶.

32) No cabe duda que la mercadería extranjera descargada de un buque que proviene del exterior en un depósito aduanero ubicado en zona primaria aduanera está alcanzada por los privilegios y el derecho de retención previstos en el art. 997. Es un caso cuya claridad no requiere esfuerzo interpretativo alguno. Pero la diferencia entre los hechos realmente acaecidos y la hipótesis que caracteriza al caso típico, genera dudas sobre el propósito que intentó comunicar la regla. El intérprete deberá considerar si la regla se aplica al caso dudoso, buscando el valor que ella pretendió resguardar; es decir, determinando el propósito de la norma, y analizando si éste sigue vigente cuando ella se pretende aplicar a casos ubicados en la zona de penumbra. La textura abierta de la norma deja librado al juez o al funcionario la misión de interpretar el alcance que razonablemente se le debe dar.

33) El ejemplo que dimos en el párrafo 30) nos resulta chocante porque la norma ha tenido en mira a la mercadería del deudor que tiene conexión con una operación de importación o de exportación y que ha ingresado en los recintos aduaneros con ese fin. La lectura del Art. 789 del C. Aduanero es ilustrativa a este fin. Tan fuera de este supuesto se encuentra el automóvil del importador o exportador como un camión que ingresara para descargar mercadería en zona primaria o el reloj pulsera que lleva en su mano el deudor. Estos objetos tienen libre circulación aduanera y no son objeto de ninguna operación de importación o exportación. En última instan-

cia, la aduana podrá intentar un embargo judicial sobre esos bienes, para lo cual posee expresas facultades (Art. 1125 C. Aduanero), pero no podrá sortear ese procedimiento por el simple traslado de la cosa a la zona primaria, como si se tratara de un cazador que atrae su presa al lugar donde ha preparado la trampa.

34) La mercadería sobre la cual el servicio aduanero posee privilegio y derecho de retención es la que, en función de una operación de importación o de exportación, se entregó a la aduana o al depositario que ejerciera esa función por cuenta de ella, en la zona primaria aduanera. Prueba de ello es que el art. 997 C. Aduanero expresa que “sobre dicha mercadería” (esto es, sobre la misma mercadería que se encontrare en zona primaria perteneciente al deudor, garante o responsable, y que está alcanzada por el privilegio de la primera parte de la norma), el servicio aduanero goza de derecho de retención y, sabido es, que éste nunca podría ejercitarse si la aduana no tuviera la “tenencia” sobre ella (ver párrafo 52), supuesto que sólo se puede concretar si se encuentra sometida a alguno de los regímenes en que se manifiesta esa situación; esto es: “depósito provisorio de importación” (art. 198 C. Aduanero), “depósito provisorio de exportación” (Art. 397 C. Aduanero) o “depósito de almacenamiento” (art. 286 C. Aduanero).

V.3. La mercadería que se encuentra sometida a un régimen que impide la transferencia de su propiedad, posesión o tenencia.

35) Mientras la mercadería se encuentra sometida a alguno de los regímenes antes mencionados, no se contempla que pueda ser transferido el derecho a su disponibilidad jurídica:

a) durante el período en que la mercadería se encuentra sometida al régimen de depósito provisorio de importación, el titular aun no es conocido por la aduana. Ello recién sucederá cuando quien tuviera la disponibilidad de la mercadería se presente para solicitar alguna de las destina-

26. HART, H.L.A., “*El concepto del derecho*”, traducción de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pag. 155 y sigts.

ciones aduaneras autorizadas por la ley. Las transferencias sucedidas en el ínterin (que lo serán a través de la transmisión del conocimiento o carta de porte correspondiente) sucederán antes de que el último cesionario o endosatario se presente a estar a derecho ante la aduana ²⁷;

b) durante el período en que la mercadería se encuentra sometida al régimen de depósito provisorio de exportación, a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, el titular de la mercadería sí es conocido, pero en este caso el ingreso al recinto aduanero con el fin de exportar implica el comienzo del trámite del despacho que se ha iniciado con un exportador registrado, por lo que cualquier modificación de su persona en el despacho, deberá contar con la aceptación previa del servicio aduanero;

c) por último, durante el depósito de almacenamiento, que implica la permanencia de la mercadería en zona primaria, la transferencia está vedada por la propia ley salvo autorización expresa de la aduana (Art. 294 C. Aduanero)

36) De tal manera, cualquier enajenación de la mercadería en esas condiciones ubicada técnicamente en zona primaria aduanera será “ineficaz” respecto del servicio aduanero (art. 294 C. Aduanero) mientras la autorización no sea concedida. Eso la hace “relativamente inenajenable” colocándola, por lo tanto, “fuera del comercio” ²⁸. Sin perjuicio de las razones que justifican este estado, relacionadas con el cumplimiento de las reglas que permiten la importación o la exportación (ver párrafo 22) o con las seguridades que brinda el operador registrado ²⁹, éste tiene importantes consecuencias en relación con su situación ante las ejecuciones judiciales y el eventual concurso o quiebra del titular, como veremos más adelante.

37) Cabe aquí advertir que hay regímenes aduaneros en los cuales la mercadería es librada, autorizando su ingreso a la zona secundaria aduanera, manteniéndose igualmente la prohibición de enajenación sin autorización previa. Son los casos de la mercadería sometida a las destinaciones de importación temporaria (art. 264) o de exportación temporaria (art. 362); la ingresada en calidad de equipaje (art. 504), de pacotilla (art. 527) o de franquicia diplomática (art. 544); la sujeta a exenciones tributarias en razón de su destino (arts. 669, 670 y 672) o beneficiada con excepciones a prohibiciones relativas (arts. 627, 628, 630) ³⁰.

38) En todos esos casos, la transferencia de la propiedad, posesión o tenencia dependen de una previa autorización pública, la que se justifica en razón de los condicionamientos propios de la destinación aduanera escogida. El incumplimiento de estas normas son castigadas alcanzando, no sólo a quien las quebrantó sino también, en algunos casos, a quienes resultaren tenedores de la cosa indisponible (arts. 965, 970, 971, 977, 978, 979, 980, 982 C. Aduanero).

V.4. El sujeto pasivo del crédito aduanero.

39) El privilegio del art. 997 alcanza al producido de la venta de la mercadería del deudor, garante o responsable. La contracción “del” denota posesión o pertenencia. El criterio de los arts. 1000, 1122 inciso a) y b) y 1125 del C. Aduanero es que la ejecución puede llevarse a cabo respecto de la mercadería en zona primaria “a nombre, por cuenta o de propiedad” del deudor, garante o responsable.

