

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA**

**NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS IDEAS**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**Dr. Luís Claudio Cervantes Liñán**



**DOCTORADO EN DERECHO**

**TESIS**

**LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL VENCIMIENTO DE LOS PLAZOS DE  
PERMANENCIA DE LAS ACTAS DE LA UNIÓN POSTAL UNIVERSAL Y LA  
VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL SERVICIO POSTAL**

**PRESENTADO POR :**

**NILDA ROXANA RODRÍGUEZ GALINDO**

**Para optar el grado de DOCTOR EN DERECHO**

**ASESORA DE TESIS : DRA. GIOVANNA VASQUEZ-CAICEDO PEREZ**

**2017**

**A mis padres y a mi familia en general**

**Mi agradecimiento a los profesores del Doctorado que de una u otra  
manera han contribuido con mi desarrollo profesional**

## INDICE

Resumen  
Abstract  
Introducción

### CAPITULO I

#### FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA INVESTIGACION

1.1.Marco Histórico .....	1
1.2.Marco Filosófico .....	7
1.3.Marco Teórico .....	12
<b>1.3.1. La obligación tributaria en general .....</b>	<b>12</b>
1.3.1.1. La hipótesis de incidencia .....	12
1.3.1.2. Aspectos de la hipótesis de incidencia o del hecho imponible (hipótesis legal tributaria condicionante).....	14
1.3.1.3. El hecho imponible .....	19
1.3.1.4. La relación jurídica tributaria .....	21
1.3.1.5. Nacimiento de la obligación tributaria .....	25
1.3.1.6. Extinción de la obligación tributaria .....	27
<b>1.3.2. La obligación tributaria aduanera en el régimen de importación según la legislación aduanera peruana.....</b>	<b>30</b>
1.3.2.1. El régimen de importación según la Ley General de Aduanas .....	30
1.3.2.2. Nacimiento de la obligación tributaria aduanera .....	31
1.3.2.3. Plazo de destinación aduanera .....	34
1.3.2.4. Sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera.....	35
1.3.2.5. La operación de reembarque y su vinculación con el tratamiento de mercancías solicitadas a destinación aduanera.....	38
1.3.2.6. Extinción de la obligación tributaria aduanera.....	39
1.3.2.7. El abandono legal .....	40
1.3.2.8. Efectos jurídicos del nacimiento de la obligación tributaria aduanera en el régimen de importación.....	41
<b>1.3.3. La Unión Postal Universal y las disposiciones de sus Actas vinculadas con el tratamiento de los envíos postales en el país de origen y en el país de destino.....</b>	<b>42</b>
1.3.3.1. La Unión Postal Universal (UPU) .....	42
1.3.3.2. Las Actas de la Unión Postal Universal .....	43

1.3.3.3. El principio de pertenencia en el marco del Convenio Postal Universal.....	45
1.3.3.4. Clasificación de los envíos según el Convenio Postal Universal.....	47
1.3.3.5. Condiciones y requisitos establecidos en el país de origen para la prestación del servicio postal internacional.....	49
1.3.3.6. Plazo de permanencia o conservación de los envíos postales en el país de destino .....	54
1.3.3.7. Efectos jurídicos del vencimiento del plazo de permanencia o conservación en el país de destino .....	56
1.3.3.8. Facultad del expedidor y del destinatario sobre el envío objeto de depósito.....	57
1.3.3.9. Obligaciones de la Administración Postal de destino con relación a los envíos no entregados o no distribuidos a los destinatarios.....	58
<b>1.3.4. Las Actas de la UPU frente al derecho interno de un país .....</b>	<b>60</b>
1.3.4.1. Los tratados internacionales frente al Derecho interno de un país.....	60
1.3.4.2. Formulación de reservas a los tratados internacionales .....	63
1.3.4.3. Las Actas de la UPU y su integración en el Derecho interno de un país .....	64
1.3.4.4. El Convenio Postal Universal y su integración en el ordenamiento interno peruano.....	66
<b>1.3.5. Marco normativo postal y aduanero vinculado con el tratamiento de los envíos postales en el Perú.....</b>	<b>67</b>
1.3.5.1. Norma marco que regula la prestación del servicio postal en el Perú.....	67
1.3.5.2. La legislación aduanera en el tratamiento de envíos conducidos por los concesionarios postales .....	70
1.3.5.3. Marco normativo aduanero y postal de los envíos postales de llegada o importación conducidos por los operadores postales privados.....	72
1.3.5.4. Marco normativo aduanero y postal de los envíos postales de llegada o importación conducidos por la Administración Postal peruana.....	73
<b>1.3.6. La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes Muebles o mercaderías en el marco del Derecho Civil.....</b>	<b>77</b>
1.3.6.1. El contrato de compraventa .....	77
1.3.6.2. Características del contrato de compraventa.....	79

1.3.6.3. La compraventa según los principales sistemas de transferencia de propiedad .....	81
<b>1.3.7. El Contrato de Compraventa internacional en el marco de la Convención de Viena de 1980.....</b>	<b>86</b>
1.3.7.1. Ámbito de aplicación del Convenio .....	86
1.3.7.2. Perfeccionamiento del contrato de compraventa .....	93
1.3.7.3. Obligaciones del vendedor vinculadas con la entrega de las mercaderías y la transmisión de la propiedad.....	94
1.3.7.4. Obligaciones del comprador vinculadas con la recepción de las mercaderías.....	103
1.3.7.5. Transmisión del riesgo .....	108
<b>1.3.8. Análisis sobre el tratamiento normativo aplicable a un envío postal objeto de compraventa internacional con trámite de nacionalización no concluida.....</b>	<b>117</b>
1.3.8.1. Análisis sobre la norma aplicable a los envíos postales con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro del plazo de permanencia de la UPU .....	117
1.3.8.2. Análisis relativo al derecho del consignatario sobre la propiedad de la mercadería o envío postal desde el punto de vista de la Convención de Viena de 1980.....	121
<b>1.3.9. Propuesta de reforma normativa .....</b>	<b>127</b>
1.3.9.1. Propuesta para la formulación de una reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal .....	127
1.3.9.2. Disposiciones establecidas por la Unión Postal Universal para la formulación de reservar al Convenio Postal Universal.....	135
1.4. Investigaciones .....	138
1.5. Marco conceptual.....	139

## **CAPITULO II**

### **EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPOTESIS Y VARIABLES**

2.1. Planteamiento del problema .....	144
2.1.1. Descripción de la realidad problemática .....	144
2.1.2. Antecedentes Teóricos (resumen de marco teórico) .....	146
2.1.3. Definición del Problema .....	149
2.2. Finalidad y Objetivos de la Investigación .....	149
2.2.1. Finalidad.....	149

2.2.2. Objetivo General y Específicos.....	150
2.2.3. Delimitación del estudio.....	150
2.2.4. Justificación e importancia del estudio .....	151
2.3. Hipótesis y variables .....	151
2.3.1. Supuestos teóricos (Enunciados de carácter general que sustentan las hipótesis) .....	151
2.3.2. Hipótesis principal y específicas.....	155
2.3.3. Variables e indicadores .....	155
<b>CAPITULO III</b>	
<b>METODO, TECNICA E INSTRUMENTOS</b>	
3.1. Población y muestra .....	157
3.2. Diseño utilizado en el estudio .....	157
3.3. Técnica e Instrumentos de Recolección de Datos.....	159
3.4. Procesamiento de Datos.....	159
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>ANALISIS Y DISCUSION DE RESULTADOS.....</b>	<b>161</b>
<b>CAPITULO V</b>	
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	
5.1. Conclusiones (Relativas a las hipótesis de estudio).....	167
5.2. Recomendaciones (Relativas a las posibles aplicaciones que se pudieran dar a los resultados del estudio).....	170
Bibliografía.....	172

## RESUMEN

La primera cuestión planteada en la presente tesis, está orientada a determinar si procede o no la devolución al país de origen de un envío objeto de compraventa internacional, con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro del plazo de conservación previsto en las Actas de la Unión Postal Universal; ya que por un lado, el artículo 5 del Convenio Postal Universal establece la devolución (reembarque) del envío al país de origen cuando éste no haya sido entregado al destinatario (consignatario) por cualquier motivo, y por otro lado, el literal b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas de nuestro país establece que procede el abandono legal de la mercancía en caso de que no se concluya con el trámite de nacionalización del envío.

En el supuesto que se aplique el artículo 5 del Convenio Postal Universal, la segunda cuestión planteada está orientada a determinar, si la devolución del envío postal al país de origen por parte de la Administración Postal peruana (SERPOST S.A.), sin la autorización del destinatario (consignatario), vulnera o no el derecho de propiedad de este último sobre el envío postal objeto de compraventa internacional.

**El objetivo general** del trabajo de investigación fue determinar si se está dando un tratamiento normativo adecuado a los envíos con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro de los plazos de conservación de las Actas de la Unión Postal Universal.

**El tipo de investigación** fue explicativa

**El método y diseño** de investigación fue cualitativa.

**Los instrumentos** utilizados han sido de carácter documental o documentario.

**Los resultados o la conclusión** a la que se ha llegado han permitido determinar que el artículo 5 del Convenio Postal Universal que establece la devolución del envío al país de origen, efectivamente sí vulnera el derecho de propiedad que pueda adquirir el comprador (destinatario o consignatario) como efecto de la celebración del contrato de compraventa internacional con el vendedor (expedidor, embarcador o remitente).

**Palabras clave :** efectos de los plazos de permanencia de las Actas de la UPU, devolución al país de origen, abandono legal, derecho de propiedad, vulneración de un derecho.

## ABSTRACT

The first question raised in this thesis, is aimed at determining whether or not the return to the country of origin of a shipment subject to international sale, with nationalization procedure initiated but not completed within the period of conservation provided in the Acts of the Universal Postal Union; since on the one hand, Article 5 of the Universal Postal Convention establishes the return of the shipment (re-shipment) to the country of origin when it has not been delivered to the recipient (consignee) for any reason, and on the other hand, letter b) of the Article 178 of the General Law of Customs of our country establishes that the legal abandonment of the merchandise proceeds in case it is not concluded with the procedure of nationalization of the shipment.

In the event that Article 5 of the Universal Postal Convention is applied, the second issue is aimed to determine, whether the return of the postal shipment to the country of origin by the Peruvian Postal Administration (SERPOST SA), without the authorization of the recipient (consignee), violates or not the property right of the latter on the postal item subject to international sale.

**The main objective** of the study is to determine if an adequate normative treatment is being given to the shipments with process of nationalization procedure started but not completed within the time-limits for the conservation periods of the Universal Postal Union Acts.

**The type of investigation** was explanatory

**The research method and design** was qualitative.

**The instruments** used have been documents

**The results or the conclusion** that has been reached have allowed to determine that Article 5 of the Universal Postal Convention that establishes the return of the shipment to the country of origin, does indeed violate the property right that may be acquired by the buyer (consignee or consignee) as an effect of the conclusion of the international sales contract with the seller (shipper, shipper or sender).

**Key words:** effects of the terms of permanence of the Acts of the UPU, return to the country of origin, legal abandonment, right of property, violation of a right.

## INTRODUCCION

En nuestro país se ha analizado con poca profundidad lo relativo al ámbito de aplicación del Convenio Postal Universal y sus efectos frente a la legislación interna de nuestro país, entre ellas la legislación aduanera.

El desconocimiento a que se hace referencia en el párrafo precedente ha originado que en ocasiones se aprueben normas que contravengan las disposiciones del Convenio Postal Universal, asimismo se ha dado el caso que se aprueben normas que impliquen la aplicación de las disposiciones del Convenio Postal Universal a sujetos no comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicho Convenio. La aprobación de normas internas en esas condiciones ha originado entre otros aspectos, problemas en el desarrollo normal de la prestación del servicio postal internacional y/o cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio Postal Internacional por parte de la Administración Postal peruana.

El desconocimiento o la falta de análisis de las Actas de la UPU también puede conllevar a que no se adopten medidas para contrarrestar una posible afectación producida como consecuencia de la aplicación de una disposición de dicho Convenio en nuestro país, uno de los casos vinculados con este punto y que es la primera de las dos cuestiones materia de análisis de la presente tesis, es el relativo a la determinación del tratamiento normativo aplicable a los envíos postales conducidos por la Administración Postal Peruana u operador designado (SERPOST S.A.), con trámite de nacionalización iniciada (solicitadas a consumo) pero no concluida dentro de uno de los plazos de permanencia establecidos en las Actas de la UPU. Aspecto que a su vez se encuentra vinculado con el derecho de pertenencia que atribuye el Convenio Postal Universal a favor del expedidor en tanto el envío postal conducido por una Administración Postal no sea entregado al

destinatario o consignatario en el país de destino (Perú para efectos del caso planteado en la tesis).

En otros términos, la primera cuestión a analizar en la presente tesis, está orientada a determinar, con prescindencia de normas aduaneras distintas de la Ley General de Aduanas, habida cuenta de la problemática inicialmente señalada; si es de aplicación a un envío postal con trámite de nacionalización no concluida, las disposiciones del Convenio Postal Universal o las disposiciones de la Ley General de Aduanas. Disyuntiva a esclarecer, ya que por un lado, el Convenio Postal Universal establece la devolución (reembarque) del envío al país de origen cuando éste no haya sido entregado al destinatario por cualquier motivo, y por otro lado; la Ley General de Aduanas establece por regla general que procede el abandono legal de la mercancía en caso de que no se llegue a concluir con el trámite de nacionalización del envío dentro del plazo de 30 días calendario siguientes a la numeración de la declaración aduanera.

Para la determinación de la normativa aplicable a la primera problemática planteada, se ha optado en primer lugar, a señalar de forma separada, como un estudio preliminar al análisis concreto del caso, los alcances más relevantes de las diferentes ramas del derecho vinculadas con dicha problemática. De ahí que en forma secuencial, en los numerales 1.3.1, 1.3.2, 1.3.3 y 1.3.4 del capítulo I, se tratan aspectos del derecho tributario material (obligación tributaria en general), a las normas aplicables al régimen general de importación según la Ley General de Aduanas (derecho aduanero), a las disposiciones de las Actas de la UPU (derecho postal) y por último al derecho internacional público por tratarse el Convenio Postal Universal de un tratado internacional.

