

CAPITULO VII LAS ADUANAS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

Pero cuando el Estado obliga a que los vehículos destinados a territorio aduanero nacional deben arribar a una aduana habilitada para la operación que se pretenda realizar y que los transportes que hayan tomado carga de exportación o de tránsito a zarpar de aduana habilitada para la operación respectiva, se está imponiendo, a su vez, un cometido esencial y la obligación de mantener en perfecto estado de operatividad a las unidades administrativas llamadas a ejercer

los controles establecidos en la legislación aduanera; esos controles, al igual que cualquier otra actividad administrativa, deben realizarse con sujeción a la Constitución, leyes, reglamentos y demás disposiciones legales aplicables que, en su conjunto, constituyen el *bloque de la legalidad*. Para cumplir este o cualquier otro cometido, la administración pública debe desarrollar una actividad dirigida a producir actos jurídicos y a realizar operaciones materiales, ajustándose estrictamente a las reglas de derecho.

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

Las operaciones aduaneras. Carácter jurídico

Mucho se ha hablado y escrito acerca de la importación, la exportación y el tránsito. Quizás la importación sea la operación a la que más atención se le ha dedicado, tanto por constituir la de mayor interés económico, como por ser la que se realiza en mayor número en las aduanas venezolanas. Pero a pesar de la importancia que nadie le niega, son muy pocos los que se han ocupado de observarla a través del lente del derecho administrativo; como resulta obvio, las demás operaciones, menos numerosas e importantes económicamente, apenas si se les han dedicado unas pocas líneas, casi siempre bajo la visión superficial que es propia de la literatura «*hágalo usted mismo*».

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

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

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

1º) Que cada uno de los actos combinados conserve su individualidad íntegra-

mente.

2°) Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efecto jurídico, y;

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

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

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

La sucinta visión del desarrollo de una operación aduanera intentada en el párrafo anterior, se ha realizado con el único propósito de contrastar las fases

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

que la doctrina administrativa reconoce en la formación del procedimiento administrativo y las que se evidencian en una importación, exportación o tránsito aduanero de mercancías.

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

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

Las operaciones aduaneras y la clasificación de los actos administrativos

Conceptualización

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

- *¿Actos simples o complejos?*

Se tiene como simple el acto cuando la voluntad administrativa emana de un solo órgano administrativo; por el contrario, llamaremos complejo a aquellos cuya formulación requiere la intervención de más de un órgano. A título de ejemplo podemos decir que una resolución del Ministro de Hacienda es un acto simple, mientras que una modificación del Arancel de Aduanas es un acto complejo, por cuanto además del Ministro de Hacienda, interviene el Consejo de

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

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

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

Cabe preguntarse: cómo, si el reconocimiento es un acto de simple trámite, ¿Puede recurrirse? En principio, sólo los actos administrativos definitivos son recurribles en vía administrativa; excepcionalmente, sin embargo, se admite que pueda intentarse un recurso administrativo contra un acto de trámite, cuando este acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o

prejuzgue como un acto definitivo, aun cuando en sí no sea un acto definitivo sino de mero trámite (Brewer Carías, 1982). Pero, una vez reformada, la Ley Orgánica de Aduanas autoriza de manera expresa que el reconocimiento pueda ser recurrido «de conformidad con lo establecido en el Título VII de esta Ley», con lo cual queda a criterio del consignatario aceptante o exportador recurrir ante el Ministro o ante el órgano jurisdiccional competente.

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

- *¿Actos reglados o discrecionales?*

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

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

- *Procedimientos autorizatorios*

Los procedimientos autorizatorios son aquellos que se producen cuando un particular solicita de la Administración un acto que le permita realizar una actividad, los cuales concluyen, en definitiva, con un acto autorizatorio: una autorización, un permiso o una licencia. En estos casos, por supuesto, rige el principio de la instancia de parte, no pudiendo la Administración iniciarlos de oficio (Brewer, 1982). Los procedimientos autorizatorios están establecidos para impedir o permitir algo. Este término tan genérico «algo», empleado para definir la noción implica justamente que la misma es de grandes dimensiones, ya que se presenta como el procedimiento que elimina o deja sobrevivir un obstáculo jurí-

dico creado por la norma para que la administración pueda valorar los intereses que juegan en relación con la realización de una actividad, el ejercicio de un derecho o a la producción de determinados efectos jurídicos (Rondón de Sansó, 1983).