27. La excepción sucederá si el importador pretende tomar conocimiento del contenido de los bultos a fin de efectuar una declaración aduanera correcta (art. 221 C. Aduanero), pero en ese mismo momento es él quien asume la responsabilidad de solicitar una destinación aduanera dentro del plazo que específicamente se le indica en el art. 222.

28. El art. 2336 del C. Civil establece: “*Están fuera del comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública*”, añadiendo el art. 2338 del mismo ordenamiento que “*son relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación*”.

29. Ver el art. 35 del Decreto Reglamentario del C. Aduanero, n° 1001/82.

30. Sobre el carácter “*propter rem*” atribuido a la obligación tributaria aduanera en relación con el supuesto contemplado en el Art. 783 referido a la mercadería que hubiera sido transmitida a terceros con fines comerciales o industriales, remitimos a nuestro estudio “*La obligación tributaria aduanera y el hecho gravado por los derechos de importación*”, Revista de Estudios Aduaneros, órgano del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Bs. As. Año 1998, N° 12, Capítulo III, ps. 93 y siguientes.

40) No se exige que dichas personas sean necesariamente “propietarios” de la mercadería. El Código Aduanero escapa de la rigidez que implica este vocablo. En lugar de ello prefiere que la relación jurídica se entable con “*quien tuviere derecho a disponer de la mercadería*” (arts. 181, 211 ap. 2, 216, 293 aps. 1 y 2, 312, 392, etc.), denominándolo otras veces con el término “*titular*” (arts. 214, 417 inc. c), 421 inc. a), 499, etc.), “*interesado*” (arts. 201, 202, 204, 213 ap. 2, 220, 221, 226, 228, 230, 243, 244, 246, 325, 327, 341, 342, 344, 364 y otros), “*importador*” (arts. 217, 218, 242, 279, etc.) o “*exportador*” (arts. 340, 346, etc.).

41) Quien tuviere la “disponibilidad jurídica de la mercadería”³¹ suele ser el destinatario legitimado del conocimiento o carta de porte, terrestre o aérea, o su cesionario o endosatario. Esos documentos, originariamente probatorios del contrato de transporte, han adquirido el carácter de ser representativos de la mercadería, por lo que el tenedor legitimado del título (si es al portador) o el tenedor de una cadena ininterrumpida de endosos (si es a la orden) se considera investido de todos los derechos que tendría el propietario de la mercadería, aun cuando no lo fuera. Ello ha permitido superar los problemas que el uso del vocablo “propietario” generó en otros países³². Por otra parte, sólo quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería puede ser “importador”.

42) A ello cabe añadir que, en materia de cosas muebles, la posesión de buena fe hace presumir la propiedad (art. 2412 C. Civil) y que el deudor, garante o responsable que tuviera la “disponibilidad jurídica de la mercadería”, es aquél que tuviera la mercadería a su nombre, lo que implica que sus facultades sobre ella se asimilan a las de un propietario.

43) La ley permite que la responsabilidad frente a la aduana exceda de los límites de la apariencia. Si el bien está a nombre de una persona que no es deudor, garante o responsable (por ser, por ejemplo, consignatario), al obrar “por cuenta” del deudor, garante o responsable de la deuda, la mercadería debe responder por la deuda que su verdadero titular debe satisfacer.

44) El “deudor” es el sujeto determinado por la norma que establece la obligación de pago. Si se tratara de un tributo será quien realiza el hecho gravado (art. 777); en caso de otro tipo de crédito, como multa³³ o devolución de lo cobrado de más en concepto de estímulos a la exportación, será quien fuera condenado o quien hubiera cobrado el importe en forma indebida, respectivamente.

45) El “garante” es quien se obliga en forma personal frente al servicio aduanero al pago de la deuda por uno de los modos previstos en el art. 455. Deberá responder con su mercadería en zona primaria si otorgó una garantía personal (fiador o avalista), pues si se tratara de quien otorgó una garantía real, como una prenda, una prenda con registro o una hipoteca, su responsabilidad no será sobre cualquier mercadería que le perteneciera y que se encontrare en ese ámbito, sino sólo con la cosa que comprometió, y hasta el valor de ella, pero no con el resto de su patrimonio (arts. 518 y 3121 C. Civil).

46) El “responsable” es quien, no siendo deudor propiamente dicho, no obstante es colocado por la ley en la situación de deudor por tener una relación con la cosa a través de la cual se materializa el hecho gravado o el hecho punible que determina la obligación de pago de la multa o por tener que responder por el deudor en razón de una responsabilidad pecuniaria refleja, según el caso (por ejemplo arts. 779 a 785, 903 a 909, 966, 971, 974 y 982 C. Aduanero)

31. Sobre el concepto de “quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería” remitimos al desarrollo que efectuamos en nuestra obra antes citada (“Código Aduanero...”), Tomo II-A, comentario general al Título II, págs. 207 a 213.

32. En la obra mencionada en la nota anterior, Tomo II-A, pag. 209, nota 22, hacemos referencia a que la anteriormente vigente legislación aduanera italiana daba legitimación para declarar la mercadería ante la aduana a su “propietario”. En virtud de las costumbres comerciales del transporte internacional, los tribunales de ese país consideraron como propietario de la mercadería a quien al término del contrato de transporte se encontrara investido del poder de disponer de la mercadería transportada.

33. La esencia de la pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero. El Art. 21 del Código Penal argentino establece que la multa “obligará” al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, añadiendo más adelante que antes de transformar la multa en prisión, el tribunal “procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado”.

V.5. Particularidades de las facultades de retención del servicio aduanero

47) El derecho de retención del servicio aduanero sobre la mercadería en zona primaria, tiene características que difieren del derecho de retención regulado en el derecho común ³⁴.

48) CUTRERA prefiere denominar “poder de retención” a la facultad de la aduana sobre la mercadería en su jurisdicción, a fin de diferenciarla de la institución del “derecho de retención” tal como se ha perfilado en el derecho privado, por considerar que no constituye un “derecho” sino un “deber” ³⁵.

49) Sin perjuicio de que el gran doctrinario italiano tiene razón al expresar que hay un deber del Estado en juego, debe tenerse presente que en derecho administrativo la atribución de la administración pública constituye a la vez una “facultad” y un “deber” ³⁶. Será una facultad en cuanto es oponible al particular, quien deberá tolerar la pretensión administrativa que enerva su derecho a disponer libremente de la mercadería, pero constituirá también un deber del funcionario frente al Estado, quien le otorgó esa facultad en vista de valores con los cuales está comprometida la comunidad.

