

I. MATERIA:

Se consulta si el reconocimiento físico obligatorio sobre las sustancias agotadoras de la capa de ozono y las mercancías que las contienen establecido por la Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM resulta aplicable teniendo en cuenta que el artículo 224° del Reglamento de la Ley General de Aduanas ha establecido que en el despacho de mercancías restringidas se aplicará la asignación de canal de control en base a un sistema de gestión de riesgo.

II. BASE LEGAL:

- Decreto Legislativo N.º 1053, aprueba la Ley General de Aduanas y sus modificatorias (en adelante LGA).
- Decreto Legislativo N.º 1036 que establece los alcances de la Ventanilla Única de Comercio Exterior.
- Decreto Supremo N.º 010-2009-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley General de Aduanas y sus modificatorias (en adelante RLGA).
- Decreto Supremo N.º 135-99-EF y sus normas modificatorias, aprueba el Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante Código Tributario).
- Decreto Supremo N° 033-2000-ITINCI y sus modificatorias, que establece disposiciones para la aplicación del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.
- Decreto Supremo N° 115-2002-PCM: Aprueban el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y sus modificatorias, en adelante ROF de la SUNAT.
- Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM que precisa los alcances del D.S. N° 033-2000-ITINCI, que estableció disposiciones para la aplicación del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.

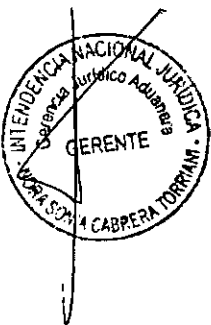
III. ANÁLISIS:

Respecto de la consulta formulada, debemos indicar que el Decreto Supremo N° 033-2000-ITINCI, aprobado con el objeto de controlar la reducción progresiva del ingreso, comercialización y uso de las sustancias agotadoras de la capa de ozono (en adelante SAO), estableció en su artículo 15° que el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI), estaba facultado para dictar las disposiciones complementarias que fueran necesarias para el mejor cumplimiento de dicha norma.

En ese contexto, se emitió la Resolución Ministerial N° 277-2011-ITINCI/DM la cual estableció en sus artículos 5° y 6° que las mercancías que contenían SAO requerían de un permiso de importación expedido por la Oficina Técnica de Ozono (OTO-Perú) para poder ingresar al país, es decir, tenían la calidad de mercancías restringidas¹ y en su artículo 7° se estableció para ellas la obligatoriedad del reconocimiento físico².

¹ La definición de mercancías restringidas se encuentra establecida en el artículo 2° del Decreto Supremo N.º 021-2008-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28905 – Ley de Facilitación del Despacho de Mercancías Donadas Provenientes del Exterior, en los siguientes términos: "b) **Mercancías Restringidas:** Aquellas mercancías que para su ingreso o salida del país requieren del cumplimiento de requisitos establecidos en la legislación pertinente, como pueden ser: autorizaciones, permisos, certificados, declaración jurada".

² Resolución Ministerial N° 277-2011-ITINCI/D: **Artículo 7°.**- "Las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (SAO), así como los equipos de refrigeración y congelamiento, otros equipos de producción de frío y aire acondicionado, nuevos o usados, están sujetos a **reconocimiento físico obligatorio**, en el que se verificará principalmente lo siguiente:



Respecto de esta obligatoriedad dispuesta en la Resolución Ministerial N° 277-2011-ITINCI/DM, debemos señalar que la misma se encontraba en concordancia con el texto original del artículo 163° de la LGA según el cual "Para el control durante el despacho, la Administración Aduanera determina mediante técnicas de gestión de riesgo los porcentajes de reconocimiento físico de las mercancías destinadas a los regímenes aduaneros", pudiendo fluctuar dicho porcentaje entre el cuatro por ciento (4%) y el quince por ciento (15%) de las declaraciones numeradas, precisándose a continuación que "para el cálculo del porcentaje no se incluirán las declaraciones que amparen mercancías cuyo **reconocimiento físico sea obligatorio de acuerdo a lo señalado por disposiciones específicas**"³.