Posteriormente, en el numeral 1.3.5 del capítulo I se señala como una aproximación a la solución de la problemática planteada, la interrelación existente entre las diferentes ramas del derecho antes mencionadas en la

prestación del servicio postal internacional de llegada o importación, para finalmente concluir con el análisis normativo del caso antes señalado (primera cuestión planteada en la descripción del problema materia de tesis) en el numeral 1.3.8.1.

La segunda cuestión planteada en la presente tesis guarda estrecha vinculación con el caso anteriormente mencionado, el cual parte del supuesto (hipótesis) que es de aplicación las disposiciones del Convenio Postal Universal, es decir que corresponde la devolución del envío postal al país de origen no obstante haberse iniciado el trámite de nacionalización por parte del destinatario o consignatario del envío postal.

En vista del desenlace o implicancia de dicha premisa, la segunda cuestión planteada está orientada a determinar si la devolución del envío postal al país de origen por parte de la Administración Postal peruana (SERPOST S.A.), sin la autorización del destinatario, vulnera o no el derecho de propiedad del destinatario sobre el envío postal en el marco de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; tomando en consideración que dicho destinatario en el marco de la legislación aduanera se encontraría en la facultad de concluir con la nacionalización del envío y por ende de disponer del mismo, aun cuando el envío se encuentre en situación de abandono legal.

Es preciso señalar, que para efectos del análisis de la segunda cuestión planteada, el destinatario es una empresa (comprador en la relación jurídica contractual internacional) que tiene como actividad habitual de negocio, la compraventa de mercaderías procedentes del extranjero.

Como preámbulo para abordar esta segunda cuestión se ha hecho referencia, en el numeral 1.3.6 del capítulo I al marco teórico civil vinculado con el contrato de compraventa en general y a los principales sistemas de transferencia de la propiedad, para luego hacer referencia en el capítulo 1.3.7 a

la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías; concluyendo finalmente en el numeral 1.3.8.2 del capítulo I con el análisis específico de las dos cuestiones planteadas en la parte del problema de la tesis.

Conforme se puede observar, a través de esta tesis se busca demostrar por un lado, la incompatibilidad normativa entre lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Postal Universal y el artículo 178, inciso b) de la Ley General de Aduanas, y por otro lado, se busca demostrar hasta que punto el principio de pertenencia preconizado en el Convenio Postal Universal a favor del remitente o expedidor se ajusta o se contrapone a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Es necesario el análisis realizado en el presente trabajo de investigación para efectos de establecer un tratamiento adecuado de los envíos postales y sobre todo está orientado a evitarle un perjuicio a los destinatarios o consignatarios de los envíos materia de compraventa internacional.

Es de precisar, que solo son objeto de análisis de las dos cuestiones antes planteadas, el tratamiento de los envíos postales conteniendo mercancías (pequeños paquetes, encomiendas y envíos EMS - mercadería), en la medida que éstos son susceptibles de ser adquiridos por un consignatario o destinatario de nuestro país, dedicado a la importación de mercancías como una actividad habitual de negocio.

Finalmente, es de mencionar que en las diversas disposiciones de las Actas de la UPU, citadas en la presente tesis, se hace mención al “operador designado”, el cual para efectos de una mejor comprensión de dichas disposiciones, debe entenderse como a la entidad designada ( el correo) del país de origen o del país de destino que está a cargo de la ejecución o cumplimiento de las disposiciones de las Actas de la UPU vinculadas con las operaciones o el tratamiento de los envíos postales. En el caso de nuestro país, conforme se

señala en el punto 1.3.5.1 de la tesis, es SERPOST S.A. (Administración Postal peruana).

# CAPITULO I

## FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA INVESTIGACION

### 1.1 Marco Histórico:

En la medida que el objeto de estudio gira en relación a la vulneración o no del derecho de propiedad, es preciso referirse al marco histórico de dicho derecho subjetivo, enfocándonos para tal efecto en el derecho romano

Se sostiene que originariamente los romanos no habrían conocido la propiedad de forma individual, sino que ellos habrían concebido solo una propiedad colectiva correspondiente a los grupos políticos preexistentes a las *civitas*, vale decir, una propiedad de las tribus, de las gentes,, de las *familiae*. Se señala que posteriormente, habrían tenido relevancia dentro del ordenamiento jurídico romano, las de las *familiae*, centrada en este caso, en la persona del *paterfamilias*. (Volterra,1986)

Antes de Justiniano, los modos de adquirir la propiedad se agrupaban en dos categorías: civiles y naturales.

Los civiles son los que corresponden al *jus civile* en sentido estricto, es decir, los peculiares y privativos del Derecho romano nacional, distinguiéndose todos ellos por su carácter público y solemne. Así la solemnidad se pone de manifiesto en las palabras y actos exigidos para su válida celebración; la publicidad, en la que implicaba la intervención del estado, se encontraba representado unas veces por cinco testigos que correspondían a las cinco clases del pueblo romano y otras por un órgano de la pública autoridad. Los modos civiles de adquirir eran : 1º, *la mancipatio* o venta solemne realizada ante cinco testigos y un "*libripens*", de que es secuela el legado "*per vindicationem*" o legado solemne y directo de propiedad de los

testamentos *mancipatorios*; 2º, *la in jure cessio*, que reviste la forma de una reivindicación imaginaria ante el magistrado; 3º, *la adjudicatio*, asignación de propiedad por ministerio del juez, en los procesos divisorios tramitados con carácter de legítimos; 4º, providencia de la autoridad, en forma de *assignatio*- lo que se producía a través de la concesión de un lote del *ager publicus*- o por medio de subasta pública-*vinditio sub hasta*- ; así se adjudicaba, por ejemplo, el botín de guerra. (Sohm, 1936)

Con respecto a la *mancipatio*, en efecto Fernández de Buján (2007), señala que la misma, como un negocio de carácter formal, es el antecedente del que deriva el efecto perseguido con la compraventa.

El negocio *mancipatorio* llegó a tener un proceso de progresiva transformación en el tiempo. Durante mucho tiempo se trató de una real transmisión *libral*, en la que tenía lugar la entrega de la cosa que se quería transferir y el peso del metal con el que se pagaba su valor. Con el paso del tiempo, ello cambió, el transmitente, entregaba en el mismo momento de ejecución del negocio *mancipatorio* la cosa, comprometiéndose por su parte quien adquiría la cosa, *mancipatio accipiens*, en presencia de testigos presentes, a entregar en otro momento posterior el contravalor de lo que había adquirido (Fernández de Buján, 2007).

Ya al final de la vigencia de la *mancipatio*, ya no era necesaria la entrega efectiva de la cosa por parte del transmitente. Es así que la entrega de la cosa y la transferencia del contravalor, se transforman únicamente en meras obligaciones que, transmitente y adquirente, podían acordar ejecutar o cumplir en un momento posterior o en tiempo diferido (Fernández de Buján, 2007)

Ahora bien con relación a los modos naturales de adquirir, llámense los propios y peculiares del *jus gentium*, no requerían solemnidad ni publicidad de ningún género, concretándose, usualmente, a una simple posesión. Dentro de estos tipos de modos, los más importantes son la tradición y la ocupación. (Sohm, 1966)

Completaban el cuadro general de los modos de adquirir, la usucapión o prescripción adquisitiva, modo civil, habida cuenta que tenían su origen en normas estrictamente romanas.

Con Justiniano, la clásica distinción formal de modos civiles y naturales es sustituida por otra distinción de índole material: la que separa los modos originarios de los derivativos. Así tenemos:

a) Adquisición de la propiedad. Modos derivativos

El modo más usual de adquirir la propiedad tiene lugar cuando la misma se obtiene de un propietario anterior, ello a través de la realización de un acto necesario de transmisión. Así el anterior dueño era el antecesor *jurídico-auctor*, transmitente, de quien el adquirente toma su derecho, en el entendido de que aquél sea propietario. Forma que constituye el principio y razón de ser de las adquisiciones que se llaman “derivativas”.(Sohm, 1966)

En el Derecho Justiniano los modos derivativos de adquirir eran: la tradición, la adjudicación y el legado.

Según Volterra (1986), la *traditio* era el modo de transferencia de la propiedad aplicable únicamente a las *res nec mancipi* y que debía constar de varios elementos para que coexista el acto. Así según el mismo autor, la *traditio* “ consiste en la entrega material o, en general, en la puesta a disposición de la cosa por parte del enajenante al adquirente, con la intención por parte del enajenante

de despojarse del dominio de la cosa a favor del adquirente y con la intención de éste de recibir el dominio de la cosa; y esto sobre la base de una relación entre las partes que el ordenamiento jurídico reconoce como apta para justificar la transferencia del dominio de una a otra de esas partes. (p, 346)

Según la doctrina del *corpus juris*, no es suficiente el mero acuerdo de voluntades para transferir la propiedad de las cosas, incluyendo los bienes inmuebles, mientras no se efectúe el traspaso de su posesión (Sohm, 1966).

El traspaso de la posesión viene a ser el requisito material de la *traditio*, esto es, la entrega de la posesión jurídica, que, en su caso, puede consistir en un simple poder indirecto sobre la cosa. Es así que no es menester que se transfiera directamente la detentación o tenencia inmediata, es decir, que la cosa cambie de mano físicamente y de un modo visible, vale decir que la tradición no requiere la entrega material, como demuestran los casos del “*constitutum possessorium*” y de la “*brevi manu traditio*”. (Sohm, 1966)

El “*constituto posesorio*” viene a ser el traspaso de posesión realizado por el mero hecho de concertar una relación jurídica, por ejemplo el arrendamiento, depósito etc. que otorgue al tradente o enajenante derecho a detentar la cosa, mas no como propietario, para sí, sino como poseedor *alieno nomine*, en virtud de una simple relación obligatoria y en un plano de subordinación respecto al adquirente – arrendador, depositante, etc. Así la posesión jurídica pasa a éste, efectuándose por tanto, la tradición sin que medie la entrega material de la cosa. Esto no quiere decir que para esta figura jurídica sea suficiente el contrato de compra venta para adquirir directamente la propiedad, pues según esa doctrina los contratos no

son nunca de suyo, modos de adquirir, sino simples actos obligatorios que se limitan a sentar créditos y compromisos. (Sohm, 1936)

Figura opuesta al “*constitutum possessorium*” es la “*traditio brevi manu*”, para la cual basta que mediando siempre un acuerdo de las partes el que se halla poseyendo o, mejor dicho, detentando la cosa, como arrendatario, depositario, etc. se convierta en poseedor jurídico. Es otro caso de “tradición, en que existe traspaso de posesión jurídica, sin cambio material de detentación. En ambos supuestos se transfiere la posesión dominical, habida cuenta que el que tiene la cosa en concepto de arrendatario, depositario etc., deja de ser un dueño, sin que se altere la tenencia o posesión física. (Sohm, 1936)

El aspecto intencional o el acuerdo de voluntades que ha de animar el traspaso de la posesión, para que engendre propiedad, constituye un contrato “real” o de disposición, que, por tanto, debe ajustarse a las normas generales aplicables a los actos jurídicos en lo que concierne a la capacidad de obrar de las partes, vicios de la voluntad – error, dolo etc.- modalidades, condiciones y términos a que se subordina. (Sohm, 1936)

La tradición tiene carácter abstracto : basta transferir la posesión, acompañada del “*animus dominio transferendi et accipiendi* “ para que se consuma el traspaso de la propiedad, aun cuando con ello las partes no consignen el fin jurídico apetecido; es decir aun cuando resulte frustrada la “causa” o “*justa causa traditionis*”. (Sohm, 1936)

Poder de disposición.- La tradición es un modo de adquirir derivativo, así una persona, el *tradente* dispone de un derecho enajenándolo, y otra, el adquirente le sucede a él como causahabiente a título

singular. Es decir, que la tradición sólo transfiere la propiedad cuando al *tradente* le asista el necesario poder de disposición. Si la persona que realiza la tradición es una persona carente de derecho, no transmite, a no ser que luego se ratifique por persona autorizada o se convalide por circunstancias posteriores, por ejemplo si la persona que sin derecho transmitió la cosa adquiere luego su propiedad, heredando a su dueño o viceversa. (Sohm, 1936)

b) Adquisición de la propiedad. Modos originarios

Las adquisiciones originarias no toman su eficacia de un acto de disposición, ni entrañan, por tanto, sucesión jurídica. El derecho que se adquiere nace aquí desligado y emancipado del que pueda corresponder a otra persona, su origen o su razón de ser para este tipo de adquisiciones no tienen “antecesor”. (Sohm 1936)

La apropiación u ocupación es el más antiguo de los modos de adquirir, originarios que consiste en la toma de posesión de una cosa carente de dueño, con la intención de adquirirla en propiedad: “*res nullius occupanti cedit*”. Actualmente, este modo de adquirir puede hallarse limitado por leyes prohibitivas y derechos exclusivos o monopolios de apropiación, como ocurre por ejemplo, en los límites establecidos para la caza. En el Derecho romano impera, por el contrario, el principio de libertad de ocupación. Esta, de suyo, es siempre libre, aunque el propietario de la finca en el caso concreto y cuando se verifique en terrenos privados pueda oponerse, prohibiendo el acceso a ella. (Sohm, 1936)

Durante el imperio Romano, se consideraban ocupables, los bienes del enemigo, mientras se hallasen dentro de las fronteras del territorio romano, pero una vez reintegradas a su país, se restituían ipso jure al patrimonio del primitivo patrimonio. La misma norma

regía para los bienes de propiedad romana, cuando retornaban de manos del enemigo a poder de roma. (Sohm, 1936)

La usucapión o prescripción adquisitiva confiere la propiedad de las cosas por su posesión continuada. Es una de las limitaciones que la propiedad misma está obligada a imponerse en interés de su propia seguridad. El dominio no puede ser absoluto y mantenerse incólume de forma perpetua. (Sohm, 1936)

Según Bonfante (1965), la duración de la posesión era de “ tres años para las cosas muebles, y para los inmuebles de diez años, entre presentes, o sea, en el derecho justiniano, cuando las partes habitaban en la misma provincia, y de veinte años entre ausentes” (p, 289).