50) Como hemos visto antes, la retención aduanera procura conferir a la aduana un derecho de tutela a un crédito eventual y ello se traduce en

que: a) su ejercicio no se supedita a la previa existencia de una deuda ya nacida respecto de la administración; b) como consecuencia de ello no exige conexidad entre la deuda y la cosa retenida; y c) no se limita la retención a la mercadería del deudor, sino que se extiende también a la del garante y a la del responsable de la deuda.

51) En relación con estas características tenemos en cuenta que las instituciones del derecho común sufren modificaciones cuando pasan al derecho público, sin por ello desnaturalizar su esencia; con la ventaja de que encuentran un marco de referencia para su aplicación e interpretación de conformidad con principios ya comprobados, salvo que ellos fueran incompatibles con la finalidad del instituto de derecho público. Este es el caso, como veremos del “derecho de retención” en el ámbito aduanero ³⁷.

52) Para que el acreedor pueda retener la cosa debe tener poder material sobre la cosa retenida ³⁸. Si la aduana administra en forma directa el lugar en el que la mercadería se encuentra depositada, el requisito de la tenencia efectiva de la cosa retenida se cumple. Si la administración del depósito es ejercida por particulares que actúan como prestatarios o concesionarios de los servicios de almacenaje (arts. 207 y 208 del C. Aduanero) el derecho de retención de la aduana se mantiene, pues aquellos tienen y custodian la mercadería por cuenta de ésta ³⁹.

34. CUTRERA, Acchille, *“Principii di Diritto e Politica Doganale”*, Editorial Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, Seconda Edizione Padova, 1941, Capítulo V, pagina 52. BACIGALUPO, María Laura, *“Derecho de retención de la aduana sobre la mercadería que se encuentra en zona primaria aduanera”*, Revista de Estudios Aduaneros, N° 13, Buenos Aires, 1999, pag. 80, quien sigue el maestro italiano, preguntándose si ante estas diferencias se trata de dos institutos distintos denominados con un mismo término o sí, por el contrario, se trata de un mismo instituto con variables en virtud de las partes involucradas, esto es la administración y el administrado, añadiendo que Cutrera ha sostenido que el poder de retención previsto en la legislación aduanera no debe ser confundido con el derecho de retención previsto en derecho privado aun cuando tuviera analogía con éste.

35. CUTRERA, Acchille, obra citada, paginas 53 y 54.

36. LINARES, Juan Francisco, *“Derecho Administrativo”*, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, § 198, pag. 226.

37. Por otra parte, debe tenerse presente que ningún autor antiguo pensó jamás en construir una teoría de conjunto sobre el “derecho de retención”, por lo que el Código Civil Francés tampoco lo reglamentó, mencionándolo en algunos textos en los cuales constata su existencia sin ninguna explicación (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *“Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol”*, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo VII, - Derechos reales (segunda parte), traducido por Delia García Daireaux, n° 36, pag. 34). En el Código Civil argentino, Vélez Sarsfield generalizó la institución, integrando un capítulo complementario del de los privilegios (CORDEIRO ÁLVAREZ, obra citada, n° 228, pag. 620).

38. El Art. 3939 del Código Civil hace referencia a la “posesión”. ACUÑA ANZORENA (obra citada, n° 10, pag. 25), expresa que, pese a las palabras utilizadas por el referido artículo, no es necesaria la posesión en sentido estricto, esto es *“animus domine”*, bastando la simple tenencia de la cosa *“nuda corporis detentio sine animu”*, pues lo que da derecho al poseedor o simple tenedor para retener la cosa, no es en principio la posesión o la tenencia de la misma, sino el crédito.

39. MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *“Lecciones de Derecho Civil”* – Parte Tercera – Volumen I – Garantías, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, n° 122, pag. 166. Estos autores expresan que *“... Por lo demás no es indispensable que el retenedor tenga por sí mismo: conserva su derecho si le confía la cosa a un tercero que tenga por cuenta de él (del retenedor), o si el tribunal la constituye en secuestro”*. En forma concordante: BACIGALUPO, obra citada, pag. 84.

53) Tal como es conocido en el derecho privado, el “derecho de retención” encuentra su fundamento en la defensa de un derecho creditorio. Si bien de la lectura de los arts. 789 y 997 del C. Aduanero, pareciera que en este ámbito cumple igual función, la retención aduanera se ejerce también cuando aun no se sabe si la mercadería está sujeta a deuda o cuando, sabiendo que no hay deuda alguna en concepto de tributos y gastos aduaneros, exista una prohibición a la importación o a la exportación o rijan otros requisitos no satisfechos, exigidos por la ley.

54) Consecuentemente, la conexidad exigida en el derecho civil entre la cosa y la causa del derecho de retención no es exigida en iguales términos en el derecho aduanero. La facultad de la aduana para retener la mercadería no se origina en tareas que le aseguren o incrementen valor a la cosa (creación, mejoramiento o conservación), sino en razones que exceden el aspecto creditorio o que, directamente, son independientes de la existencia de un crédito aduanero. No obstante, aun cuando éste existiera, no se exige que dicho crédito haya sido generado por la misma cosa que es retenida; puede deberse a créditos nacidos por la importación de otras mercaderías que fueron ya libradas a plaza. Cabe advertir, que la conexidad entre el crédito y la mercadería que le dio origen no reviste, de todas maneras, un carácter esencial para la institución, a punto tal que en el propio derecho privado hay supuestos en que ella no es exigida ⁴⁰.

55) La actividad de importación o exportación se realiza por personas que, haciendo de ello su actividad habitual, deben cumplir con ciertos requisitos de solvencia y buena conducta, hallarse inscriptos en un registro especial y someterse a ciertos deberes de colaboración con el servicio aduanero cuyo incumplimiento le puede irrogar

sanciones administrativas específicas (art. 100 C. Aduanero). La relación jurídica aduanera de esos sujetos con el servicio aduanero se da justamente por el flujo constante de ingreso y egreso de mercadería que le da características de continuidad.