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

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

Consecuencias

Advertir que las operaciones aduaneras son procedimientos administrativos, productores de actos administrativos simples, reglados y autorizatorios, emitidos por el jefe de la oficina aduanera, produce consecuencias legales y prácticas cuya discusión no admite dilaciones.

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

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

aduanera, de la misma manera como la institución Ministerio de Hacienda expresa su voluntad a través del órgano *Ministro de Hacienda*.

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

La situación jurídica del jefe de la oficina aduanera, produce importantes consecuencias que resulta prudente comentar. Para empezar, se evidencia que este funcionario es el único capaz de producir actos administrativos definitivos en su respectiva aduana (salvo las multas a los usuarios). Esto trae consigo que sólo los actos de este funcionario son recurribles, puesto que solamente los actos administrativos definitivos pueden serlo en vía administrativa, por disposición del artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual no obsta para que se puedan interponer recursos contra un acto de trámite, cuando éste imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o prejuzgue como un acto definitivo. Brewer (1982) al abordar este tópico, señala que la distinción entre acto definitivo y acto de trámite, tiene importancia, pues sólo pueden ser recurridos en vía administrativa y jurisdiccional, en principio, los actos definitivos, es decir, los actos que pongan fin a un asunto. Por tanto, los recursos tanto administrativos como contencioso-administrativos, no proceden contra el acto de trámite, porque se estima que éste, por ser precisamente de trámite, no resuelve el asunto planteado ante la Administración. Así se establece expresamente en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al indicar que los interesados podrán interponer los recursos administrativos contra todo acto administrativo «que ponga fin a un asunto». Por tanto, son los actos definitivos, que ponen fin a un asunto, los que pueden ser objeto de recurso, tanto administrativo como contencioso-administrativo, y como consecuencia, como principio, los actos de trámite no son recurribles en ninguna vía.

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

En varias oportunidades hemos señalado que la operación aduanera termina con un pronunciamiento de la Administración en cuanto a lo solicitado en la oportunidad de la declaración de las mercancías. Dejando a salvo la peren-

ción, todo procedimiento administrativo termina con un acto administrativo o, en otras palabras, con la manifestación de la voluntad administrativa. Por ello, no es posible admitir que una operación aduanera, que no es más que un procedimiento administrativo instaurado a petición de parte interesada, pueda llegar a su fin de una manera distinta a la señalada por las leyes, jurisprudencia y doctrina administrativas. Lo que si puede suceder en el caso aduanero, y de hecho sucede con cierta frecuencia, es que las mercancías no sean declaradas, en cuyo caso no se inicia la operación aduanera; o bien que, habiéndose realizado la declaración y puesto en marcha el procedimiento administrativo, el interesado no pague los derechos liquidados a su cargo y no llegue a expresarse la voluntad de la administración, con lo que estaríamos frente a la figura de la perención, no ceñida al lapso establecido el artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino al lapso para que se produzca el abandono legal a que se refiere la Ley Orgánica de Aduanas, por cuanto el abandono es la versión aduanera de la perención administrativa, ambos productos de la dejación o desinterés del administrado. También hemos visto que cargamentos cuyo retiro ha sido autorizado, una vez cumplido el trámite respectivo, son abandonados a su suerte en la zona primaria; en estas situaciones el procedimiento administrativo concluyó con el acto autorizatorio, es decir, con la orden de entrega, pero ante la inacción del administrado en el lapso fijado por la Ley, la Administración se ve constreñida a iniciar un nuevo procedimiento administrativo y a expresar una nueva voluntad ante una situación distinta que, en ningún caso, afecta la primera.