## **1.2 Marco Filosófico :**

Conforme se puede inferir del planteamiento jurídico esbozado en el punto 2.1 del presente trabajo de investigación, la tesis está enfocada principalmente, a desentrañar si jurídicamente, el derecho subjetivo de propiedad le corresponde al remitente (embarcador) o al destinatario del envío materia del supuesto descrito en dicho planteamiento.

Detrás de ese objetivo, para el que se recurrirá por supuesto, a la doctrina y al ordenamiento jurídico; se encuentra un objetivo implícito y posiblemente el más importante, como es el de la aplicación del principio de justicia, principio largamente discutido en todos los tiempos por parte de la filosofía. Esto, en la medida que se pretende determinar no sólo por razones de orden jurídico, sino también por razones de justicia, un derecho, cuál es, el derecho subjetivo de propiedad.

No solo el **principio de justicia** es materia de discusión filosófica, sino también el **derecho subjetivo de la propiedad**. En efecto, a lo largo del tiempo, el Derecho y las corrientes filosóficas han tratado de conceptualizar y desentrañar los alcances de dichos conceptos.

Sobre la justicia, hay quienes sostienen que dicho concepto es relativo, por cuanto cada quien tiene su propio criterio sobre el mismo (Nieto, 2007). No obstante lo señalado, consideramos que en tanto principio, con los matices que pueda ser adoptado, debe inspirar al Derecho, habida cuenta de su función axiológica y teleológica.

Con respecto a lo antes manifestado, Martínez y Fernández señalan que “ la justicia siempre ha estado íntimamente relacionada, cuando no identificada y confundida, con el Derecho. El mundo del Derecho se nos manifiesta dentro de una cápsula de justicia, fuera de la cual nos parece que no tiene sentido y que no puede subsistir. Todo ello se observa incluso en el origen etimológico de los términos que en uno y en otro caso utilizamos para referirnos al Derecho a la justicia : *Ius* (el Derecho), *Iustum* (lo justo). El término Derecho proviene del latín *Directum*, que significa lo recto, lo correcto, lo adecuado, en definitiva, lo justo” (Citado en Ponce, 2005, p,212).

A propósito del principio de justicia, se señala que hay dos direcciones o posiciones doctrinales que definen a los principios generales del derecho, los cuales son los siguientes :

- a) Para la posición positivista, “ los principios generales del Derecho son normas obtenidas mediante un proceso de generalización y de decantación de las leyes, de manera que de las leyes pueden o podrían derivarse o deducirse lógicamente ellos. Los principios jurídicos generales son de esta manera “principios científicos” o “principios sistemáticos”. Según esta idea, especialmente grata a la doctrina italiana, los principios generales del derecho son “principios del ordenamiento jurídico”,

que resultan, por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de normas particulares. En ellos, las mismas normas particulares habrán encontrado inspiración. Dicho con otras palabras : son los antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado. Han penetrado en el ordenamiento jurídico a través de una legislación concreta, pero constituyen, en aquél, una suerte de muros maestros o de pilares fundamentales de su estructura ". (Diez-Picazo y Gullon, 1980, p. 178).

- b) Para la posición *iusnaturalista*, " en cambio, los "principios generales del derecho" equivalen a las normas del "Derecho natural". Son normas que no han encontrado formalización positiva, ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad por formar parte de un sistema superior ideal, al que de aquella manera se le denomina. La concepción que se tenga del Derecho natural determinará una manera de entender los principios generales. Ha dicho Erick Wolf certeramente, aludiendo a las diversas concepciones del Derecho natural que pueden inclinar al escepticismo en cuanto a su misma existencia, que "nadie sabe nada seguro de ese Derecho natural, pero todo el mundo siente con seguridad que existe."(Diez-Picazo y Gullon, 1980, p. 179)

Ahora bien, con respecto al estudio filosófico de la propiedad, consideramos preciso hacer referencia a la divergencia entre las filosofías del derecho de Kant y Fichte sobre este tema. Mientras que para Kant los individuos tienen la libertad para adquirir propiedades y el Estado debe limitarse a dar garantías de que esta praxis se realice conforme a Derecho, para Fichte el individuo posee naturalmente el derecho de exigir al Estado la propiedad. Así, según el autor Schwember Augier, Kant le reconoce a la posesión de bienes anterior al contrato social un estatus legal (su teoría acerca de la *ocupatio*) que Fichte se niega a reconocer. Para este mismo autor, la

postura de Kant implica un “derecho de propiedad, mientras que para Fichte implica un derecho a la propiedad. (Acosta, 2013)

Para Buénaga (2014), el estudio de la propiedad es siempre una empresa difícil, por presentar no sólo aspectos jurídicos, sino también aspectos políticos, económicos y sociales. Situación por la cual según este autor, la teoría hegeliana es examinada en un contexto histórico.

Sobre el particular, cuando a principios del siglo XIX, Hegel escribe su Filosofía del Derecho, la propiedad como tal, era entendida fundamentalmente como un derecho subjetivo recientemente conquistado por la pujante burguesía, Idea que sin duda, tuvo su máxima expresión en la Revolución Francesa. Es así que el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamaba que “ la propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que así lo requiera la necesidad pública legalmente comprobada, y bajo condición de una condición de una indemnización previa y justa”. (Buénaga, 2014, p.36) Ideario liberal-burgués que se impuso más allá de las fronteras de Francia.

Hegel recibió una notable influencia de los acontecimientos ocurridos en Francia, como muestra su filosofía, la cual es un fiel reflejo de los ideales burgueses de esa época. “Se erige, pues, Hegel en un defensor de la propiedad privada, criticando incluso a la concepción platónica del Estado porque considera a la persona incapaz de tener propiedad privada”. (Buénaga, 2014, p.37)

Sin embargo, Hegel admite excepciones a este derecho de toda persona a la propiedad privada, excepciones que según su posición sólo podían provenir del Estado como organismo racional y supremo

dentro de la filosofía jurídica hegeliana. Según esa lógica, es el Estado quien puede violar la propiedad privada, pero ello no por motivos privados sino por motivos públicos. Excepción que también era admitida por otros defensores de las ideas liberal-burguesas como es el caso de Lock o Kant. (Buénaga, 2014)

El fundamento de la propiedad privada para Hegel constituye una exigencia racional que proviene de la relación de las personas con las cosas. Así bajo esa posición, “La propiedad es un derecho que toda persona debe tener, puesto que la propiedad es el medio a través del cual la voluntad de la persona, el espíritu libre, deviene objetiva en la exterioridad” (Buénaga, 2014, p.39). Para Buénaga (2014), si Hegel señala que toda persona tiene un derecho a la propiedad privada en cuanto derecho subjetivo, este derecho ha de matizarse en relación con el principio de igualdad aplicado a dicha institución, situación con importantes implicaciones económicas, políticas y sociales, y que según dicho autor, Hegel parece soslayar en su Filosofía del Derecho. Para Hegel :

los hombres son iguales sólo en cuanto personas, y por ello todo hombre tiene derecho a la propiedad (pues mediante ésta se exterioriza su personalidad) pero qué y cuántas cosas posee cada persona es algo contingente para el Derecho, puesto que todo lo que concierne a la posesión particular de cada persona “constituye más bien el terreno de la desigualdad”. (Citado en Buénaga, 2014, p.39)

Hegel trata de afirmar con ello, que la cantidad y la calidad de las cosas que posee cada persona como propietario individual dependen en primer lugar de la contingencia de la naturaleza (causas naturales), que, al no ser libre, no es, para Hegel ni justa ni injusta; y en segundo lugar, dependen de la naturaleza espiritual, y

bajo esa premisa Hegel señala que la riqueza depende de la diligencia de cada uno, con lo que para este filósofo la justicia exige en este aspecto solamente que toda persona tenga un derecho subjetivo a la propiedad y no que la propiedad de todos sea igual. (Buénaga, 2014)

### **1.3 Marco Teórico**

#### **1.3.1 La obligación tributaria en general.-**

##### **1.3.1.1 La hipótesis de incidencia.-**

De acuerdo a Ataliba (1987), la hipótesis de incidencia es primeramente la descripción legal de un hecho, es la formulación hipotética, previa y genérica, contenida en la ley, de un hecho. Es según señala, mero concepto, necesariamente abstracto, el cual es formulado por el legislador haciendo una abstracción absoluta de cualquier hecho concreto.

Cuando Ataliba (1987) sustenta el concepto de hipótesis de incidencia en el campo tributario, hace una comparación con la “figura típica” del derecho penal, señalando que dicha figura típica constituye un concepto legal, del mismo modo que la hipótesis de incidencia. Así de acuerdo al punto de vista de este autor, la figura legal del crimen sólo es mera descripción legal, simple concepto legal hipotético, al que se asocia el mandato prohibitivo, cuya desobediencia acarrea la sanción penal.

Siguiendo la posición de Ataliba (1987), la designación del término “hipótesis de incidencia”, implica por tanto, distinguir el hecho abstracto del hecho fáctico. Por ello, al concepto legal o hipotético le asigna el término “hipótesis de incidencia” y al hecho efectivamente acontecido le denomina “hecho imponible”.

Ataliba (1987) rechaza, el término “hecho generador”, al cual lo considera un vicio terminológico. “Esto porque dos realidades distintas – cuales son la descripción hipotética y la concreta verificación – quedan designadas por el mismo término. Y esta terminología equivocada es generalizada”. (p. 60)

De acuerdo al mismo autor, el “término hecho generador”, término adoptado por la doctrina, jurisprudencia y la legislación brasilera, se debe al extraordinario prestigio de uno de los mayores publicistas franceses, Gastón JEZE, quien publicó un artículo denominado “*O fato gerador do imposto*”. Hecho que según se señala marcó época y determinó la inmediata y total adhesión a esta terminología en Brasil.

Al parecer, el término “hecho generador” no sólo se adoptó en la legislación brasilera, sino también en las legislaciones de otros países.

Para Villegas (2002), la posición de Ataliba de utilizar dos términos distintos para señalar el hecho hipotético y el hecho real, es apoyada por diversos autores, entre ellos García Máynez que encuentran incorrecto dar el mismo nombre a un supuesto hipotético y a la realización del tal supuesto. Máynez según se indica, afirma que la terminología usual fomenta la confusión entre el supuesto de hecho, como hipótesis contenida en una norma, y la realización de tal hipótesis, señalando asimismo que una hipótesis normativa no debe ser confundida con el hecho real que se verifica puesto que se produce una mezcla inconveniente de elementos heterogéneos.

Jarach se mantuvo en la creencia de que la denominación única para dos conceptos es conveniente. Sostuvo que desde el punto de vista conceptual es mucho mejor la denominación única, porque permite la presentación dialéctica entre el hecho imponible abstracto, según la definición de la ley y el hecho imponible concreto como espejo de esa imagen. (Citado en Villegas, 2002, p.350)

Según Jarach, la utilización anfibológica del concepto legal y abstracto con el fenómeno de la realidad y concreto no se verifica sólo en el derecho tributario, sino que se trata de un fenómeno general, citando como ejemplo para tal efecto, el contrato de compraventa refiriéndose para ello tanto a la institución del Código Civil o Código Comercial, como a los negocios concretos que se realizan en el mercado y que reflejan la figura o forma legal del contrato respectivo. De ahí que señalaba que ningún jurista soñaría siquiera en crear dos vocablos distintos, uno para la compraventa como modelo legal y otro para las compras o ventas que se verifican en determinado tiempo y lugar. (Citado en Villegas, 2002, p.351)

Siguiendo la posición de Jarach, Villegas (2002) en su libro “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario” utiliza la expresión “hecho imponible” para denominar la hipótesis legal tributaria condicionante y utiliza en cambio, el término “hecho imponible realizado” para hacer referencia al hecho ocurrido. Esto según señala por cuestiones didácticas y en vista de resultar poco provechoso desdoblar la tradicional denominación de “hecho imponible” acuñada por Jarach.

### **1.3.1.2 Aspectos de la hipótesis de incidencia o del hecho imponible (hipótesis legal tributaria condicionante).-**

Para Ataliba (1987) los aspectos de la hipótesis de incidencia vienen a ser las cualidades o presupuestos que ésta tiene de determinar hipotéticamente los sujetos que forman parte de la obligación tributaria, así como su contenido sustancial, lugar y momento de su nacimiento. De ahí que este autor brasilero designa los aspectos esenciales de la hipótesis de incidencia tributaria como: aspecto material; aspecto personal; aspecto temporal y aspecto espacial.

Villegas (2002) por su lado, al referirse al hecho imponible, esto es, a la hipótesis legal tributaria condicionante, sostiene :

la creación normativa de un tributo implica que su hecho imponible debe contener los siguientes elementos : la descripción objetiva de un hecho o situación (aspecto material); los datos necesarios para individualizar a la persona que debe encuadrarse en una de las situaciones previstas por la norma como hipótesis condicionante (aspecto personal); el momento en que debe configurarse o tenerse por configurada la realización del hecho imponible (aspecto temporal), y finalmente el lugar donde debe acaecer o tenerse por acaecida la "realización" del hecho imponible (aspecto espacial).  
(P. 352)

A continuación, se precisa los alcances de los aspectos antes mencionados, tomando en consideración para tal efecto tanto la posición teórica de Ataliba como la posición teórica de otros autores, entre ellos Villegas, que conforme ya se ha mencionado antes, propugnan la utilización de un solo término para designar tanto la hipótesis legal como el hecho concreto u ocurrido:

a) **Aspecto material.-**

Según Villegas (2002), el aspecto material viene a ser la descripción abstracta del hecho que el destinatario legal tributario realiza o la situación en que se halla. Señala asimismo que el aspecto material es el núcleo del hecho imponible y que debido a su gran importancia algunos lo confunden con el propio hecho imponible.