56) En este tipo de relación, la conexidad entre la mercadería que se encuentra en zona primaria y la que dio origen al crédito pasa a un segundo plano. La mercadería se encuentra en una situación de riesgo para la seguridad del control, por lo que se la somete a medidas especiales de seguridad que se traducen en uno de los regímenes de depósito aduanero. Recordemos que el depósito sólo se justifica en mira a las necesidades de control ejercidas por el servicio aduanero, quien guarda al respecto la totalidad de las facultades de supervisión, control y verificación (arts. 114, 119, 121, 122, 209, 215 y 292 C. Aduanero) así como de castigo en caso de faltante (arts. 211 y 293 C. Aduanero).

57) En el derecho de retención del servicio aduanero, la conexidad del crédito aduanero se da con la mercadería que encontrándose en zona primaria aduanera, fue presentada ante la aduana por el deudor, garante o responsable que es titular de ella (ver párrafos 33 y 34) para someterse a un régimen de depósito aduanero, con el fin de destinarla a un operación de importación o de exportación. En estas circunstancias, la mercadería en aduana reviste características similares a las de una garantía flotante.

58) El derecho de retención es una medida de seguridad que puede ser opuesta “erga omnes” ante cualquiera que pretenda recuperar la posesión de la cosa, pero que, salvo el supuesto del art. 3942, segundo párrafo del C. Civil, no genera preferencia o privilegio sobre el producido de su venta a favor del retenedor ⁴¹. En el derecho común se prevé que los demás acreedores tienen

40. Uno de los autores que con mayor autoridad ha escrito sobre el tema ha expresado que “... cuando se habla de este requisito como indispensable, es para aquellos casos en que el derecho de retención no está reconocido por un texto expreso de la ley. Si el codificador dispone que en tal o cual caso determinado el acreedor está facultado a retener en garantía de su crédito una cosa de su deudor ¿Qué importa que exista o no conexidad? Prueba de ello nos la da el art. 1558 del Código Civil cuando dispone que el locador tiene derecho a retener los objetos con que la cosa arrendada se halle provista y que pertenezca al locatario ¿Qué conexidad existe en este caso entre el crédito por arrendamiento y las cosas del locatario?, ninguna, pero la ley acuerda la retención y ello es suficiente” (ACUÑA ANZORENA, Arturo, obra citada en la nota 10, pag. 37 nota I).

41. ARGANÑARAS, Manuel J. en la actualización de la obra de SALVAT, antes citada, § 3092-b), Tomo IV, pag. 753.

derecho a proceder al embargo y venta judicial de la cosa retenida, debiendo el precio ser entregado al retenedor (Art. 3942 C. Civil). Si bien esta facultad acerca mucho el derecho de retención a la figura del privilegio, entendemos que ella no es aplicable cuando se ejerce sobre mercadería que se encuentra en zona primaria aduanera y en resguardo de créditos aduaneros, pues (como vimos), la venta debe ser previamente autorizada por la aduana, sin perjuicio de que ésta tiene facultades propias para proceder a su ejecución administrativa.

59) Algún pronunciamiento judicial ha considerado que el privilegio de la aduana sobre la mercadería que se halla en zona aduanera, no impide la subasta ordenada por el juez a pedido de otros acreedores del propietario de ella y que el derecho de retención del servicio aduanero no lo autoriza a oponerse a la venta aun cuando para disponer de la mercadería, el adjudicatario debería luego desinteresarse al retenedor. Dijo que no obstaba a ese temperamento el hecho de que la subasta la llevara a cabo la aduana o que se requiriera la nacionalización previa a que la mercadería pudiera ingresar al mercado interno, considerando que se trataba de una venta condicionada a que se desinteresara a la aduana previamente ⁴².

60) A nuestro juicio la sentencia antes aludida se pronunció en contra de la letra de la ley sin fundar la justificación de ese apartamiento, sin perjuicio de no reparar en que la importación para consumo no se encuentra supeditada al mero pago de una suma de dinero, sino que se encuentra, también, condicionada a que no exista (o a que en el ínterin no se hubiera decretado) alguna restricción o prohibición directa a la importación.

61) Recordemos que el art. 999 del C. Aduanero dispone que el procedimiento establecido en dicho ordenamiento para el cobro de los créditos aduaneros en mora y para el despacho de oficio de la mercadería, no podrá ser enervado

por medidas cautelares ni por cualesquiera otras de carácter judicial, salvo las medidas ordenadas por la justicia en lo penal que fueren necesarias para asegurar el curso de la investigación cuando resultare insuficiente la extracción de muestras de la mercadería. Continuando con un criterio acendrado en la práctica aduanera de nuestro país, excluye a esa mercadería de acciones judiciales interfieran con el procedimiento de oficio de la aduana que conlleva la necesidad de actos administrativos especializados (clasificación, valoración, liquidación de tributos, comprobación de inexistencia de prohibiciones o de recaudos necesarios para importar o exportar, etc.), para culminar con la venta en subasta de los efectos, la deducción del producido de la venta de los créditos aduaneros y demás erogaciones devengadas y el depósito del saldo a la orden del juez de la quiebra ⁴³.

62) En nota a fallo, nuestro querido y lamentablemente desaparecido Izurieta y Sea aplaude el antes mencionado pronunciamiento, más que por su basamento teórico, en el cual no quiere entrar, por dar solución a una morosidad aduanera de más de un año sin tomar decisión respecto de la mercadería en situación de rezago, pese a existir acreedores particulares pendientes de esa realización para poder cobrar sus legítimas acreencias por servicios sin los cuales la mercadería no hubiera podido ser subastada ⁴⁴.

63) Concordamos que el incumplimiento por la aduana de la diligencia debida en el servicio no debe ser tolerada, pero consideramos que para ello el interesado puede acudir al Tribunal Fiscal o a la justicia federal, según el caso, para que estos actúen rápida y enérgicamente, ordenándole a la aduana la pronta subasta, brindándole un plazo perentorio para que se pronuncie sobre la posible existencia de restricciones o prohibiciones que impidieran su libramiento e informe acerca del importe del crédito aduanero; lo que podría hacer a través de la acción de amparo por mora

42. Cam. Fed. Civil y Comercial, Sala I, 7/06/1983, "Agencia Marítima Robinson", revista Impuestos XLII-B, pag. 1462.

43. Fallo de la Cámara Comercial de la Capital Federal, 23 de julio de 1928, J.A. 27:1242; G.F. 75:202, mencionado en nota anterior.

44. IZURIETA Y SEA, Alvaro, "La subasta de mercaderías y el privilegio aduanero", revista Impuestos XLII-B, año 1984, pag. 1462.

(arts. 1160 y 1161 del C. Aduanero y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).