En forma concordante con lo dispuesto en la LGA, el inciso a) del artículo 224° de su Reglamento señalaba que se encontraban incluidas en el porcentaje establecido en el artículo 163° de la Ley, aquellas mercancías cuyo reconocimiento físico se disponga por la normatividad específica.

Dentro del marco legal antes mencionado, resultaba meridianamente claro que si bien las disposiciones aduaneras que regulan el control asignado a las mercancías que ingresan o salen del territorio aduanero, establecen que el reconocimiento físico es selectivo en base a análisis de riesgo, también admitían que por norma especial se incluyeran en dicho control a otras mercancías, las mismas que no entrarían en los porcentajes establecidos para reconocimiento físico.

Sin embargo, con las modificaciones dispuestas por el Decreto Legislativo N° 1109 y el Decreto Supremo N° 245-2013-EF a la LGA y su Reglamento respectivamente, el último párrafo del actual artículo 163° de la LGA señala respecto a las mercancías restringidas que "...la selección a reconocimiento físico se realiza en base a la gestión de riesgo efectuada por la Administración Aduanera, en coordinación con los sectores competentes", lo mismo que es también recogido en el último párrafo del inciso a) del artículo 224° del RLGA, precisándose adicionalmente que cuando por disposición del sector competente se establezca la obligatoriedad de efectuar la inspección o verificación física de las mercancías restringidas previo a su levante, y esa mercancía no haya sido seleccionada a reconocimiento físico, dicha inspección será efectuada por el representante del sector, quien podrá requerir la presencia del funcionario aduanero en caso detecte el incumplimiento de la normativa aduanera o del sector competente.

Bajo ese marco legal, tenemos que por disposición expresa del texto actual de los artículos 163° de la LGA y 224° de su Reglamento, las mercancías restringidas pasan a encontrarse bajo el sistema de gestión de riesgo para ser seleccionadas o no a reconocimiento físico y dejan de estar excluidas de los porcentajes máximos y mínimos establecidos por el mencionado artículo 163° de la Ley para tal fin.

En tal sentido, siendo que las mercancías que contienen SAO requieren para su ingreso al país de la presentación del permiso correspondiente del Ministerio de la Producción⁴

a) Las SAO en estado puro o en mezclas, deben presentarse en envases herméticos y debidamente rotulados, con indicación clara y legible en idioma español consignando los siguientes datos:

- Nombre comercial y técnico.
- País de origen.
- Nombre de la empresa fabricante.

b) Los equipos de refrigeración y congelamiento, otros equipos de producción de frío y aire acondicionado, deben estar en embalajes que contendrán en un lugar visible y en forma clara y legible los datos de la fecha de fabricación, nombre técnico, la sustancia refrigerante con la cual opera y el agente de inflado que se utilizó para la elaboración de su espuma aislante.

En ambos casos, cuando se omitan los datos exigidos se denegará el ingreso al país".

³ Resaltado nuestro.

⁴ Actualmente expedido por la Dirección de Asuntos Ambientales del Ministerio de la Producción (PRODUCE), de conformidad con el literal l) del artículo 113° del Reglamento de Organización y Funciones de PRODUCE, aprobado por Resolución Ministerial 343-2012-PRODUCE.



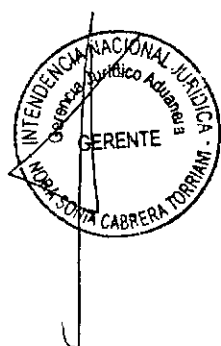
constituyendo por tanto mercancías restringidas, en aplicación de las normas antes mencionadas, la importación de las mismas sólo se encontrará sujeta a reconocimiento físico, en aquellos casos en los que en base a los indicadores de riesgo establecidos entre SUNAT y el sector competente, se determinen que son riesgosas.

Cabe relevar al respecto, que de acuerdo a lo dispuesto por la Disposición Complementaria Final Única del Decreto Legislativo N° 1109, dentro del plazo máximo de 90 días calendario desde su vigencia, la SUNAT debía coordinar con los sectores competentes que han emitido normativa específica sobre selección obligatoria a reconocimiento físico de mercancías restringidas a fin de que adecuen su normativa a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 163° de la Ley General de Aduanas, adecuación que a la fecha aún no se ha efectuado.