Para Ataliba (1987), el aspecto material es el más complejo de la hipótesis de incidencia, contiene según señala, la designación de todos los datos de orden objetivo, configuradores de arquetipo en que la hipótesis de incidencia consiste, así como es la propia consistencia material del hecho o estado de hecho descrito por la hipótesis de incidencia.

Es así que bajo la perspectiva teórica de Ataliba (1987), el aspecto material de la hipótesis de incidencia es la propia descripción de los aspectos sustanciales del hecho o conjunto de hechos que le sirven de soporte o sustento. Es según señala :

El aspecto más importante, desde el punto de vista funcional y operativo del concepto (de hipótesis de incidencia) porque, precisamente, revela su esencia, permitiendo su caracterización e individualización, en función de las demás hipótesis de incidencia. Es el aspecto decisivo que conduce a establecer la especie tributaria a la que el tributo (al que la hipótesis de incidencia se refiere) pertenece. Contiene incluso las indicaciones de la subespecie en la que el se inserta. (p.124)

b) **Aspecto personal.-**

Este aspecto lo conforma aquella persona que realiza el hecho o se encuadra en la situación que fue descrita al definir la ley el elemento material. Este realizador según Villegas (2002) puede ser denominado “destinatario legal tributario”. (P. 355)

En ese mismo sentido, García Vizcaíno sostiene que el aspecto personal del hecho imponible, se dirige a cada uno de los hechos imponibles de los tributos. Labor que según señala, consiste en desmenuzar cada gravamen y, luego de detectado el núcleo de su hecho imponible (su aspecto material), indagar quién fue el realizador o el encuadrado. De ahí que la deuda según dicha autora concierne solamente al que llevó a cabo el hecho, acto o negocio gravado o el que estuvo en el estado o la situación que originó la obligación, es decir el personaje denominado “destinatario legal del tributo”. (Citada en Villegas, 2002, P.351)

El elemento personal entonces, estaría constituida por la persona que realiza la acción que tiene efectos jurídicos por converger en su

realización o configuración el resto de los elementos del hecho imponible.

Ataliba (1987) al referirse al aspecto personal, señala que es la cualidad inherente a la hipótesis de incidencia – que determina a los sujetos de la obligación tributaria que el hecho imponible hará nacer. Consiste según señala, en una conexión (relación hecho) entre el núcleo de la hipótesis de incidencia y las personas que serán erigidas, en virtud del hecho imponible y por fuerza de ley, en sujetos de la obligación.

Giannini reconoce dos elementos en los que se “descompone” la hipótesis de incidencia: el material o presupuesto objetivo, y el personal (subjetivo). Según esto, el primero es el hecho en sí; el segundo “la relación, preestablecida en la ley, en la cual se debe encontrar el sujeto pasivo delante del hecho, para que pueda surgir, para él, el débito tributario”. (Citado en Ataliba, 1987, p. 97)

c) **Aspecto espacial.-**

Según Villegas (2002), el aspecto espacial es el elemento del hecho imponible que indica el lugar en el cual el destinatario legal tributario realiza el hecho o se encuadra en la situación descrita por el aspecto material, o el sitio en el cual la ley tiene por realizado dicho hecho o producida tal situación.

Para dicho autor, existen también los denominados “criterios de atribución de “potestad tributaria”, los cuales son determinables según el criterio de pertenencia política, social y económica. Criterios que alteran los alcances o el contenido del elemento espacial (Villegas, 2002).

Según el criterio político por ejemplo pueden quedar obligados a tributar aquellos que hayan nacido en un país, sin tener en cuenta el lugar donde aconteció el hecho imponible. Esto según se señala porque el nacimiento de la obligación tributaria depende del elemento nacionalidad ajeno al hecho imponible (Villegas, 2002).

De acuerdo a la pertenencia social, pueden quedar sujetas a tributación aquellas personas que domicilien o residan (principio del domicilio o de residencia) dentro o fuera de un determinado país.

Si se adopta en un impuesto el principio de la residencia, para la aplicación de este tributo se está utilizando el criterio llamado de la “renta mundial”. Situación en la que no tiene importancia el lugar de verificación del hecho imponible.

En cuanto a la pertenencia económica, se señala que la misma tiene lugar cuando se establece como criterio atributivo de la potestad tributaria la circunstancia de que se posean bienes y obtengan rentas o se realicen actos o hechos dentro o fuera del territorio del ente impositor (principio de la “fuente” o de “radicación”). En este último supuesto, Villegas (2002) sostiene que el elemento espacial del hecho imponible es el lugar donde éste acaeció, es decir, donde se desarrollan actividades, se obtienen rentas, o se poseen bienes constitutivos de un patrimonio.

Para Ataliba (1987) se denomina aspecto espacial a la indicación de circunstancias de lugar contenida explícita o implícitamente en la hipótesis de incidencia relevantes para la configuración del hecho imponible. De ahí que los hechos imponibles como hechos concretos de la vida real, insertos en el mundo fenoménico suceden en un determinado lugar.

De acuerdo a dicha posición, un determinado hecho, aunque revista todos los caracteres previstos en la hipótesis de incidencia, si no ha se ha llevado a cabo en el lugar en ella previsto implícita o explícitamente, no será hecho imponible, esto es, no determinará el nacimiento de ninguna obligación tributaria.

d) **Aspecto temporal.-**

Según Villegas (2002) este aspecto es el indicador del momento en el cual se configura, o el legislador tiene por configurada, la descripción del comportamiento objetivo contenido en el “aspecto material” del hecho imponible.

La descripción legal o hipotética referida a dicho elemento puede implicar una verificación instantánea o una verificación periódica según el tipo de tributo. Ello sucede por la necesidad de que el legislador tenga por realizado el hecho imponible en una concreta unidad de tiempo, aún cuando para eso deba recurrir a la ficción jurídica. (Villegas, 2002)

Para Ataliba (1987), efectivamente existen hipótesis de incidencia que prevén la ocurrencia del hecho imponible en determinado momento. Así pues si sucedieran en un instante distinto, no se tendría por realizado el hecho imponible.

**1.3.1.3 El hecho imponible.-**

Según Ataliba (1987), la hipótesis de incidencia contiene la descripción hipotética y abstracta de un hecho. Es parte de la norma tributaria y el medio por el cual el legislador instituye un tributo.

Siguiendo el enfoque teórico de dicho autor, “el hecho imponible viene a ser el hecho concreto, localizado en el tiempo y en el espacio, sucedido

efectivamente en el universo fenoménico que corresponde rigurosamente a la descripción previa, hipotéticamente formulada por la hipótesis de incidencia da nacimiento a la obligación tributaria” (Ataliba, 1987, p.78). De ahí que cada hecho imponible determina el nacimiento de una obligación tributaria.

La ley describe hechos hipotéticos y establece requisitos para su configuración. “En el momento en que, según el criterio legal (aspecto temporal de la hipótesis de incidencia) se consuma un hecho imponible, en ese momento nace una obligación tributaria que tendrá la estructura y características que la hipótesis de incidencia estableciera”. (Ataliba, 1987, p.78)

Bravo (1998) al referirse al hecho imponible, señala que el mismo es un hecho jurídico con relevancia económica, en el entendido que el hecho jurídico es “aquel suceso, situación o conjunto de ellos, que han sido juridizados por la incidencia de una norma jurídica, y que al ser dotados de eficacia jurídica irradian sus propios efectos jurídicos”. (p.271)

El autor antes citado, pretende dejar en claro, que el hecho imponible no es el presupuesto de hecho (hipótesis de incidencia), ni tampoco es un elemento o parte integrante de la obligación tributaria, sino que esta última es un efecto jurídico irradiado por el propio hecho imponible, producto de la incidencia de la norma tributaria. Por ello, señala que tanto el presupuesto de hecho como el hecho imponible son los fundamentos del deber jurídico tributario, pero no sus elementos constitutivos o partes integrantes.

Según JARACH la característica fundamental del hecho imponible consiste, pues, en su naturaleza de hecho jurídico, al que la ley vincula el nacimiento de la obligación, la misma que nace de la ley cuando se verifica el hecho imponible, por la existencia, en la vida real, de un hecho

imponible, que se pueda subsumir en la definición legal. Hecho imponible que según señala, no crea, por sí sólo, la obligación, sino que lo hace a través de la ley. (Citado en Ataliba, 1987, p. 118)

“Esta conexión entre hecho imponible y la norma que es fuente de la obligación tiene como consecuencia ineludible la de ser el hecho imponible un hecho jurídico, es decir, un hecho productivo de efectos jurídicos, por voluntad de la Ley.” (Ataliba, 1987, p.82)

#### **1.3.1.4 La relación jurídico tributaria.-**

Según Villegas (2002) la relación jurídica principal es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco, como sujeto activo que pretende el cobro de un tributo, y un sujeto pasivo que está obligado a su pago. Relación que según señala tiene identidad estructural con la obligación de derecho privado y las diferencias con ésta rama del derecho surgen de su objeto que es el tributo.

Así, según dicho autor la relación jurídica puede ser definida en un doble sentido:

- a) Como la vinculación establecida por una norma jurídica entre una circunstancia condicionante (la realización del hecho imponible) y una consecuencia jurídica (el mandato del pago).
- b) Como la vinculación establecida por esa norma legal entre la pretensión del fisco como sujeto activo y la obligación de aquel que la ley designe como sujeto pasivo. Tanto esa pretensión como su correlativa obligación, integran la consecuencia jurídica de haberse producido el hecho imponible. (Villegas, 2002, p.318)

Ahora bien, con relación al fisco, es de indicar que cuando los esquemas que el Estado elabora en ejercicio de la potestad tributaria se aplican a integrantes singulares de la comunidad, ya no hay actuación de la potestad tributaria de dicho Estado (la potestad se agota mediante la emanación de la norma) sino el ejercicio de una pretensión pecuniaria

por parte de un sujeto activo con respecto a un sujeto pasivo. Ejercicio para el cual el Estado prescinde de su poder de imperio y se ubica como cualquier acreedor. (Villegas, 2002)

En el entendido que la obligación es una relación jurídica que otorga al acreedor un auténtico derecho subjetivo para exigir una determinada conducta del deudor, quien en contraposición detenta un deber jurídico de prestación, Bravo (1998) sostiene que la obligación tributaria, como hecho jurídico, es una relación jurídica que importa un deber jurídico de prestación de dar una suma de dinero con carácter definitivo de un sujeto deudor a favor de otro acreedor (quien en contraposición detenta un derecho subjetivo o crédito tributario).

Así, según lo sostenido por dicho autor la causa fuente de esa obligación, es la incidencia de una norma jurídica en sentido estricto ante la ocurrencia en el plano fáctico de un supuesto de hecho previsto en la hipótesis de incidencia de dicha norma. Obligación tributaria que viene a ser un deber jurídico de prestación que no deviene de la voluntad del deudor tributario (*ex voluntate*), sino de un fundamento externo a la misma: una norma jurídica y un hecho imponible (*ex lege*). (Villegas, 2002)

Cosío (2002) al referirse a la obligación tributaria hace alusión a los 03 elementos de la teoría de las obligaciones en el Derecho privado como son: sujetos, causa y el objeto; tratando de vincular la obligación tributaria con dichos elementos. Es así que COSÍO JARA señala que el elemento causa aplicado al campo del Derecho Tributario, viene a ser el llamado hecho imponible y el objeto de la obligación tributaria es el tributo (obligación de dar).

Adriazola (1999) al tratar sobre la obligación tributaria, cita al modelo de Código Tributario para América Latina, según este autor al proyectarse

el modelo de dicho código se planteó la duda acerca de utilizar el término “relación jurídica” o el término “obligación tributaria”. Hecho que originó, según señala, la necesidad de formular consultas a varios especialistas en derecho civil de Argentina, Brasil y Uruguay, y se optó por la opinión expuesta por el catedrático uruguayo JORGE PEIRANO FACIO, quien prefirió la expresión “obligación” en su acepción de vínculo jurídico.

Según Adriazola (1999) la característica principal de la obligación tributaria es su naturaleza personal, es decir, que existe un nexo jurídico entre un sujeto activo, llamado Estado y un sujeto pasivo, que puede ser una persona natural o una jurídica, que tenga patrimonio, realice actividades económicas o haga uso de un derecho que genere obligación tributaria.

Según Bravo (1998), los elementos de la obligación tributaria son:

a) Los sujetos.-

Un sujeto sobre el que pesa un deber jurídico de prestación (sujeto pasivo) y otro titular de un derecho subjetivo a dicha prestación, denominado acreedor tributario. Así pues en la obligación tributaria existen dos sujetos, los mismos a que se hace referencia a continuación:

- El sujeto activo de la obligación tributaria.-

El sujeto activo es el acreedor en la obligación tributaria, por lo que detenta un derecho de crédito ante el sujeto pasivo o deudor tributario. Esta calidad de acreedor es propia del Estado como titular de la potestad tributaria, la cual en el marco de la Constitución Política del Perú es ejercida por el Gobierno Central, los Gobiernos locales y por los Gobiernos Regionales.

- El sujeto pasivo de la obligación tributaria.-

El sujeto pasivo viene a ser el obligado al cumplimiento de la prestación tributaria frente al acreedor tributario. Esta calidad de sujeto puede recaer a su vez en los siguientes sujetos: Contribuyentes, responsables solidarios y sustitutos.

El contribuyente, es aquél sujeto que realiza o respecto del cual se realiza el hecho previsto en la hipótesis legal o hipótesis de incidencia, esta última que describe los atributos que el sujeto debe tener para calificar como contribuyente.

Responsable solidario es aquél que sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir con la prestación tributaria atribuida a éste por mandato de la ley, cuando el cumplimiento de la obligación tributaria es requerida por el sujeto activo. Es así que conforme lo señala Altamirano, en un supuesto de responsabilidad solidaria, el responsable solidario se encuentra al lado o junto con el deudor principal todo lo cual faculta al acreedor tributario a exigir su cumplimiento a todos y cada uno de los deudores, exigiéndoles solidariamente el total o una parte de la deuda y el pago total o parcial de cualquiera de ellos libera a los demás. (Citado en Bravo, 2003, p.303)

Bravo (2003) señala que los sustitutos son sujetos que no han efectuado el hecho imponible, pero por distintas razones objetivas, sustituyen al contribuyente en la calidad de sujeto pasivo. Según ello, cuando ocurre un supuesto de sustitución, el contribuyente queda liberado del cumplimiento de la prestación tributaria, recayendo la condición de único deudor tributario en la persona del sustituto.