64) El deudor que deseara obtener el libramiento de la mercadería en el transcurso de una controversia (verbigracia: impugnación con efecto suspensivo o procedimiento para las infracciones) y siempre que no fueran de aplicación las salvedades previstas en el art. 458, podrá ofrecer la constitución de una garantía en los términos del art. 453 incisos a), h) o i).

65) Los privilegios del art. 997 C. Aduanero, son, así especiales, pues si un acreedor quirografario u otro acreedor privilegiado obtuviera de un juez (pese a su inenajenabilidad relativa) que se embargara y estuviera pronto a liquidar uno o alguno de los bienes muebles del deudor que se encontraran en zona primaria aduanera, el servicio aduanero podrá presentarse en ese juicio y, sin perjuicio del eventual planteo relativo a la competencia del tribunal a esos fines, podrá cobrar su crédito con el producido de la subasta del bien, invocando la preferencia que la ley le otorga. Pero, para que ello pueda suceder, se deberá vencer primero la resistencia a la entrega del bien por parte de la aduana quien podrá negar la salida del bien de la zona primaria aduanera ejerciendo su derecho de retención; por lo que éste constituye el resguardo previo que tiene el crédito de la aduana para advertir la pretensión creditoria ajena y poner en marcha los trámites tendientes a hacer valer su privilegio.

66) Por último, si el Estado pasara a ser propietario de la mercadería en virtud de una condena de “comiso” que se encontrare firme y pasada en autoridad de cosa juzgada; en razón de “abandono”, expreso o tácito, del titular de la mercadería ⁴⁵, o por adquisición para afectarla al servicio público ⁴⁶,

el derecho de retención se extinguiría por confusión entre las calidades de retenedor y de propietario ⁴⁷.

V.6. La ejecución aduanera y las preferencias previstas para la distribución del producido de la subasta realizada por el propio servicio aduanero

67) Tradicionalmente, la aduana ha tenido facultades para proceder a la ejecución administrativa de la mercadería que se encontrare en zona primaria aduanera (arts. 419, 422, 424, 425, 426, 1122 1124 y 1126 C. Aduanero) ⁴⁸

68) Si la mercadería existente en la zona primaria aduanera fuera subastada por la aduana en los términos de los arts. 419, 429 o 442, el apartado 1 del art. 425 dispone como se debe distribuir el producido de la venta, expresando que: *“El precio que se obtuviere en la venta se destinará a satisfacer los tributos, las multas a que hubiere lugar, sus accesorios y demás erogaciones que se hubieren devengado y, de existir remanente, el mismo se pondrá a disposición del interesado durante el plazo de seis meses, contado a partir de la fecha de la enajenación respectiva, transcurrido el cual se presumirá su abandono a favor del Estado nacional”*.

69) Los fondos obtenidos en la venta deben afectarse, en primer lugar al pago de los tributos, las multas si existieran y sus accesorios, porque esas deudas son la causa eficiente de la ejecución. Luego deberán afrontarse las *“demás erogaciones que se hubieren devengado”*. La norma no indica en forma expresa cuales son esas erogaciones.

70) Al no fijar la propia ley un orden de prelación para el pago de esas erogaciones, el ser-

45. En el Código Aduanero argentino el término “mercadería abandonada” significa pérdida de la propiedad, tal como se desprende del art. 429 y de los arts. 2526 y 2607 del Código Civil.

46. En lo referente a la llamada “afectación” contemplada en el art. 5° de la ley 25.603, constituye una adquisición para el Estado con características particulares.

47. FERNÁNDEZ, Raymundo, obra citada, Tomo II, pag. 402, § 1453.

48. FERNANDEZ, Raymundo (obra citada, T° III, n° 5326, pag. 626), expresa que la aduana goza por sus derechos, cuando los efectos se hallan todavía dentro de la zona de esa repartición, de un privilegio especialísimo y en consecuencia, rematándolos tiene derecho a deducir del producido lo que le corresponde, depositando sólo el saldo a la orden del juez de la quiebra, citando en su apoyo un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 23/07/1928 (J.A., Tomo 27, pag. 1242 y G.F. Tomo 75, pag. 202).

vicio aduanero deberá estar al orden establecido en el C. Civil, especialmente el art. 3879 ⁴⁹, que privilegia los gastos de justicia, entendiéndose por tales los que destaca Vélez Sarsfield en la ilustrativa nota que dedicó a ese artículo: *“Por gastos de justicia se entienden los gastos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia. El privilegio es establecido para todos los gastos que los acreedores, a efectos de gozar de sus derechos, no habrían podido dispensarse de pagar, si otros no hubiesen hecho la anticipación o los trabajos indispensables a ese fin. Así son gastos de justicia, los de inventario, conservación, liquidación y realización de los bienes del deudor... Se consideran también como gastos de justicia, todos los que se hagan en interés común de los acreedores, para los fines designados, aunque sean relativos a hechos u operaciones extrajudiciales...”*.

71) Si bien en la subasta aduanera no estamos ante gastos judiciales propiamente dichos, la solución es la misma, pues se trata de satisfacer los necesarios para que la ejecución y pago puedan efectivizarse; es decir, los que el C. Aduanero denomina “erogaciones devengadas”.

72) Antes de la entrada en vigencia del Código Aduanero y ante una ley diferente de la actual, la Corte Suprema expresó que los gastos de conservación eran preferidos al crédito por impuestos aduaneros y a los derechos de almacenaje y eslingaje, por considerar que los gastos de conservación tienen privilegio especial sobre el precio de los bienes conservados de acuerdo a los arts. 3892 y 3901 del

C. Civil ⁵⁰ a lo cual añadió que, en el caso, la empresa depositaria había cumplido una función que le hubiera correspondido a la aduana, a quien le evitó los desembolsos necesarios para guardar y conservar los efectos vendidos; añadiendo que en ausencia de una disposición expresa de la ley no se puede excluir el privilegio del conservador ⁵¹.