En este orden de ideas, se presenta actualmente un aparente conflicto entre lo dispuesto por los artículos 163° de la LGA y 224° de su Reglamento (norma general de mayor jerarquía –posterior) y lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM en relación a la obligatoriedad del reconocimiento físico de las mercancías que contienen SAO (norma especial de menor jerarquía-anterior), antinomia que como señala *Bobbio*⁵, no tiene una regla general consolidada en la doctrina que la resuelva.

No obstante ello, revisando el criterio de especialidad, tenemos que si bien respecto al ingreso de SAO al país el sector competente es el Ministerio de la Producción (a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales-antes la Oficina Técnica de Ozono), su competencia es para otorgar los permisos, autorizaciones, licencias y registros u otros documentos similares para el ingreso al país de mercancías restringidas⁶, teniendo facultades para establecer regulaciones respecto a la validez y uso de estos documentos como requisitos para el despacho de importaciones; sin embargo, no ocurre lo propio respecto de la asignación del tipo de control al que serán sometidas las mercancías para su despacho aduanero, ya que esa resulta ser competencia o facultad natural de las administraciones aduaneras en ejercicio de la potestad aduanera, por lo que en este caso, somos de opinión que lo señalado por la Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM en relación al reconocimiento físico, no constituye norma especial primando en esa situación específica el principio de prevalencia de la norma de mayor jerarquía (*lex superior derogat lex inferiorem*), así como el de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior (*lex posteriori derogat lex priori*)⁷.

De acuerdo a lo antes señalado, tenemos entonces que siendo la Ley General de Aduanas y su Reglamento, normas posteriores de mayor jerarquía que la Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM, prima lo dispuesto en ellas en relación al reconocimiento físico teniendo en cuenta que la mencionada Resolución fue emitida dentro de un marco legal diferente al actualmente vigente según se ha señalado en los párrafos precedentes.



⁵ Como señala *Bobbio* "la gravedad del conflicto se deriva del hecho que están en juego dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico: el de respeto al ordenamiento que exige el respeto a la jerarquía y por consiguiente al criterio de la superioridad, y el de la justicia, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales, así como el respeto al criterio de especialidad. Teóricamente debería prevalecer el criterio jerárquico, ya que si se admite el principio de una ley ordinaria especial puede derogar los principios constitucionales, que son normas generalísimas, los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico estarían condenados a perder todo contenido". "Pero, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial" (En "Teoría General del derecho". Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 204).

⁶ Según la definición establecida en el artículo 2° del *Decreto Supremo N.° 021-2008-EF* que aprueba el Reglamento de la Ley N.° 28905 – Ley de Facilitación del Despacho de Mercancías Donadas Provenientes del Exterior.

⁷ Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la *Sentencia 00025-2010-PI/TC*, la inaplicación de una ley por ser contraria a la Constitución es una competencia que sólo pueden ejercer los jueces (artículo 138°) pero la competencia para "inaplicar" una norma reglamentaria (como sería un decreto supremo o una resolución ministerial de alcance general) que se opone a la ley, puede efectuarse tanto por los jueces como por la propia administración.

No obstante lo antes mencionado, siendo que la Resolución Ministerial N° 277-2011-ITINCI/DM, constituye una disposición vigente del sector competente que establece la obligatoriedad de efectuar el reconocimiento físico de las mercancías que contienen SAO previo a su levante, ese reconocimiento físico debe ser entendido bajo el marco legal vigente como la facultad del sector de inspeccionar o verificar físicamente ese tipo de mercancías⁸, por lo que en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 224° del Reglamento de la LGA, cuando las mercancías que contengan ese tipo de sustancias no hayan sido seleccionadas a reconocimiento físico, esa inspección deberá ser llevada a cabo por el representante del sector y en caso éste lo requiera, con presencia del funcionario aduanero; sin embargo, esa verificación sólo constituirá un reconocimiento físico aduanero afectando el porcentaje establecido por el artículo 163° de la LGA, cuando la mercancía haya sido seleccionada a ese tipo de control por el sistema de gestión de riesgo.