Villegas (2002), al referirse al sustituto señala que el mismo es el sujeto pasivo que reemplaza *ab initio* al destinatario legal del tributo

dentro de la relación jurídica sustancial tributaria. Así según lo señalado por dicho autor, surge un solo *vinculum iuris* entre el fisco y el sustituto.

No obstante ser ajeno al acaecimiento del hecho imponible, el sustituto desplaza a aquel a quien está dirigido por mandato de la ley el peso del tributo, pero que queda marginado de la relación jurídica tributaria sustantiva. Esto quiere decir que el sustituto no queda obligado junto a dicho destinatario (como sucede con el responsable solidario), sino queda en lugar del destinatario o contribuyente (Villegas, 2002)

b) El objeto.-

En el caso de la obligación tributaria, el objeto consiste en una prestación de dar suma de dinero con carácter definitivo. Lo que implica desprenderse definitivamente de parte de la riqueza que como ciudadano se posee, para contribuir al sostenimiento de las arcas fiscales.

c) El vínculo Jurídico.-

Viene a ser el vínculo que enlaza a los sujetos al cumplimiento de la prestación tributaria.

d) La causa fuente o fundamento de la obligación tributaria.-

La causa fuente o fundamento de la obligación tributaria viene a ser la norma tributaria en sentido estricto y el hecho imponible o soporte fáctico juridizado por la incidencia tributaria.

### **1.3.1.5 Nacimiento de la obligación tributaria.-**

Al referirse al nacimiento de la obligación tributaria, Ataliba (1987) señala que el vínculo obligacional que corresponde al concepto de tributo nace, por fuerza de ley, de la ocurrencia del hecho imponible.

Así pues, Ataliba (1987) sostiene :

La configuración del hecho (aspecto material), su conexión con alguien (aspecto personal), su localización (aspecto espacial) y su consumación en un momento fáctico determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinan inexorablemente el efecto jurídico deseado por ley: creación de una obligación jurídica concreta, a cargo de determinada persona, en un preciso momento (p. 79).

Pontes de Miranda señala que la regla jurídica de tributación incide sobre el soporte fáctico como todas las reglas jurídicas. De ahí que señala que si todavía no existe el soporte fáctico, la regla jurídica tributaria no incide (Citado en Ataliba, 1987, p.82).

Bravo (2003) al referirse al nacimiento de la obligación tributaria señala lo siguiente:

Por nacimiento de la obligación tributaria, debemos entender el momento en el cual, el hecho imponible irradia sus efectos jurídicos. En algunas ocasiones, la doctrina se refiere a este momento como el de “devengo” de la obligación tributaria.

Siendo estrictos con las categorías jurídicas y respetuosos de la fenomenología de la incidencia tributaria, la obligación tributaria general y abstracta nace cuando se produce el hecho imponible, producto de la irradiación de efectos jurídicos que genera la incidencia de la norma tributaria sobre el hecho acaecido en el mundo fenoménico, que son efectos jurídicos preliminares...(p.309)

Según dicho autor, la incidencia de la norma tributaria general y abstracta genera efectos jurídicos preliminares (hecho imponible y una obligación general) por cuanto la obligación que fluye de él requiere ser determinada para tornarse en cierta, líquida y exigible. “Es decir, cierta, porque una obligación determinada no admite dudas respecto de su existencia. Líquida, por cuanto a través de la determinación tributaria se

establece y concretiza el monto de la prestación tributaria”. (Bravo, 2003, p.319).

#### **1.3.1.6 Extinción de la obligación tributaria.-**

Conforme lo establece el artículo 27 del Código Tributario, la obligación tributaria se extingue por los siguientes medios:

- Pago.
- Compensación.
- Condonación.
- Consolidación.
- Resolución de la Administración Tributaria sobre deudas de cobranza dudosa o de recuperación onerosa.
- Otros que se establezcan por leyes especiales.

A continuación, se define y se señalan los alcances del pago, la compensación, la condonación, la consolidación y las deudas de cobranza dudosa o de recuperación onerosa como medios de extinción de la obligación tributaria:

##### a) El pago.-

La forma tradicional de extinción de la obligación tributaria es el pago. Así para Bravo Cucci el pago es la conducta a través de la cual, el deudor tributario cumple con efectuar la prestación tributaria, así como solventar los intereses moratorios, si el cumplimiento de dicha prestación se realiza de forma tardía. (Bravo, 2003)

Para que dicho pago pueda surtir efectos, se requiere de la preexistencia de una obligación y de una prestación determinada, vale decir cierta, líquida y exigible (Bravo, 2003). De ahí que se señala que el pago efectuado respecto de un supuesto en el cual no

existe obligación tributaria (por no haber hecho imponible o por tratarse de un hecho exento), califica como un pago indebido.<sup>1</sup>

Sobre el pago, Talledo (2007) señala que el mismo puede ser indebido desde que se efectúa o puede devenir en esa condición por desaparecer su causa.

Villegas sostiene que el pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la relación jurídica tributaria principal, lo que presupone la existencia de un crédito por suma líquida y exigible a favor del fisco. (Villegas, 2002)

El pago extingue la obligación tributaria siempre y cuando dicho pago sea aceptado por el fisco sostiene Villegas (2002). Así este autor señala que la obligación se extinguirá “por ejemplo, si se abona el importe tributario que el fisco determinó de oficio, o si, apelada la determinación, el Tribunal Fiscal y la justicia contencioso administrativa confirma el monto determinado”. (p.377)

b) La Compensación.-

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones, que implica la existencia previa de dos sujetos que son acreedores y deudores el uno del otro. De ahí que el efecto extintivo de la obligación tributaria se producirá *ipso iure* en el momento en que ambas obligaciones coexistan. (Bravo, 2003)

---

<sup>1</sup>“Que tal como señala el artículo 1267 del Código Civil de 1984 aplicable al caso de adeudos de naturaleza tributaria en tanto no existe una norma específica que defina qué debe entenderse por un pago indebido, los pagos efectuados como consecuencia de errores de hecho o de derecho, devienen en pagos indebidos”. RTF 1200-5-97

La tendencia de los ordenamientos tributarios modernos se manifiesta en favor de la compensación como medio de la extinción de la obligación tributaria. En esta misma postura está el modelo del Código Tributario que en su artículo 48 admite compensar, de oficio o a petición de parte, los créditos del fisco por tributos, con los créditos que el sujeto pasivo tenga por el mismo concepto. (Villegas, 2002)

c) La Condonación.-

La condonación o remisión de deuda es el acto jurídico por el cual el acreedor renuncia a exigir el pago de lo que se le debe. Constituye en cierta forma, un modo de extinción voluntario y gratuito de la deuda que, en principio, se aleja de los principios de indisponibilidad y legalidad que caracterizan a una obligación tributaria. (Bravo, 2003)

Es por esa situación, que el Código Tributario peruano establece que la condonación de la obligación tributaria sólo puede ser dispuesta por Ley o por norma con rango análogo, encontrando justificación en situaciones extremas en las que exigir el pago de tributos atenta contra el propio fin del Estado, como el caso de una catástrofe natural o una situación de emergencia nacional. (Bravo, 2003)

d) La Consolidación.-

Esta forma de extinción de la obligación tributaria es denominada también en doctrina y en Derecho comparado como confusión, la misma que opera por la coincidencia en una misma persona en la condición de acreedor y deudor. Por ello, se dice que la consolidación o confusión es un caso extremadamente inusual de extinción de obligaciones tributarias, que podría presentarse, en casos, por ejemplo, en los que el Estado acepte la herencia de un deudor tributario en cuyo pasivo figuren deudas tributarias, en cuyo caso opera la extinción por confusión en la calidad de los sujetos de la obligación tributaria, esto por cuanto es jurídicamente imposible la

existencia de una obligación en la que las calidades activa y pasiva recaigan en un mismo sujeto. (Villegas, 2002)

e) Deudas de cobranza dudosa y de recuperación onerosa.-

Las deudas de cobranza dudosa vienen a ser aquellas respecto de las cuales se han agotado todas las acciones contempladas en el procedimiento de cobranza coactiva. (Adriazola, 1999)

### **1.3.2 La obligación tributaria aduanera en el régimen de importación según la legislación aduanera peruana.-**

#### **1.3.2.1 El régimen de importación según la Ley General de Aduanas.-**

Según el artículo 49 de la Ley General de Aduanas, el régimen de importación es aquel que permite el ingreso de mercancías al territorio aduanero para su consumo, luego del pago o garantía según corresponda, de los derechos arancelarios y demás impuestos aplicables, así como el pago de los recargos y multas que hubieren, y del cumplimiento de las formalidades y otras obligaciones aduaneras.

De acuerdo a dicho artículo las mercancías extranjeras se consideran nacionalizadas cuando haya sido concedido el levante, es decir, al momento de la culminación del despacho de importación.

En ese mismo sentido, el capítulo 1 del Anexo Específico B del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros - Convenio de Kyoto revisado 1999 define que la "importación para el consumo" viene a ser el régimen aduanero por el cual las mercancías pueden ingresar y circular libremente el territorio aduanero luego del pago de los derechos e impuestos a la

importación eventualmente exigibles y el cumplimiento de todas las formalidades aduaneras necesarias.

Adriazola (1999) señala que dentro de los diez regímenes que pueden ser aplicables a las mercancías bajo potestad aduanera, es el régimen de importación el más importante y en torno al cual se edifica precisamente toda la estructura del Derecho Aduanero.

Para Alvarado (2000), tanto el derecho tributario como el derecho aduanero no rehúyen a la teoría general del derecho, aunque ambos son ramas del derecho público cuyos principios difieren del derecho privado, como señala De Juano, ambos quedan sujetos a normas generales y postulados comunes cuya aplicación según Alvarado no debe vulnerarse al invocar las instituciones de cada una de estas ramas del Derecho.

Finalmente, es de señalar que el trámite a seguir para el despacho aduanero de las mercancías que se someten al régimen de importación o consumo, se encuentra regulado en los procedimientos aduaneros INTA-PG.01 (versión 7) y en el procedimiento INTA-PG.01-A (versión 2).

### **1.3.2.2 Nacimiento de la obligación tributaria aduanera.-**

Según Anabalón el nacimiento de la obligación tributaria aduanera obedece a dos criterios que son los siguientes (Citado en Adriazola, 1999, p.95):

#### **a) El criterio político geográfico.-**

Este criterio está vinculado con el paso de mercancías a través de las fronteras aduaneras, el mismo que es criticado porque no pueden precisarse el momento en el cual tiene lugar el nacimiento de la obligación tributaria en el tráfico aéreo y por el hecho de que no se produce la obligación aduanera en los regímenes no definitivos. Dentro de esta posición destaca México y Argentina.

b) El criterio económico.-

Este criterio considera como hecho generador la introducción integradora, es decir aquella que tiene como objetivo integrar la mercancía al circuito económico del consumo interno y que la asumen los países latinoamericanos y europeos que señalan como momento del nacimiento de la obligación tributaria aduanera, la presentación a la Aduana del documento de despacho aduanero (la declaración).

Dentro del criterio económico también figura la legislación peruana. Así pues, conforme puede advertirse, el inciso a) del artículo 140 de la Ley General de Aduanas, establece que en la importación, la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de la numeración de la Declaración.

Ahora bien, como quiera que la obligación tributaria nace cuando se produce el hecho imponible, producto de “la irradiación de efectos jurídicos que genera la incidencia de la norma tributaria sobre el hecho acaecido en el mundo fenoménico” (Bravo, 2003, p.309), es pertinente hacer referencia a lo vinculado con los aspectos de la hipótesis de incidencia en el régimen de importación.

Así pues, con relación al aspecto personal, es de indicar que el artículo 139 de la Ley General de Aduanas establece que son sujetos pasivos de la obligación tributaria aduanera los contribuyentes y responsables.

Al respecto, el inciso e) de artículo 2 del Reglamento de la Ley del IGV, aprobada mediante Decreto Supremo 29-94-EF, establece como operación gravada la importación de bienes, por cualquier sujeto que la realice. Asimismo el inciso b) del artículo 53 de dicha Ley reconoce

como sujetos del impuesto selectivo al consumo, a las personas que importen los bienes gravados.

Con relación al aspecto espacial, es de indicar que el ámbito o el espacio físico en el cual puede ocurrir el hecho imponible en el régimen de importación, es el territorio de la república.

A propósito de lo señalado en el párrafo precedente, es de indicar que el artículo 2 de la Ley General de Aduanas define como territorio aduanero a la parte del territorio nacional que incluye el espacio acuático y aéreo dentro del cual es aplicable la legislación aduanera. Según este mismo artículo, las fronteras del territorio aduanero coinciden con las del territorio nacional.

Sobre el aspecto temporal con referencia específica al IGV, se sostiene que al ser este tributo de realización inmediata, el hecho imponible se verifica respecto a cada importación.

Según el “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” el concepto de “importación” “va más allá de la entrada física de los bienes al territorio nacional sometida a gravamen, es decir comprende dos momentos: 1) la admisión de la entrada por parte de la administración competente (se entiende administración aduanera) y 2) la vocación (*animus* o voluntad) de la incorporación permanente de los bienes al mercado interno o al consumo (Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la UNAM, 2016)

La voluntad o el *animus* para incorporar una mercancía al mercado interno peruano tendría lugar con la destinación aduanera, es decir con la manifestación de voluntad expresada en la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM o Declaración Simplificada) para importar. Declaración de mercancías que según el artículo 2 de la Ley General de Aduanas es el documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero

que deberá aplicarse a las mercancías, y suministrar los detalles que la Administración Aduanera requiere para su aplicación.