73) Con la actual redacción del Código Aduanero las expensas de conservación de la cosa pasaron a segundo orden de preferencia pues, en la enunciaci3n de su art. 425, los tributos, las multas y sus accesorios son mencionados antes que los dem3s gastos devengados. Sin perjuicio de que el C3digo Aduanero prevalece en este caso respecto de la norma del C3digo Civil por tratarse de una ley especial de car3cter federal, lo que esta 3ltima expresa es entendible ni bien se piense que, salvo los casos en que el importador opta por la destinaci3n de dep3sito de almacenamiento, los r3gmenes de dep3sitos provisorios, tanto de importaci3n como de exportaci3n, se establecen en resguardo de la seguridad aduanera y, en ellos, la libertad de elecci3n del depositante se encuentra condicionada, lo que le da las caracter3sticas de un “dep3sito necesario”, al cual el importador o exportador est3 compelido. El dep3sito tiene su raz3n de ser por la aduana. El depositario sabe, desde un comienzo, que su actividad consiste en actuar como auxiliar del control de las importaciones y exportaciones y del resguardo de la renta p3blica, y que estos son los objetivos que justifican su habilitaci3n como concesionario o depositario. Sobre este principio, por otra parte, se inspira la regla contemplada en el art. 1042 del C. Aduanero.

49. En sentido concordante y en relaci3n con las subastas judiciales, ver el art. 590 del C. Procesal Civil y Comercial de la Naci3n que, bajo el t3tulo de “Preferencias”, expresa: *“Mientras el ejecutante no est3 totalmente desinteresado, las sumas depositadas no podr3n aplicarse a otro destino, salvo que se tratare de costas de la ejecuci3n o del pago de otro acreedor preferente o privilegiado”*.

50. El Art. 3892 del C. Civil establece: *“Los gastos de conservaci3n de una cosa mueble, sin los cuales 3sta hubiese perecido en todo o en parte, deben ser pagados con privilegio sobre el precio de ella, est3 la cosa o no en poder del que ha hecho los gastos. Los simples gastos de mejoras que no tengan otro objeto que aumentar la utilidad y el valor de la cosa, no gozan de privilegio”*. Por su parte el Art. 3901 del mismo ordenamiento dispone: *“Los gastos hechos para la conservaci3n de la cosa son preferidos a todos los cr3ditos, en el inter3s de los cuales han sido tambi3n hechos. Son preferidos a los gastos de la 3ltima enfermedad, a los sueldos o salarios de la gente de servicio, a los alimentos del deudor y su familia, y a las deudas al Fisco y Municipalidades; pero el privilegio del conservador es preferido por los gastos funerarios, y por los causados para la venta de la cosa conservada”*.

51. CSJN, *“The Catalinas Warehouses and Mole Company Limited c/ Gob. de la Naci3n”*, 8/11/1919 (Fallos 130:217). Ver SALAS, Acdeel, *“C3digo Civil Anotado”*, Depalma, Bs. As. Tomo III y jurisprudencia all3 citada en el comentario al art. 3879. Debe tenerse en cuenta que el art. 309 de las Ordenanzas de Aduana, entonces vigente, expresaba que del importe de la venta se deb3an deducir *“los derechos de entrada y de almacenaje y eslingaje, con los gastos que ocasione la subasta y cualquier otro gravamen a que estuviesen afectas”*.

74) Hallándose contemplado en el Código Aduanero que los depósitos pueden ser de administración privada (art. 207 C. Aduanero), lo que sucede en la mayoría de los casos hoy en día, el concesionario o permisionario prevé en su ecuación económica, que en los casos de rezago, cobrará su tarifa de almacenaje luego de satisfecho el crédito aduanero.

75) Luego de la satisfacción de los créditos aduaneros deberán, entonces, satisfacerse los gastos de guarda y conservación de la mercadería (arg. arts. 3892 y 3901 del C. Civil antes citados y sus notas), entre ellos los de manipuleo y almacenamiento pues, sin ese aporte, la cosa pudo haber perecido o disminuido su valor. Otros de los gastos que deberán satisfacerse antes de entregar al remanente al propietario, son los de subasta, especialmente los gastos y honorarios del martillero o de la entidad que cumpliera sus funciones.

76) En cuanto al eventual derecho de retención que le puede caber al depositario conforme a los arts. 2218 C. Civil o 129 C. de Comercio)⁵², ellos se rigen, en cuanto al depositario, por el derecho común y en cuanto a la aduana por su relación de derecho administrativo como permisionario o concesionario, según el caso⁵³.

VI. MERCADERÍA QUE SE ENCUENTRA EN ZONA SECUNDARIA ADUANERA.

VI.1. Mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentra “in bonis”

77) Si la mercadería del deudor, garante o responsable del pago del crédito aduanero, que no se encuentra en concurso o quiebra, ha sido librada a plaza e introducida en la zona secundaria del territorio aduanero, escapa del privilegio y del derecho de retención de la aduana, siendo aplicables – como dice el propio art. 997 –, “*los demás privilegios y preferencias que las leyes acuerdan al fisco*”.

78) Los privilegios del fisco previstos en el Código Civil, que abarcan los aduaneros, se encuentran principalmente en los arts. 3879 inciso 2º⁵⁴, 3880 inciso 5º del Código Civil⁵⁵ y 494 inc. 1º de la Ley de Navegación⁵⁶.

79) Si como condición del libramiento, quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería hubiera constituido garantía en los términos de los arts. 453 a 465 del C. Aduanero, la aduana mantendrá su privilegio especial sobre el objeto de la garantía otorgada, por la subrogación real generada con los alcances previstos en el art. 460 del mismo ordenamiento. Éste dispone que los

52. A diferencia del Art. 219 del C. de Comercio que admite el derecho de retención por la “retribución estipulada”, el Art. 2218 del C. Civil sólo reconoce derecho de retención “por razón del depósito”, descartando la remuneración o los perjuicios que se le hubiesen causado. Ello se debe a que mientras en el primer caso el depósito es oneroso (Art. 573 C. de Comercio), en el segundo es gratuito (art., 2183 C. Civil).

53. BARREIRA, Enrique C., obra citada, comentario al art. 207 última parte, Tº II-A, pag. 166.

54. El art. 3879 del Código Civil establece: “*Tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles: 1º Los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores, y los que cause la administración durante el concurso; 2º Los créditos del fisco y de las Municipalidades, por impuestos públicos, directos o indirectos*”.

55. El art. 3880 del Código Civil establece: “*Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, son los siguientes: 1º Los gastos funerarios, hechos según la condición y fortuna del deudor. Estos comprenden, los gastos necesarios para la muerte y entierro del deudor y sufragios de costumbre; los gastos funerarios de los hijos que vivían con él y los del luto de la viuda e hijos, cuando no tengan bienes propios para hacerlo; 2º Los gastos de la última enfermedad durante seis meses; 3º Los salarios de la gente de servicio y de los dependientes, por seis meses, y el de los trabajadores a jornal por tres meses; 4º Los alimentos suministrados al deudor y su familia durante los últimos seis meses. Las épocas designadas en los números anteriores son las que preceden a la muerte, o embargo de los bienes muebles del deudor; 5º Los créditos a favor del Fisco, y de las Municipalidades por impuestos públicos*”.