Regulación del procedimiento administrativo aduanero

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

El asunto que puede dar lugar a interpretaciones y opiniones disímiles, es el relativo a la publicación y notificación de los actos administrativos. ¿Debe la oficina aduanera notificar a los consignatarios aceptantes y a los exportadores la finalización de la operación aduanera, con las formalidades establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos?. El artículo 2º del Código Civil establece la presunción *iure et de iure* de que todos conocen la ley, al señalar

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

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

El artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ha dado pie a múltiples controversias, aun antes del inicio de su vigencia. Su texto original, fue el siguiente: «En ausencia de un procedimiento expresamente regulado en norma de rango preminente, se seguirá el procedimiento ordinario previsto en este capítulo.» En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 173 de la Constitución y previo acuerdo del Consejo de Ministros, el Presidente de la República se dirigió al Presidente del Congreso Nacional para expresar, entre otras cosas, lo siguiente: La redacción del artículo 47 de la ley sancionada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 106, da a entender que el legislador acogió el criterio de uniformar todos los procedimientos administrativos, salvo aquellos expresamente regulados «en norma de rango preeminente». Esta expresión carece de claridad terminológica, pues tratándose de una Ley Orgánica como lo es la Ley de Procedimientos Administrativos, la norma de rango preeminente sería la Constitución. Si lo que se quiso decir es que deben aplicarse los procedimientos administrativos contenidos en otras leyes orgánicas, el criterio no es el del rango, ya que todas ellas son iguales, sino el criterio de la especialidad. No obstante, debo observar que hay procedimientos administrativos conte-

nidos en leyes ordinarias que, por su especialidad o por sus características propias, deben aplicarse preferentemente a los procedimientos previstos en la ley sancionada por las Cámaras. Piénsese en el procedimiento administrativo de despido de una directiva sindical regulado en la Ley del Trabajo; en el procedimiento de oposición a una patente o marca; en los procedimientos disciplinarios establecidos en la Ley de Carrera Administrativa; y en los procedimientos de reforma agraria. A fin de evitar interpretaciones que puedan conducir a crear confusiones en la Administración Pública y entre los administrados, me permito proponer la siguiente redacción del artículo 47 de la Ley sancionada: «Artículo 47. Los procedimientos administrativos contenidos en leyes y reglamentos especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad.»».

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

Establecidas estas premisas, es fácil deducir que el procedimiento administrativo para la verificación de las operaciones aduaneras, es el que establece la Ley Orgánica de Aduanas y no el procedimiento ordinario a que se refiere el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

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

El derecho a la defensa

El nuevo reconocimiento

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

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

solamente está involucrado el interés de los particulares sino que, de manera preferente, lo está el de la colectividad.

Por lo observado, podemos concluir que la petición de que se realice un nuevo reconocimiento no es un recurso de reconsideración ni de ningún otro tipo, pues además de las circunstancias señaladas, existen otras que ratifican este criterio, a saber: a diferencia de lo que sucede en el recurso de reconsideración, los funcionarios que emiten la nueva decisión, ya ratificando o modificando la anterior, pueden no ser los mismos, aun cuando antes de la reforma de 1998 la Ley obligaba a que fueran otros. Para interponer un recurso de reconsideración, basta que estén presentes las condiciones establecidas en los artículos 85 y 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; no es así con el *nuevo reconocimiento*, que será ordenado, a instancia de parte interesada, únicamente cuando surgieren dudas razonables sobre la exactitud y corrección del primer reconocimiento, a juicio del jefe de la oficina aduanera y previa solicitud razonada del interesado. Existe, pues, un requisito de precalificación que es ajeno a los recursos estatuidos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por lo demás, tal circunstancia, impone a los administrados la obligación de ser muy acuciosos en el planteamiento de las razones que los inducen a considerar que el reconocimiento, cuya repetición solicitan, adoleció de inexactitudes o incorrecciones que aconsejan tal repetición.

Los recursos

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

tos), se aplicarán con preferencia a los previstos en leyes especiales.