Finalmente con relación al aspecto material, es de indicar que el mismo está vinculado con la propia acción de “importar” habida cuenta que en lo que respecta al IGV, el inciso e) del artículo 1 de la Ley del IGV establece dentro de las operaciones gravadas a la importación de bienes.

Sobre lo señalado en el párrafo precedente, es conveniente citar a Villegas (2002), quien sostiene que el aspecto material del hecho imponible (hipótesis legal tributaria condicionante o hipótesis de incidencia) es el elemento descriptivo, al cual para completar el supuesto hipotético, se le adicionan los restantes elementos (personal, espacial y temporal). El elemento material según este mismo autor presupone un verbo, entre ellos, el verbo “importar”.

### **1.3.2.3 Plazo de destinación aduanera.-**

Conforme se ha mencionado antes, la destinación Aduanera viene a ser la manifestación de voluntad del dueño, consignatario o remitente de la mercancía que, expresada mediante la Declaración, indica el régimen, operación y/o destino que debe darse a las mercancías que se encuentran bajo la potestad aduanera. Tossi lo llama “acto jurídico por el cual se señala al servicio aduanero el objetivo por el que se traslada internacionalmente la mercadería”. (Citado en Cosío, 2002, p.297)

La Guía Hemisférica de Procedimientos Aduaneros señala :

la declaración aduanera es el acto por el cual el consignatario y/o el importador de las mercancías manifiesta su deseo o intención de dar a éstas un destino aduanero previsto por la ley del país, afirma que reúne los requisitos establecidos para dicho régimen y se obliga a cumplir las obligaciones derivadas de su declaración. (Citado en Cosío, 2002, p.297)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley General de Aduanas la destinación aduanera es solicitada mediante declaración aduanera por los despachadores de aduana o demás personas legalmente autorizadas.

Según ese mismo artículo, las declaraciones se tramitan bajo las siguientes modalidades de despacho aduanero y plazos:

- a) Anticipado : dentro del plazo de treinta (30) días calendario antes de la llegada del medio de transporte;
- b) Diferido : dentro del plazo de quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente del término de la descarga;
- c) Urgente : en el plazo que establezca el reglamento.

En el caso del literal a), las mercancías deben arribar en un plazo no superior a treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la fecha de la numeración de la declaración.

Vencido el plazo previsto en el literal b), las mercancías caen en abandono legal y solo podrán ser sometidas a los regímenes aduaneros establecidos en el Reglamento de la Ley General de Aduanas.

Es de precisar, que para efectos del análisis del presente trabajo, se va a tomar en consideración el despacho aduanero diferido o también denominado despacho excepcional.

#### **1.3.2.4 Sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera.-**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley General de Aduanas son sujetos pasivos de la obligación tributaria aduanera los contribuyentes y responsables. Según este mismo artículo, son contribuyentes el dueño o consignatario.

El concepto de importador o exportador, según Basaldúa (2006) no se confunde con el de propietario o dueño de la mercadería. Se trata de dos calidades que pueden o no coincidir en la misma persona. Así pues, señala que para importar o exportar una mercadería basta tener sobre ella la disponibilidad jurídica suficiente para darle cualquiera de esos destinos aduaneros (importar o exportar).

Ahora bien, con relación a la palabra “consignatario”, cabe mencionar que de acuerdo al autor antes mencionado, en el Código Aduanero (se entiende en el código argentino), no se emplea la palabra “consignatario” sino llegado el caso se hace referencia “al destinatario” o a la mercadería “destinada” a una persona.

De acuerdo a Basaldúa (2006), la calidad de destinatario que ostenta una persona con relación a otras (las partes del contrato de transporte respectivo : cargador y transportista) no es de interés en principio del servicio aduanero, por cuanto la misma resulta de una relación contractual respecto de la cual la aduana permanece ajena, mientras que la calidad de importador es una calidad que se asume ante el servicio aduanero, cuando se solicita a dicho servicio, la destinación aduanera de importación para la mercancía respecto de la cual tiene disponibilidad jurídica el destinatario.

Por su lado, Gonzales Grajera sostiene que si bien el ordenamiento privado (contrato de transporte y fletamento) tiene intervención en el momento de determinar quién es la persona que detenta la calidad de “consignatario”, quien tiene derecho de ocupar esa posición jurídica ante la Aduana, la situación de poder, su contenido, el carácter y naturaleza de esta situación, la da el Derecho Aduanero. (Citado en Adriazola, 1999,p.142)

De cualquier modo y habida cuenta de lo dispuesto en los ordenamientos legales vigentes relativos al derecho tributario material, se puede concluir que la calidad de destinatario o consignatario resulta una de las posibles formas de estar legitimado frente al servicio aduanero para decidir sobre la destinación aduanera de la mercadería. (Basaldúa, 2006)

En tanto que Basaldúa alude al “importador” como la persona que realiza los trámites o cumple las formalidades aduaneras para la importación de la mercancía ante el servicio aduanero, Adriazola (1999) designa como “importador” al comerciante, industrial o particular así éste realice o no a su nombre los trámites de importación ante el servicio aduanero. Así pues, Adriazola (1999) sostiene que cuando el consignatario actúa en nombre y por cuenta propia parece existir unanimidad en considerarlo como el único sujeto pasivo del tributo aduanero, pero cuando dicho consignatario actúa por cuenta ajena cierto sector de la doctrina considera que la figura del sujeto pasivo se desdobra : “El contribuyente sería la persona por cuya cuenta actúa el consignatario, que es el importador, dueño de la mercancía; y el consignatario que aparecía como sustituto del contribuyente”.(Adriazola, 1999, p.143)

Cortés Lampreave entiende que la importación la realiza el titular de la operación comercial y que desde este hecho surge una obligación tributaria a cargo de un tercero, el consignatario que es quien, por disposición de la ley, queda obligado en lugar del primero al cumplimiento de todas las obligaciones, tanto materiales como formales, de la relación tributaria. Esta situación según señala Cortes Lampreave sólo puede darse en consideración del consignatario puro, esto es, como si se tratara de una profesión especial, siendo así que el consignatario sólo es un profesional en determinados casos, mas el consignatario, o mejor dicho, la consignación, no es más que una cualidad jurídica que ostenta la persona. (Adriazola 1999)

En el caso de las consignaciones modernas en la mayoría de las operaciones aparece como consignatario el propio comerciante industrial o particular que realiza la importación. (Adriazola, 1999) Esto que podría tener lugar por ejemplo cuando la compraventa de mercancías ha tenido lugar con anterioridad a la conclusión del contrato de transporte en cuyo caso el conocimiento de embarque es emitido a la orden del destinatario o consignatario que es a su vez el comprador<sup>2</sup> en una operación de compraventa internacional de mercancías. (Recalde, 1992)

No obstante lo antes señalado acerca de la figura del “sustituto”, Adriazola (1999) sostiene que, incluso en la actuación profesional como consignatario por cuenta ajena parece difícil la calificación como sustituto, esto por cuanto se debe tomar en consideración el principio de Reserva de la Ley, de acuerdo a la cual no podría presumirse la sustitución si ésta no viene expresamente reconocida y afirmada por un texto de rango suficiente. Esto ya que en ninguna disposición legal se ha establecido que el consignatario actúe como sustituto del contribuyente.

#### **1.3.2.5 La operación de reembarque y su vinculación con el trámite de mercancías solicitadas a destinación aduanera.-**

Según el artículo 96 de la Ley General de Aduanas el reembarque es el régimen aduanero que permite que las mercancías que se encuentran en un punto de llegada en espera de la asignación de un régimen

---

<sup>2</sup> En el supuesto mencionado, “la tutela del adquirente (el comprador/destinatario, a cuya orden se emitió el conocimiento de embarque) presenta particulares problemas de fundamentación desde la óptica de su encuadramiento en la dogmática tradicional de los títulos – valor. En la medida que aparece designado como primer titular legitimado del crédito cartular, el porteador le podría oponer los pactos y excepciones de la relación subyacente. La protección del destinatario sólo será plenamente efectiva si se admite que aquél a cuya orden se emite el conocimiento de embarque puede ser un tercero cartular. Esta postura, particularmente extendida en la doctrina alemana, se basa en que cuando el porteador entrega el documento al cargador/vendedor – no designado, por hipótesis en el título, en el que el comprador aparece como legitimado cartular – se perfecciona la emisión del título valor. En este sentido se parte que el cargador a quien el porteador entrega el documento será siempre y en todo caso primer tomador de la relación cartular, incluso aunque no venga designado en el título.” RECALDE CASTELLS, Andrés: “El Conocimiento de Embarque y otros Documentos del Transporte” Editorial Civitas, S.A., Madrid, España. 1992. Pág. 260.

aduanero puedan ser reembarcadas desde el territorio aduanero con destino al exterior.

De conformidad con el artículo 131 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, mediante el régimen de reembarque procede la salida de mercancías solo con destino al exterior, siempre que no tenga otra destinación aduanera en trámite.

De conformidad con el artículo 97 de la Ley General de Aduanas, por excepción será reembarcada, dentro del término que fije el Reglamento, la mercancía destinada a un régimen aduanero que, como consecuencia del reconocimiento físico, se constate lo siguiente:

- a) Su importación se encuentre prohibida, salvo que por disposición legal se establezca otra medida;
- b) Su importación se encuentre restringida y no cumpla con los requisitos establecidos para su ingreso al país;
- c) Se encuentre deteriorada;
- d) No cumpla con el fin para el que fue importada.

#### **1.3.2.6 Extinción de la obligación tributaria aduanera.-**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley General de Aduanas la obligación tributaria aduanera se extingue además de los supuestos señalados en el Código Tributario, por la destrucción, adjudicación, remate, entrega al sector competente, por la reexportación o exportación de la mercancía sometida a los regímenes de admisión temporal para reexportación en el mismo estado y admisión temporal para perfeccionamiento activo, así como por el legajamiento de la declaración de acuerdo a los casos previstos en el Reglamento de la Ley General de Aduanas.

### **1.3.2.7 El abandono legal.-**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley General de Aduanas, el abandono legal es la institución jurídica aduanera que se produce en los supuestos contemplados en dicha Ley.

Según ese mismo artículo, las mercancías se encuentran en abandono legal por el sólo mandato de la ley, sin el requisito previo de expedición de resolución administrativa, ni de notificación o aviso al dueño o consignatario.

El artículo 178 de la Ley General de Aduanas establece que se produce el abandono legal a favor del Estado cuando las mercancías:

- a) No hayan sido solicitadas a destinación aduanera dentro del plazo establecido para el despacho diferido, o dentro del plazo de la prórroga otorgada para destinar mercancías previsto en el artículo 132 de la Ley General de Aduanas.
- b) Hayan sido solicitada a destinación aduanera y no se ha culminado su trámite dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente a la numeración de la declaración o dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario cuando se haya numerado una declaración bajo la modalidad de despacho anticipado.

Según Munive (1995) con el abandono legal cesan relativa o plenamente los derechos de propiedad y de posesión detentados por el dueño, consignatario o consignante. Así pues, según este autor, cuando el abandono es legal, la transferencia de los derechos reales sobre la mercancía a favor de la Aduana, es relativa, ante el hecho que el propietario, consignatario o consignante, puede recuperar la mercancía hasta antes de su disposición aduanera, pagando el adeudo.

Tocunaga (1998) al referirse al abandono legal de mercancías sin destinación aduanera, sostiene que si no se ha presentado la Declaración de importación, no se ha producido la obligación tributaria. Pues de lo contrario se estaría pretendiendo imponer a alguien una obligación tributaria que no está en condiciones de asumir o de un acto que ya no tiene voluntad de realizar. “En este caso mal podría el fisco obligar a pago alguno a quien no tiene interés en acceder al sistema de despacho aduanero”. (p.48)

#### **1.3.2.8 Efectos jurídicos del nacimiento de la obligación tributaria aduanera en el régimen de importación.-**

Conforme se ha mencionado antes, con la numeración de la Declaración de Aduana nace la obligación tributaria. Numeración que se origina como consecuencia de la destinación o manifestación de voluntad expresada por el consignatario o dueño de la mercancía a través de la formulación de la Declaración de Aduana.

Se sostiene que la Declaración de Aduanas tiene naturaleza de Declaración Jurada y la manifestación de voluntad contenida en la misma (destinación aduanera), produce efectos jurídicos, y que dan lugar a su vez; al inicio de las relaciones jurídicas entre el particular y la Administración Aduanera. De ahí que la Declaración aduanera resulta relevante para todo aquel que la presente por vía física o por medios electrónicos, sea a nombre propio (importador) o en representación de otro (agente de aduana).

En el marco de la Ley General de Aduanas, Los efectos<sup>3</sup> jurídicos que se derivan del nacimiento de la obligación tributaria son los siguientes :

---

<sup>3</sup> “Se define la eficacia del orden jurídico como el hecho de que la conducta real de los hombres corresponda al orden jurídico “(Kelsen, Teoría Pura, pág. 103). La eficacia según la Enciclopedia Jurídica Omeba es un concepto que se acerca, e incluso llega a veces, según los autores y doctrinas, a identificarse con otros términos de la teoría general de la ciencia jurídica: vigencia, efectividad, positividad, etcétera. (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, p. 715).

- a) Interrupción del plazo de abandono legal, en el entendido que una mercancía con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida recién cae en abandono legal, transcurridos treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente a la numeración de la declaración o dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario cuando se haya numerado una declaración bajo la modalidad de despacho anticipado.
- b) Se produce el abandono legal del envío, en caso de que no se concluya con el trámite de nacionalización dentro de los 30 días calendario contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración. Ver literal b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas, relativo a la no culminación del trámite iniciado pero no concluido.
- c) De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 150 de la Ley General de Aduanas, la obligación tributaria aduanera en el despacho excepcional se hace exigible a partir del día calendario siguiente a la fecha de la numeración de la declaración.
- d) Generación de intereses moratorios sobre el monto de los tributos exigibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley General de Aduanas.