56. El art. 494 inciso a) de la ley 20.094 establece: “*Tienen privilegio sobre las cosas cargadas:*

a) *Los derechos aduaneros que corresponda pagar en el lugar de la descarga, y los de depósito en zonas fiscales; ...*”.

derechos y privilegios que el servicio aduanero tuviera sobre la mercadería en zona primaria aduanera se transmiten a la garantía otorgada en sustitución de ella y que, para la ejecución de ella, goza de los mismos derechos y privilegios que le corresponden para el cobro de los tributos, multas y accesorios que le dieron origen.

80) Los arts. 3879, inc. 2° y 3880, inc. 5° del Código Civil, reconocen privilegio a los créditos del fisco solamente en relación con los impuestos⁵⁷, entre los cuales deben incluirse los derechos de aduana, pero que no alcanza a las multas⁵⁸.

81) Recordemos que tratándose de privilegios de carácter general la aduana no podrá exigir el pago preferente sobre la mercadería que ya ha sido objeto de embargo por un acreedor de menor rango de preferencia, en la medida en que hubiera otros bienes del deudor disponibles para ejercitarla. En caso de no haberla, recién entonces podrá hacer valer su preferencia, fuere como tercera de mejor derecho o a través de la petición de la quiebra (ver párrafos 14 y 15).

VI.2. Mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentra en estado de quiebra

82) El art. 998 del C. Aduanero excluye de la quiebra del deudor, garante o responsable del pago del crédito, a la mercadería que se hallare en zona primaria aduanera y que se hallare a nombre, por cuenta o fuere de propiedad del deudor, garante o responsable. No es extraño a este principio el hecho de que se la considere virtualmente “fuera del comercio”, mientras no se cumpla con los requisitos exigidos por la ley para que

se autorice su ingreso al mercado interno del territorio aduanero (ver párrafo 36).

83) Por dicha razón tampoco podrían ser objeto de desapoderamiento frente a la quiebra. Este criterio se basa en el precepto de una ley federal que, por su especialidad, prevalece sobre las normas de la ley concursal. No obstante, aun en el caso de que, contra lo que resulta de los pronunciamientos de la Corte Suprema (mencionados mas adelante en el párrafo 85), se considerara que una ley concursal posterior pudiera derogar la regla del Art. 998 del C. Aduanero, deberá tenerse en cuenta que, el Art. 108, inciso 7) de la ley 24.522, excluye del desapoderamiento los bienes excluidos por otras leyes, entre las cuales se encuentra el Código Aduanero. No siendo los bienes existentes en zona primaria aduanera susceptibles de desapoderamiento, tampoco sería exigible la entrega de los bienes sujetos a derecho de retención (Art. 131 de la Ley concursal).

84) Al excluir a la mercadería existente en zona primaria aduanera del procedimiento de la quiebra, la ley refirma la competencia del servicio aduanero para proceder a su ejecución forzada por la vía administrativa prevista en la Sección V, Título II, Capítulos Primero, Tercero y Cuarto⁵⁹ y en art. 1122 del C. Aduanero. Por otra parte (como vimos en el anterior párrafo 61), en el art. 999 del mismo ordenamiento impide que, salvo expresas excepciones, esos trámites sean enervados por medidas de carácter judicial.

85) Este principio regía con anterioridad al Código Aduanero de 1981⁶⁰. No obstante, la Corte Suprema debió reafirmarlo en épocas relativamente recientes⁶¹, expresando que el art. 998 del C. Aduanero, así como los que regulan el pro-

57. Se ha discutido sobre el alcance de la palabra impuesto existente en el art. 3789 inciso 2° del C. Civil. Remitimos al trabajo de MARIANI de VIDAL, Mariana, “*Apuntes sobre privilegios*”, L.L. 137, pag. 942.

58. Acdeel Salas, obra citada, Tomo III, comentario al art. 3879.

59. Se excluye al Capítulo Segundo porque en éste se prevé que la mercadería dejó de ser de propiedad del concursado o fallido y pasó a ser de propiedad del Estado en virtud del comiso o el abandono, salvo que este último se hubiera producido luego de la fecha en que se hubiera producido la cesación de pagos.

60. FERNÁNDEZ, Raymundo, obra citada, Tomo III, pag. 626, § 5326) expresaba en 1941 que “*La Aduana goza por sus derechos cuando los efectos se hallan todavía dentro de la zona de esa repartición, de un privilegio especialísimo y, en consecuencia, rematándolos tiene derecho a deducir del producido lo que le corresponde, depositando sólo el saldo a la orden del juez de la quiebra (Cám. Comercial, 23 de julio de 1928, J.A. 27:1242; G.F. 75:202)*”.

61. CSJN, caso “*Luconi Winograd*” del 23/02/1988 (Fallos 311:157) y caso “*Etim S.A. s/ incidente de bienes ubicados en la Administración General de Puertos*” del 11/04/2000 (Fallos 323:725).

cedimiento de ejecución administrativa de los créditos fiscales en mora (arts. 1122 y subsiguientes), conforman un sistema excepcional de realización de bienes ajeno al régimen de ejecución colectiva previsto en la ley de quiebras. Sostuvo que, existiendo en la zona primaria (definida por el art. 5 del C. Aduanero), mercaderías respecto de las cuales se pudieran ejercer las facultades de retención y ejecución para satisfacer los créditos aduaneros, la situación de la aduana no resulta abarcada por la previsión de la ley de quiebras, sin que deba requerir la verificación judicial. Dejó constancia, sin embargo que, tal como lo prevé el propio art. 998 de ese ordenamiento, si después de ser cubierta la acreencia fiscal, quedare aún sin afectar una parte del precio obtenido en la venta, debe ser integrado al activo del concurso y que, por lo tanto, los jueces pueden disponer las medidas tendientes a obtener la información acerca de la existencia y cuantía de ese remanente en orden a la liberación de los fondos depositados en la proporción que corresponda. Reiteramos aquí la necesidad de que para mantener eficiente este sistema se requiere que la aduana sea diligente en el despacho de oficio (ver párrafo 63 de este trabajo).