De esa forma, bajo el nuevo contexto legal, se distingue entre el reconocimiento físico que efectúa el funcionario aduanero y la verificación física del sector competente (a cargo de la Dirección General de Asuntos Ambientales de PRODUCE), las cuales solo coincidirán cuando la mercancía restringida sea asignada a control con reconocimiento físico (canal rojo), para lo cual el propio sector, de conformidad con el artículo 224° del RLGA, deberá remitir sus indicadores de riesgo.


Sin perjuicio de lo señalado, conforme a las normas en mención y al artículo 62° del ROF, corresponde a la Intendencia Nacional de Prevención del Contrabando, control fronterizo y fiscalización Aduanera INPCFA, a través de su División de Gestión de Riesgos Aduaneros en coordinación con el sector competente, el análisis de los indicadores de riesgo para la asignación del canal de control de las mercancías restringidas (incluidas las que contienen SAO), correspondiendo a esa unidad organizacional la determinación del porcentaje de mercancías restringidas a reconocer físicamente considerando los porcentajes establecidos por el artículo 163° de la LGA (un mínimo de 4% y un máximo de 15%), por lo que sólo se podría mantener un nivel de reconocimiento físico de 100% de las SAO, si dichas declaraciones sumadas a las demás seleccionadas a ese tipo de control, no excedan el tope máximo antes mencionado.

IV. CONCLUSION:

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163° de la LGA y el artículo 224° de su Reglamento, modificados por Decreto Legislativo 1109 y Decreto Supremo 245-2013-EF respectivamente, corresponderá a la Administración Aduanera, en base a los indicadores de riesgo evaluados por la INPCFA y los remitidos por el sector competente, determinar el porcentaje de mercancías que contienen SAO que serán asignadas a reconocimiento físico.

Callao,

24 OCT. 2013


NORA SONIA CABRERA TORRIANI
Gerente Jurídica Aduanero
INTENDENCIA NACIONAL JURÍDICA

⁸ Debe señalarse que si bien la Resolución Ministerial que regula el ingreso al país de las SAO utiliza el término "Reconocimiento Físico" obligatorio ello no lo distingue de la verificación física a la que alude el mencionado artículo 224°, teniendo en cuenta que conforme el artículo 2° de la LGA el Reconocimiento Físico es la "Operación que consiste en verificar lo declarado", por lo que el término verificación que contiene la modificatoria del RLGA también incluye la diligencia a cargo de PRODUCE.

MEMORÁNDUM N.° 430-2013-SUNAT/4B4000

A : **LUIS SANDOVAL AGUILAR**
Gerente de Investigaciones Aduaneras

DE : **SONIA CABRERA TORRIANI**
Gerente Jurídico Aduanero

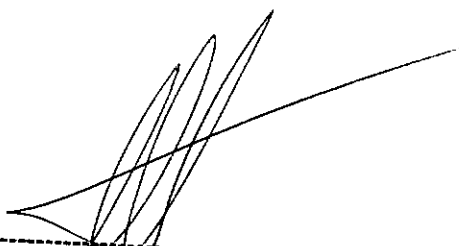
ASUNTO : Reconocimiento físico de mercancías que contienen sustancias agotadoras de la Capa de Ozono

REFERENCIA: Memorando Electrónico N.° 00042-2013-3X2000

FECHA : Callao, 24 OCT. 2013

Me dirijo a usted en relación al documento de la referencia, mediante el cual se consulta sobre el porcentaje de reconocimiento físico que corresponde asignar a las mercancías que contienen sustancias agotadoras de la capa de ozono teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 224° del Reglamento de la Ley General de Aduanas, modificado por Decreto Supremo 245-2013-EF.

Al respecto, le remitimos el Informe N.° 198-2013-SUNAT-4B4000 que absuelve vuestra consulta, para las acciones y fines que estime convenientes.
Atentamente,



NORA SONIA CABRERA TORRIANI
Gerente Jurídico Aduanero
INTENDENCIA NACIONAL JURÍDICA