### **1.3.3 La Unión Postal Universal y las disposiciones de sus Actas vinculadas con el tratamiento de los envíos postales en el país de origen y en el país de destino**

#### **1.3.3.1 La Unión Postal Universal (UPU).-**

En vista que los acuerdos bilaterales entre países no podían satisfacer, en el futuro, las crecientes necesidades creadas por el rápido desarrollo de las relaciones internacionales, en 1868, un alto funcionario de la

Administración de la Confederación de Alemania del Norte sentó las bases de un proyecto de unión postal que comprenda a los diferentes países del mundo. Este funcionario propuso a su gobierno que se sometiera este proyecto a las deliberaciones de una Conferencia de plenipotenciarios, la que se reunió en Berna (Suiza) el 15 de setiembre de 1874. (Oficina Internacional de la Unión Postal Universal, 1972)

En dicho Congreso se reunieron plenipotenciarios de 22 países, el mismo que se clausuró con la firma del tratado de Berna (1874) que consagró el primer Convenio colectivo o multilateral que reglamentaba el servicio postal internacional, y la fundación de la “Unión General de Correos”. Tres años más tarde, ante las numerosas adhesiones producidas desde la entrada en vigor del Tratado de Berna, la “Unión General de Correos” tomó la denominación de “Unión Postal Universal”.

Mucho tiempo después, en 1947, la Organización de las Naciones Unidas reconoció a la Unión Postal Universal como un organismo especializado, es decir un organismo creado por un acto intergubernamental y con amplias atribuciones internacionales en el campo económico. Reconoció además, que la UPU era, en materia de servicio postal internacional, y conforme a su Acta constitutiva, la única organización con competencia en esa esfera.(Oficina Internacional de la Unión Postal Universal, 2000)

En la actualidad la Unión Postal Universal reúne a 192 países, incluyendo el Perú. (Universal Postal Unión, 2017)

#### **1.3.3.2 Las Actas de la Unión Postal Universal.-**

Entre las Actas que figuran en el artículo 22 de la Constitución de la Unión Postal Universal, cabe señalar las siguientes:

- La Constitución, la misma que viene a ser el Acta fundamental de la Unión Postal Universal. Contiene las reglas orgánicas de la Unión y no puede ser objeto de reservas.
- El Reglamento General incluye las disposiciones que aseguran la aplicación de la Constitución y el funcionamiento de la Unión. Es obligatorio para todos los países miembros y no puede ser objeto de reservas.
- El Convenio Postal Universal, el Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia y el Reglamento relativo a Encomiendas Postales incluyen las reglas comunes aplicables al servicio postal internacional. Estas Actas son obligatorias para todos los países miembros.

A continuación se hace una descripción más detallada del contenido de las Actas vinculadas con la prestación del servicio postal:

a) **Convenio Postal Universal.-**

El Convenio Postal Universal contiene principios y disposiciones generales que regulan la prestación del servicio postal internacional. Asimismo, entre otros aspectos, establece los lineamientos o directrices de carácter contable y operativo que deben cumplir las Administraciones Postales.

b) **Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia.-**

El Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia contiene entre otros aspectos, disposiciones específicas vinculadas con el tratamiento de los envíos de correspondencia y con la ejecución de las obligaciones contables y operativas por parte de las Administraciones Postales. Obligaciones que tienen como base las estipulaciones del Convenio Postal Universal.

c) **Reglamento de Encomiendas Postales.-**

El Reglamento de Encomiendas postales contiene entre otros aspectos, disposiciones específicas vinculadas con el tratamiento de

las encomiendas postales y con la ejecución de las obligaciones contables y operativas por parte de las Administraciones Postales. Obligaciones que tienen como base, igualmente las estipulaciones del Convenio Postal Universal.

Según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 22 de la Constitución de la UPU modificada por los Congresos de Washington 1989, de Seúl 1994 y de Beijing 1999, los Reglamentos, entre ellos, el Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia y el Reglamento de Encomiendas Postales son adoptados por el Consejo de Explotación Postal<sup>4</sup> en base a las decisiones adoptadas en el Congreso de la UPU.

### **1.3.3.3 El Principio de pertenencia en el marco del Convenio Postal Universal.-**

Según el numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal, el envío postal pertenece al expedidor hasta tanto no haya sido entregado al derechohabiente, salvo si dicho envío hubiere sido confiscado por aplicación de la legislación del país de origen o de destino y, en caso de aplicación del artículo 18.2.1.<sup>5</sup>ó 18.3<sup>6</sup>, de acuerdo con la legislación del país de tránsito.

Al respecto, según el Vocabulario Políglota del Servicio Postal Internacional de la Oficina Internacional de la Unión Postal Universal (1997), el derechohabiente es la persona calificada para hacer valer un derecho ante una Administración Postal [*personne qualifiée pour faire valoir un droit auprès d' une Administration postale*]. Calidad que en un informe de la Unión Postal Universal (2004) es atribuido al destinatario del envío postal.

---

<sup>4</sup>Órgano permanente de la UPU que tiene a su cargo las cuestiones de explotación, comerciales, técnicas que interesen al servicio postal.

<sup>5</sup> Prohibición de incluir en los envíos postales, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>6</sup> Prohibición de incluir en los envíos postales, materias explosivas, inflamables o radiactivas y otras materias peligrosas.

El numeral 3 del artículo 5, además establece que los países miembros efectuarán la devolución al expedidor de los “envíos no distribuibles”. Un “envío no distribuible” de acuerdo a la definición del Vocabulario Políglota del Servicio Postal Internacional de la Unión Postal Universal (1997) es aquel envío que no puede ser puesto a distribución por cualquier motivo que sea [*Envoi qui ne peut pas être mis en distribution pour quelque raison que ce soit*].

En vista que tal devolución (numeral 3) parte de la premisa bajo la cual el envío pertenece al expedidor en tanto no sea entregado al destinatario (numeral 1), pareciera que el término “distribución” en el contexto del artículo 5 es sinónimo de “entrega física”. Lo cual resultaría correcto ya que de acuerdo al Vocabulario de la Unión Postal Universal (1997) el término “distribución postal” viene a ser la entrega de los envíos a los destinatarios [*remise des envois aux destinataires*], esto es la entrega real o material del envío, tomando en consideración que el servicio postal internacional tratándose de bienes o mercancías, comprende la distribución física de los mismos.

En ese sentido, se puede concluir que los envíos postales que por cualquier motivo no son distribuidos (envíos no distribuibles) a los destinatarios de los mismos deben ser devueltos al país de origen para su entrega al expedidor en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal.

De otro lado, y habida cuenta que para efectos de una mejor aclaración del sentido del artículo 5 del Convenio, se viene recurriendo a los términos definidos en el Vocabulario Políglota del Servicio Postal Internacional, cabe señalar al respecto, que según lo expresado en el prefacio de dicho Vocabulario, la elaboración del mismo fue decidida por el Congreso de la UPU de Bruselas de 1952, esencialmente para facilitar la aplicación de las Actas de la UPU. Esto es, para efectos de permitir

garantizar una interpretación idéntica de dichas Actas en todos los países miembros de la Unión.

#### 1.3.3.4 Clasificación de envíos postales según el Convenio Postal .-

En el marco de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Postal Universal, los envíos se clasifican principalmente en **envíos de correspondencia y encomiendas**.

- **Envíos de Correspondencia.**- Los envíos de correspondencia según su contenido incluyen o se sub clasifican a su vez en los siguientes tipos de envío:
  - a) Carta.- Envío de correspondencia que tiene en principio el carácter de una correspondencia actual y personal. Así este tipo de envío cumple su objetivo al momento en el cual ésta llega a su destinatario y del cual el contenido constituye un lazo entre el expedidor y el destinatario. (Unión Postal Universal, 1997)
  - b) Tarjetas postales.- Envío de correspondencia constituida por una hoja de cartón o de papel resistente.
  - c) Impresos.- Los impresos son reproducciones obtenidas sobre papel, cartón u otros materiales de uso corriente en la imprenta, en varios ejemplares idénticos, por medio de un procedimiento autorizado por la Administración de origen.
  - d) Cecogramas.- Se admiten como cecogramas a envíos de hasta 7 kilogramos, siempre que cumplan con ciertos requisitos, esto es, que se trate de cartas cecográficas abiertas y de clisés que lleven signos de cecografía. Asimismo, es facultativa bajo este sistema la admisión de grabaciones sonoras expedidas por un ciego o dirigidas a un ciego.
  - e) Sacas "M" o saca especial.- Saca formada por un expedidor y conteniendo impresos a la dirección de un mismo destinatario y de un mismo destino. El peso de esta saca es hasta 30 kilogramos.

- e) Pequeño Paquete.- Envío con un peso no mayor de 2 kilogramos. Envío en el que se permite incluir además del contenido del mismo, cualquier otro documento que tenga el carácter de correspondencia actual y personal.

Conforme se puede notar de las definiciones antes señaladas, el término “envío de correspondencia” para efectos postales no sólo comprende a envíos conteniendo documentos con carácter actual o personal, sino también comprende a envíos conteniendo mercancías. De ahí que es importante distinguir por un lado, los envíos de correspondencia (conteniendo mercancías) que pueden ser sujetos a reconocimiento físico por parte de la autoridad aduanera, y por otro lado, distinguir aquellos envíos de correspondencia (conteniendo un documento de carácter personal y actual como por ejemplo una carta, una tarjeta postal etc.) cuyo secreto e inviolabilidad se encuentra protegido o garantizado por el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y que por lo tanto no pueden ser sujetos a reconocimiento físico.

Así pues, el término “envío de correspondencia” tiene diferentes alcances, según se trate del ámbito postal internacional o según se trate de la aplicación de las disposiciones de la legislación interna de nuestro país.

Se hace tal acotación en vista que el tema objeto de análisis de la presente tesis sólo está referido a los envíos de correspondencia conteniendo mercancías (ejemplo: pequeños paquetes, sacas “M”), las encomiendas postales y los envíos EMS<sup>7</sup> conteniendo mercancías.

Según el artículo 16 del Convenio Postal Universal, el EMS es un servicio postal exprés destinado a la transmisión de documentos y

---

<sup>7</sup> Envío postal denominado EXPRESS MAIL SERVICE cuya característica es similar a la de un servicio expreso o courier. Servicio que se regula por Acuerdos Bilaterales entre Administraciones Postales.

mercaderías y que se caracteriza por ser el más rápido de los servicios postales por medios físicos. De conformidad con este artículo, este tipo de servicio puede ser prestado sobre la base del Acuerdo tipo EMS multilateral o de acuerdos bilaterales.

- **Encomiendas Postales.**- Envíos con un peso de hasta 20 kilogramos. El tratamiento de una encomienda con un peso mayor es facultativo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 13 del Convenio Postal Universal.

#### **1.3.3.5 Condiciones y requisitos establecidos en el país de origen para la prestación del servicio postal internacional.-**

El expedidor solicita la prestación del servicio postal a la Administración Postal de origen, pagando para tal efecto la tarifa correspondiente al servicio requerido, la misma que en la versión traducida al español de las Actas de la UPU figura como “tasa”. Término que según el Vocabulario políglota de la UPU significa: precio fijado, determinado por un convenio o por el uso [*prix fixé, réglé par une convention ou par l’usage*]. (Oficina Internacional de la Unión Postal Universal, 1997)

La referida “tasa” según la legislación de cada país <sup>8</sup> puede constituir “precio público” o constituir una especie de tributo o según el caso,

---

<sup>8</sup> De acuerdo con Héctor Villegas (2002) en su libro “Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario” existen varias teorías que diferencian la “tasa” del “precio público”, mencionando entre ellas las siguientes :

- “
- a) Algunos teóricos sostienen que hay precio cuando la prestación del servicio deja margen de utilidad, y tasas cuando el producto se limita a cubrir el costo del servicio (Einaudi y Cammeo).
  - b) Otro criterio sostiene que cuando el Estado presta el servicio en condiciones de libre competencia, nos hallamos ante un precio, y que, cuando lo hace en condiciones monopólicas debemos hablar de tasas (Duverger).
  - c) Según otra posición, el carácter de tasa o de precio debe deducirse esencialmente del modo en que la relación aparezca legalmente disciplinada, teniendo en cuenta sobre todo su desenvolvimiento histórico. Se sostiene que, según el régimen jurídico que se haya adoptado para regular determinada relación , se desprenderá si ésta ha sido configurada con arreglo al esquema del contrato (precio) o de una obligación emanada no de la voluntad de las partes sino directamente de la ley (tasas). En esta posición se hallan Giannini, Giuliani Fonrouge y Ataliba, entre otros.

puede ocurrir también que la legislación de un país determine la concurrencia de ambos conceptos con diferente naturaleza jurídica, éste era el caso por ejemplo de algunas leyes postales que por un lado, le otorgaban naturaleza tributaria (tasa) a la tarifa cobrada únicamente por la “prestación del servicio postal universal”, servicio que conforme lo define el numeral 1.14 del artículo 1 del Convenio Postal Universal viene a ser la “prestación permanente a los clientes de servicios postales básicos de calidad, en todos los puntos del territorio de un país, a precios asequibles” y por otro lado; le otorgaban la naturaleza de precio público a los servicios distintos del “servicio postal universal” (servicios postales no básicos).

A propósito de la naturaleza jurídica del monto o la tarifa pagada por el expedidor a la Administración Postal de origen, cabe precisar que contrariamente a lo que se cree, debido sobre todo al rol social preconizado principalmente en el artículo 1 y 3 del Convenio Postal Universal, la calidad de Administración Postal no sólo puede ser detentada por una entidad de derecho público sino también por una empresa u “organismo privado habilitado por su gobierno para proporcionar servicios postales internacionales conforme a las disposiciones de las Actas de la Unión Postal Universal”. (Convenio de Kyoto – versión revisada, 1999).