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

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

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

Por cuanto los lapsos para recurrir empiezan a correr desde el momento de la notificación del acto administrativo, es lógico afirmar que por ser el tiempo un factor de agotamiento de la vía administrativa que empieza a producir sus efectos apenas hecha la notificación del acto lesivo, en ese mismo momento queda expedita la vía jurisdiccional. Pensar lo contrario sería promover una ociosa pérdida de energía privada y administrativa, al obligar a la introducción de un recurso como paso previo de la interposición del que verdaderamente interesa al administrado. Además, la duplicidad innecesaria de recursos podría producir decisiones contradictorias que siempre es conveniente evitar.

¿Qué solicitan el consignatario aceptante o el exportador a la oficina aduanera? Que una vez realizados los trámites y verificaciones pertinentes, se autorice el ingreso o salida de los efectos. ¿Cuáles pueden ser las respuestas de dicha oficina?: a) Afirmativa sin ningún tipo de objeciones, en cuyo caso no procedería ni sería admisible la interposición de algún recurso, por cuanto no habría

lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos (Ver artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); b) Afirmativa con objeciones, es decir, autorización para realizar lo solicitado, previa satisfacción de las multas correspondientes, y; c) Negativa, resultando decomisadas las mercaderías.

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

Los textos de los artículos 136 y 138 de la Ley Orgánica de Aduanas nos imponen una reflexión: es indudable que los actos de liquidación de contribución o multa deben recurrirse ante el Ministro de Hacienda, por mandato innegable del artículo 136 pero –a su vez– el artículo 138 autoriza al recurrente para que acuda a la vía jurisdiccional antes de que se agote la vía administrativa. ¿Cómo interpretar ambos dispositivos en conjunto? Respuesta: de la forma en que quede mayormente asegurado el derecho a la defensa, pues este derecho es el principio y las limitaciones a su ejercicio lo excepcional; por ende, toda limitación a la defensa que no esté expresamente establecida en texto legal es inexistente y consecuentemente inaplicable. Así pues, si un ciudadano considera que un acto de liquidación de contribución o multa hecha a su cargo lo lesiona, deberá recurrir por vía jerárquica, con lo cual satisfaría la exigencia del artículo 136, pero de inmediato quedaría habilitado para ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente. Por interpretación en contrario del artículo 136, todos los actos aduaneros que no sean de liquidación de contribución o multa pueden recurrirse directamente ante la jurisdicción, máximo cuando el artículo 138 dice que «no es necesario el agotamiento de la vía administrativa».

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

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

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

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

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

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

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

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

Es principio legal que las mercancías que ingresen a la zona aduanera no podrán ser retiradas de ella sino mediante el pago de los impuestos, tasas, *penas*

pecuniarias y demás cantidades legalmente exigibles; este principio de orden general, admite las excepciones «establecidas en esta Ley y en Leyes especiales»; por su parte, el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos preceptúa que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. Así las cosas, nos encontramos con que, en principio, las multas, así como los demás créditos fiscales, deben ser satisfechos de inmediato o dentro del plazo que la ley prevea y, como resulta obvio, antes del retiro de los efectos de la zona aduanera. No podría ser de otra manera, por cuanto la aduana no puede permitir que desaparezca la *prenda legal*, la garantía de que los créditos fiscales serán satisfechos, confiando simplemente en la buena fe del administrado sin que dicha garantía sea, cuando menos, sustituida por otra que revista carácter de depósito bancario, de fianza otorgada por empresa de seguros o compañía bancaria o –excepcionalmente– de otro tipo a juicio del Ministro de Hacienda.

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

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

Pero la misma normativa aduanera abre la posibilidad de que el Ministerio de Hacienda exija o admita garantías distintas a las señaladas, en casos debidamente justificados. Esta apertura permite que el afectado pueda garantizar el monto del crédito fiscal, con garantía real sobre la misma mercancía productora de la controversia, hipoteca, etcétera. Por su parte, la Administración debe, dentro de los límites que le impone la ley y el interés fiscal, facilitar el ejercicio del

derecho constitucional de la defensa, mostrando flexibilidad y buen criterio en el tratamiento de este delicado asunto, que puede ser fuente inagotable de injusticias y desigualdades.