

El decomiso de mercaderías en la ley Antievasión II: una sanción inaplicable por ser inconstitucional.

Por Juan Manuel Álvarez Echagüe¹

Haciendo caso omiso a las críticas provenientes de diversas los colegios profesionales y especialistas, se ha sancionado la Ley Antievasión II a través de la cual se incorporó a la Ley de Procedimiento Tributario nacional la figura del decomiso impositivo.

Esa especie sancionatoria estaba establecida hace un tiempo en algunas legislaciones provinciales tales como Buenos Aires o Salta, aunque con algunos matices diferentes.

La sanción de decomiso o comiso recae sobre los incumplimientos a los deberes formales, específicamente se aplicará a la tenencia y/o transporte, de bienes o mercaderías sin el respaldo documental que exige la AFIP – DGI o cuando, teniendo respaldo documental, el mismo no cumple con las reglamentaciones del Fisco. El comiso de los bienes implica que se pierde la propiedad de los mismos, los que pasan a ser propiedad del Estado quien puede disponer de ellos con fines asistenciales.

El procedimiento de aplicación es a simple vista sencillo. Advertida la presunta comisión de una de esas infracciones, los funcionarios de la AFIP deben convocar a las fuerzas de seguridad del lugar (policía federal, provincial, gendarmería o prefectura) para que adopten algunas de las medidas preventivas que establece la ley: a. interdicción de la mercadería, en cuyo caso el mismo propietario, tenedor o transportista de la mercadería es designado depositario, no pudiendo disponer de esos bienes hasta que se resuelva la procedencia o no del comiso o, b. secuestro de los bienes, en cuyo caso deberá ser la misma fuerza de seguridad o la AFIP designados depositarios. De ello debe dejarse constancia en un acta, la cual irá acompañada de un inventario de la mercadería interdictada o secuestrada suscripto por dos testigos convocados al efecto.

Dentro de los cinco (5) a quince (15) días posteriores debe convocarse al infractor a una audiencia de descargo, aunque en casos de urgencia ese plazo se reduce a cuarenta y ocho (48) horas, aunque en ningún caso la norma establece en que supuesto eso debe ser así, pero entendemos que ello sucederá, por ejemplo, cuando se trate de bienes perecederos.

¹ Abogado. Socio del Estudio *ÁLVAREZ ECHAGÜE & CALVO*. E-mail: jmae@aevasoc.com.ar

Celebrada la audiencia, dentro de los dos (2) días debe resolver el juez administrativo, quien puede ordenar el decomiso de la mercadería, decisión que es apelable ante el superior de la AFIP – DGI, quien de decidir confirmar el comiso enviará los bienes al Ministerio de Desarrollo Social para que sean dispuestos de acuerdo a las necesidades sociales.

Puede recurrirse esa medida ante los jueces penales competente (penales tributarios en la capital, juzgados federales en las provincias), decisión que a su vez puede ser revisada por las Cámaras de Apelaciones respectivas, aunque la nueva normativa establece que esta apelación tendrá efecto devolutivo, es decir, no se suspende la ejecución de la medida (se enviarán los bienes al Ministerio), lo cual contraviene elementales principios constitucionales así como lo decidido por la Corte de Justicia nacional en la causa “Lapiduz Enrique c/ DGI s/ amparo”² cuando estableció que el efecto devolutivo en la apelación de la sanción de clausura era inconstitucional.

En realidad, esta nueva sanción (interdicción, secuestro y eventual decomiso), es sumamente cuestionable por diversas cuestiones que seguidamente se señalan en forma sucinta. El Dr. Alberto Abad, Administrador Federal de Ingresos Públicos, ha dicho al informar a los legisladores sobre el proyecto de ley que hay “...*algunas cadenas delictivas que queremos combatir...es sabido que hay una gran cantidad de organizaciones, comúnmente denominadas piratas del asfalto, que roban camiones, contendores y después los comercializan*”, para luego agregar que, “*Repito, aquí no estamos hablando de evasión ni de elusión, sino directamente de delitos*”. Es claro que la idea es combatir delitos comunes, como los que cometen los piratas del asfalto. Por eso mismo el decomiso es una facultad que no puede ser utilizada por el Fisco, ya que no tiene competencia para combatir esa clase de ilícitos ordinarios. Su objetivo es recaudar, combatir la evasión y evitar la elusión. Como hemos dicho antes, y tal como surge de la norma, las medidas preventivas de interdicción o secuestro sólo pueden ser adoptadas por las fuerzas de seguridad, lo cual es evidente, pues son las únicas a quienes el Código Procesal Penal asigna esas facultades. Nunca podrían ser tomadas por los funcionarios de la AFIP. Lo que deben hacer estos funcionarios es, una vez detectada la presunta comisión de un delito ponerlo en conocimiento de las fuerzas de seguridad para que actúen en consecuencia.

Además, la sanción de decomiso tampoco supera el test de proporcionalidad, pues es una pena que no guarda relación razonable con la infracción cometida, pues un simple error en la facturación o confección de un remito o guía puede acarrear que

² Sentencia del 28/4/98, Fallos: 321:1043.

al infractor se le decomise la mercadería, lo cual claramente vulnera el principio constitucional de proporcionalidad de las penas.

Pero no sólo ello, sino que se ha desnaturalizado la figura del decomiso, ya que siempre ha consistido en una pena accesoria de otra principal, como es el caso del art. 23 del Código Penal, donde se autoriza a comisar los objetos con los que se cometió un delito, por ejemplo, el arma con la que se asesinó a una persona. Es decir, el decomiso opera en esos casos como sanción accesoria de la pena prisión. En el supuesto que analizamos el decomiso impositivo ha sido pensado como una pena principal, lo cual vulnera su naturaleza jurídica.

Las nuevas figuras de interdicción, secuestro y decomiso de mercadería, luego de un repaso rápido de las mismas, son objeto de críticas severas que entendemos hacen que las mismas sean inaplicables.

Tal cual aconteció con otros instrumentos sancionadores, por ejemplo con la clausura preventiva del artículo 35 inc. e) de la ley 11.683, entendemos que el decomiso impositivo y las medidas previas (interdicción o secuestro) serán letra muerta, pues en la Administración Tributaria privará la cordura, al final del camino, entendiendo que la efectivización de estas medidas generará más problemas que beneficios directos en el combate contra la evasión, pues será sin duda alguna el origen de miles de juicios contra el Estado.

Sin perjuicio de ello, y siendo tal vez el objetivo central de la incorporación de estas figuras en la Ley de Procedimiento Tributario, el Fisco nacional utilizará estas nuevas herramientas a lo largo de cuatro (4), cinco (5) o seis (6) meses para atemorizar a la ciudadanía, pues en definitiva no encontramos otro sentido a todo este fárrago normativo. Y ello surge de los propios dichos del Administrador Federal quien espera “**...que se genere una percepción de riesgo**”.

Sería positivo que de una buena vez la AFIP se dedique a recaudar con mayor efectividad y a combatir la evasión, para lo cual no necesita recurrir a nuevos e inconstitucionales sanciones, sino simplemente optimizar el uso de aquellos con los que siempre ha contado.