86) Si la mercadería no se encontrara en zona “primaria”, sino en zona “secundaria” aduanera la situación variaría. Sería de aplicación la ley de Concursos y Quiebra aplicándose el régimen de los privilegios en ella contemplados, pues de conformidad con el art. 239, primer apartado, de la ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras): *“Existiendo concurso sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en el Capítulo, y conforme a sus disposiciones”*.

87) En dicho ordenamiento, los créditos del servicio aduanero se encuentran en el art. 241 inciso 3, con las limitaciones que contempla el art. 242 en cuanto a intereses. Conforme al art. 243 de dicha ley, los privilegios especiales del art. 241 tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos. De conformidad con el Art. 131, la quiebra suspende el ejercicio del derecho de retención sobre los bienes susceptibles de desapoderamiento, los que entregados al síndico, devienen en privilegio de conformidad con lo expresado en el Art. 241 inciso 5).

VII. CONCLUSIONES

1º) Las facultades otorgadas a la aduana sobre la mercadería en zona primaria aduanera a nombre o por cuenta del deudor, garante o responsable, son exorbitantes a las usuales para cualquier otro acreedor en el ámbito del derecho privado: derecho de preferencia sobre el producido de su venta; derecho de retención; exclusión del régimen de la quiebra de su titular y facultad de ejecución por la propia aduana sin necesidad de intervención judicial.

2º) Es un principio comúnmente aceptado en la legislación aduanera comparada, que las mercaderías que se encuentran depositadas en la zona primaria aduanera, son la garantía del pago de los créditos que la aduana tiene respecto de los deudores, garantes o responsables de créditos aduaneros por tributos y que el pago de las obligaciones tributarias aduaneras debe ser previo al libramiento de esas mercaderías, salvo el caso en que éste se autorizare bajo el régimen de garantía.

3º) Hay una facultad de retención de la aduana sobre dicha mercadería existente en zona aduanera, que permite la tenencia indefinida del objeto por parte del retenedor, limitando el ejercicio de su derecho de propiedad, al impedir al propietario el uso y goce de la cosa.

4º) La aduana es el órgano encargado de determinar si la mercadería que ingresa al territorio aduanero o que sale de él reúne las condiciones y ha cumplido con los requisitos exigibles para ello. Estas condiciones y requisitos no sólo consisten en comprobar que la declaración aduanera del importador es correcta y que la liquidación de los tributos aduaneros está bien determinada y haya sido pagada, sino también en constatar que el ingreso o el egreso no está prohibido o que los otros recaudos exigidos por la autoridad (presentación de licencias, certificados de seguridad, etc.) se han cumplido.

5º) El ingreso de la mercadería a las instalaciones aduaneras (“aduanamiento”), implica colocarla en una situación restrictiva del derecho de propiedad hasta que, culminado el procedimiento del despacho aduanero se produzca su libramiento (“desaduanamiento”).

6º) No cualquier mercadería (de un deudor, garante o responsable de crédito aduanero) que se encuentre en una zona primaria aduanera, está sometida al régimen del derecho de retención y de los privilegios previstos en el art. 997 del C. Aduanero. En el derecho de retención del servicio aduanero, es necesaria la conexidad del crédito aduanero con la mercadería que, encontrándose en zona primaria aduanera, fue presentada ante la aduana por el deudor, garante o responsable que es titular de ella someténdola a un régimen de depósito aduanero, con el fin de destinarla a un operación de importación o de exportación.

7º) Cualquier enajenación realizada por los particulares respecto de la mercadería que se encuentre en las condiciones descriptas en el punto precedente, será “ineficaz” si no está previamente autorizada por el servicio aduanero, siendo “relativamente inenajenable” por depender para ello de una autorización pública. La ausencia de esa autorización la coloca relativamente “fuera del comercio”, lo que arroja importantes consecuencias en relación con su situación ante las ejecuciones judiciales y el eventual concurso o quiebra del titular.

8º) La mercadería puede haber salido de zona primaria y, sin embargo, hallarse igualmente “fuera del comercio” por depender la transferencia de la propiedad, posesión o tenencia, de una previa autorización pública, justificada en razón de los condicionamientos propios de la destinación aduanera escogida (depósito de almacenamiento, importación temporaria, exportación temporaria, ingresada como equipaje, pacotilla o franquicia diplomática; la sujeta a exenciones tributarias o a excepciones a prohibiciones en razón de su destino.

9º) La mora de la aduana en subastar la mercadería puede perjudicar a acreedores particulares, pendientes de esa venta para poder cobrar sus legítimas acreencias por servicios prestados y, sin los cuales, la mercadería no hubiera podido ser subastada. Para ello el interesado puede acu-

dir al Tribunal Fiscal o a la justicia federal, para que éstos ordenen la pronta subasta, brindando un plazo perentorio para que la aduana indique la posible existencia de restricciones o prohibiciones que impidieran su libramiento e informe acerca del importe del crédito aduanero.

10º) Los fondos obtenidos en la venta deben afectarse, en primer lugar al pago de los tributos, las multas si existieran y sus accesorios, porque esas deudas son la causa eficiente de la ejecución. Luego deberán afrontarse las demás erogaciones que se hubieren devengado; esto es, los necesarios para que la ejecución y pago puedan efectivizarse.

11º) En la ley aduanera las expensas de conservación de la cosa pasan a segundo orden de preferencia, pues: a) así lo establece claramente la ley; b) los depósitos aduaneros tienen características de un “depósito necesario”; y c) el depositario solicita su habilitación sabiendo, desde un comienzo, que su actividad consiste en actuar como auxiliar del control de las importaciones y exportaciones y del resguardo de la renta pública, siendo estos los objetivos que justificaron su habilitación como concesionario o depositario.

12º) El fundamento de la norma que determina que la mercadería que se hallare en zona primaria aduanera y que se hallare a nombre, por cuenta o fuere de propiedad del deudor, garante o responsable queda excluida del concurso o la quiebra de cualquiera de ellos, encuentra su fundamento en que hay razones que exceden la meramente crediticia y que se la considera relativamente “fuera del comercio”. Por esta última razón tampoco podría ser objeto de desapoderamiento por la quiebra.

13º) La ley de quiebras excluye del desapoderamiento los bienes del fallido excluidos por otras leyes, entre las cuales se encuentra el Código Aduanero. No siendo los bienes existentes del fallido o concursado existentes en zona primaria aduanera susceptibles de desapoderamiento, tampoco sería exigible la entrega de los bienes sujetos a derecho de retención aduanera