A continuación, se señala con mayor detalle, ciertos aspectos vinculados con las condiciones de depósito del envío en el país de origen :

- 
- d) Una última posición diferencia tasa de precio, afirmando que la ejecución de actividades inherentes a la soberanía sólo puede dar lugar a tasas, y que todos los otros montos que el Estado exija como contraprestación de un bien, la concesión de uso o goce, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio no inherente, da lugar a un precio, que podrá ser un precio público, pero que no es tasa.  
Para esta concepción, las sumas de dinero que se exigen, por ejemplo, con motivo de servicios postales, telegráficos, telefónicos, y de comunicaciones en general, de utilización de transportes estatizados, de provisión de electricidad y energía, de provisión de gas natural, de agua corriente y servicios cloacales, de aportes de alumnos en centros de estudio estatales etc., no son otra cosa que precios públicos.”(p. 185).

a) Pago por la prestación del servicio postal internacional.-

El monto o tarifa que paga el expedidor por el transporte o distribución internacional de un envío de correspondencia a través de la red postal de la UPU se denomina exactamente “tasa de franqueo”, este monto es calculado por la Administración Postal de origen en base a las tasas indicativas<sup>9</sup> que figuran en el numeral 1 del artículo 105 del capítulo 2 del Reglamento de Envíos de Correspondencia.

Las tasas indicativas son objeto de revisión y modificación por el Consejo de Explotación Postal de la UPU (órgano no permanente de la Unión Postal Universal) en el intervalo entre dos Congresos.

En cuanto al monto que paga el expedidor por el transporte o distribución internacional de una encomienda postal a través de la red postal de la UPU, cabe señalar que el Reglamento de Encomiendas internacionales no establece tasa indicativa alguna, sin embargo para el caso de la distribución de encomiendas por vía aérea, el numeral 2 del artículo 110 del Reglamento de Encomiendas internacionales establece que los montos o sobretasas<sup>10</sup> deben guardar relación con los gastos de transporte aéreo y ser uniformes por lo menos para todo el territorio de cada país de destino, cualquiera sea el encaminamiento utilizado.

b) Condiciones de admisión o depósito del envío.-

El artículo 125 del Reglamento de envíos de correspondencia establece los requisitos que deben tener los envíos de correspondencia para su admisión o depósito, lo que comprende el acondicionamiento, el embalaje, el código de identificación del envío

---

<sup>9</sup> Las tasas indicativas vienen a ser las tarifas referenciales que figuran en el artículo 105 del Reglamento de Envíos de Correspondencia. Tarifas que son expresadas en DEG (Derecho Especial de Giro) por tipo de envío postal y por escalón de peso.

<sup>10</sup> Tasa suplementaria aplicable a los envíos del correo aéreo (avión y SAL) y a las encomiendas postales.

definido en la norma S18 de la Compilación de Normas Técnicas de la UPU, especificaciones para la consignación de los datos del expedidor y el destinatario, el tipo de papel utilizado, la forma del envío, etc.

De forma similar, el artículo 117 del Reglamento de Encomiendas Postales regula las condiciones de aceptación de dicha categoría de envío.

c) Utilización de los formularios UPU CN22 y CN23 para el control aduanero de los envíos postales.-

Para facilitar el control aduanero de los envíos postales en el país de origen y en el país de destino, el artículo 156 del Reglamento de Envíos de Correspondencia<sup>11</sup> y el artículo 151 del Reglamento de Encomiendas Postales<sup>12</sup> del Convenio Postal Universal han previsto la utilización de los formularios UPU CN22 (formulario para los envíos de correspondencia principalmente) y CN23 (formulario para las encomiendas). Documentos en los cuales el expedidor del envío postal consigna entre otros datos, el contenido y el valor del envío postal. De ahí que adoptan también en dichos Reglamentos, la denominación de “Declaración de Aduana”.

Sobre el particular, es de señalar que la norma 9 del capítulo 2 del Anexo Específico “J” del Convenio Internacional para la Simplificación de los Procedimientos Aduaneros (Convenio de Kyoto revisado 1999 ) establece que cuando toda la información exigida por la aduana figure en el formulario CN22 o declaración de mercancías,

---

<sup>11</sup>El numeral 1 del artículo 156 del Reglamento de Envíos de Correspondencia, establece que los envíos que deban someterse a control aduanero deben llevar una declaración de aduana CN22 o una etiqueta volante del mismo modelo. La declaración de aduana CN22 se colocará del lado del sobrescrito y, en lo posible, en el ángulo superior izquierdo, dado el caso debajo del nombre y de la dirección del expedidor.....”

<sup>12</sup> El artículo 151 del Reglamento de Encomiendas establece que las Administraciones postales deben asegurarse que la Declaración de Aduana CN23 sea completada correctamente con el objeto de facilitar el despacho aduanero de los envíos.

no se requerirá la formulación adicional de una Declaración de Aduana aprobada por la legislación interna de un país, salvo en los siguientes casos :

- Mercancías con valor superior al monto establecido por la legislación nacional.
- Las mercancías sometidas a prohibiciones o restricciones o sujetas al pago de derechos e impuestos a la exportación.
- Las mercancías cuya exportación deba ser certificada.
- Las mercancías importadas destinadas a ser colocadas bajo un régimen aduanero distinto del régimen de importación para el consumo.

Con relación a los efectos que genera la información consignada en dichas declaraciones de aduana, es de señalar que el numeral 12 del artículo 156 del Reglamento de Envíos de Correspondencia establece que los operadores designados no asumirán responsabilidad alguna en lo relativo a las declaraciones de aduana por cuanto su formulación es de exclusiva responsabilidad del expedidor. No obstante ello, este inciso establece que los operadores designados del país de origen deben tomar todas las disposiciones razonables para informar a sus clientes sobre la manera de llevar a cabo las formalidades aduaneras y, en especial, deben asegurarse de que las declaraciones de aduana CN22 y CN 23 sean completadas correctamente, con el objeto de facilitar el rápido despacho aduanero de los envíos.

### **1.3.3.6 Plazo de permanencia o conservación de los envíos postales en el país de destino.-**

Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia, los operadores designados (los correos del país de destino) deben efectuar la devolución de los envíos que por cualquier motivo, no hubieren podido ser entregados a los destinatarios.

De ahí que el numeral 5 del artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia establece las condiciones y los plazos para la devolución de los envíos postales de correspondencia conforme se indica a continuación:

- Bajo reserva de las disposiciones de la legislación del país de destino, los envíos no distribuibles<sup>13</sup> se devolverán al operador designado del país de origen.
  - Los envíos rechazados por el destinatario o cuya entrega fuere evidentemente imposible deberán devolverse en forma inmediata.
  - Los demás envíos no distribuibles serán conservados por el operador designado del país de destino durante el plazo fijado por su reglamentación. Sin embargo, el plazo de conservación no podrá exceder de un mes, salvo casos especiales en que la administración de destino juzgue necesario prolongarlo a dos meses como máximo. La devolución al país de origen se efectuará dentro de un plazo más reducido si el expedidor lo hubiere solicitado por medio de una anotación consignada en el sobrescrito en una lengua conocida en el país de destino.

Tratándose de las encomiendas, cabe señalar que el artículo 142 del Reglamento de Encomiendas establece lo siguiente con relación al plazo de conservación y devolución al país de origen de este tipo de envíos:

---

<sup>13</sup>Envío no distribuible es aquel que no puede ser puesto a distribución por cualquier razón que sea. (Bureau International de l'Union Postale Universelle, 1997, P. 100).

- La encomienda cuya llegada haya sido notificada al destinatario se conservará a su disposición quince días, o a lo sumo un mes, a partir del día siguiente al del envío del aviso. Este plazo según este artículo puede prolongarse excepcionalmente a dos meses si la reglamentación del país de destino lo permite.
- Cuando la llegada de la encomienda no haya podido notificarse al destinatario, se aplicará el plazo de conservación que determine la reglamentación del país de destino. Este mismo plazo se aplicará también a las encomiendas dirigidas a Lista de Correos. Plazo que comenzará a correr al día siguiente del día en que la encomienda se encuentre a disposición del destinatario. No podrá exceder de dos meses. La devolución de la encomienda deberá efectuarse en un plazo más breve, si el expedidor lo hubiese solicitado en una lengua conocida en el país de destino.
- Si después de finalizado el control aduanero de una encomienda llega a transcurrir un lapso superior a tres meses, el operador designado de destino deberá pedir al operador designado del país origen instrucciones con respecto a dicha encomienda.
- Si el operador designado del país de destino no llega a cumplir con las disposiciones indicadas deberá pagar las cuotas-parte y las tasas adeudadas por la devolución al país de origen.

Según el diccionario políglota de la UPU, el plazo de conservación de los envíos postales pendientes viene a ser el plazo durante el cual los envíos postales son puestos a disposición de los destinatarios.

Asimismo, el inciso 9 del artículo 144 establece lo siguiente:

“Las encomiendas devueltas al expedidor estarán sujetas al pago de las cuotas parte que implique la nueva transmisión. También estarán sujetas al pago de las tasas y los derechos no anulados que se adeuden al operador designado de destino al efectuarse la devolución al expedidor. Estas encomiendas serán tratadas por el operador designado de destino

de acuerdo con su propia legislación. Sin embargo, si el expedidor abandona una encomienda que no ha podido ser entregada al destinatario, ni el expedidor, ni los operadores designados estarán obligados a pagar las tasas postales, los derechos de aduana u otros gastos en que pueda incurrirse en relación con la encomienda en cuestión.”

#### **1.3.3.7 Efectos jurídicos del vencimiento del plazo de permanencia o conservación en el país de destino.-**

Los efectos que se derivan del vencimiento del plazo de permanencia o conservación son los siguientes:

- a) La devolución del envío de correspondencia (envío no distribuible) al país de origen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento de Envíos de Correspondencia, concordante con lo dispuesto en el numeral 1 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal. Devolución cuyo trámite es realizado por el operador designado (el correo del país de destino) sin el asentimiento del destinatario.
- b) La devolución de la encomienda al país de origen de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 144 del Reglamento de Encomiendas postales, concordante con el numeral 1 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal. Supuestos en los cuales el expedidor o remitente ha dispuesto el retorno del envío en el formato CP 71 en el momento del depósito del envío. Devolución cuyo trámite es realizado por el operador designado (el correo del país de destino) sin el asentimiento del destinatario.
- c) Abandono de la encomienda, en el supuesto establecido en el numeral 9 del artículo 144 del Reglamento de Encomiendas Postales.

### **1.3.3.8 Facultad del expedidor y del destinatario sobre el envío objeto de depósito.-**

A continuación se mencionan tales facultades según las Actas de la UPU :

- a) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal, el expedidor conserva el derecho de pertenencia del envío, hasta tanto el envío no haya sido entregado al derecho habiente (destinatario).
- b) De conformidad con el numeral 2 del artículo 5 del Convenio Postal, el expedidor puede retirar su envío del servicio o hacer modificar o corregir su dirección.
- c) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de Encomiendas Postales el expedidor tiene la potestad de disponer al momento del depósito de la encomienda, la devolución o abandono de su encomienda en caso que no sea entregado al destinatario.
- d) De conformidad con el numeral 9 del artículo 23 del Convenio Postal Universal, el destinatario tendrá derecho a la indemnización por un envío certificado, una encomienda ordinaria o un envío con valor declarado expoliado, averiado o perdido si el expedidor renuncia por escrito a sus derechos a favor del destinatario. Según este mismo numeral esta renuncia no será necesaria cuando el expedidor y el destinatario sean la misma persona.

### **1.3.3.9 Obligaciones de la Administración postal de destino con relación a los envíos no entregados o no distribuidos a los destinatarios.-**

Las facultades de la Administración Postal de destino son las siguientes :

- a) En aplicación de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia, el operador designado del país de destino (el correo del país de destino) debe efectuar la devolución al expedidor de los envíos que, por cualquier motivo, no hubieren sido entregados a los destinatarios. Artículo concordante con el numeral 1 y 3 del artículo 5 del Convenio postal Universal.
  
- b) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Reglamento de Envíos de Correspondencia, los operadores designados (los correos del país de destino) se comprometerán a gestionar, ante los servicios pertinentes de sus países, la anulación de los derechos de aduana y otros derechos correspondientes a los envíos devueltos a origen, destruidos etc.
  
- c) En aplicación de lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 144 del Reglamento de Encomiendas Postales, el operador designado del país de destino (el correo del país de destino) debe devolver las encomiendas que no hubieren podido ser entregados al destinatario. Supuestos que comprenden la devolución de la encomienda como consecuencia de la indicación formulada sobre la CP71 por el expedidor en el momento del depósito de la encomienda.
  
- d) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Reglamento de Encomiendas postales la Administración postal de destino debe intervenir ante las autoridades competentes de sus países para que se anulen los derechos (los de aduana, entre

ellos) cuando corresponda a una encomienda devuelta al expedidor.

### **1.3.4 Las Actas de la UPU frente al Derecho interno de un país.-**

#### **1.3.4.1 Los tratados internacionales frente al Derecho interno de un país.-**

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, el “tratado” viene a ser un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Conforme a lo señalado en el mismo artículo, se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, al acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

El consentimiento de un tratado se expresa a través de una serie de etapas, se inicia con la negociación, prosigue con la suscripción y finaliza con el canje de ratificaciones. (Solari, 1983)

En caso que un Estado no haya intervenido en la etapa de negociación o no lo haya suscrito dentro del plazo abierto a la firma, dicho Estado puede formar parte del tratado mediante la adhesión conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Convención de Viena. De ahí que la adhesión tiene los mismos efectos que la ratificación en la medida que un Estado se convierta en parte del tratado.

Según el artículo 24 de la Convención de Viena los tratados entran en vigor de la manera y fecha que en ellos se disponga o que acuerden los Estados negociadores, generalmente un tratado entra en vigor después de haber sido ratificado.

La aplicación del Derecho internacional conduce a establecer la relación que existe entre éste y la legislación interna de un país. A este efecto, es

esencial que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que en caso de conflicto entre ambos Derechos, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia o aplicación de las normas internacionales. (Pastor, 1996)

Frente a esa situación, existen teorías sobre el carácter fundamental de las relaciones entre ambos ordenamientos, entre estas teorías se encuentran, las citadas por Pastor (1996) y que son las siguientes: el dualismo, el monismo y las doctrinas llamadas coordinadoras.

Así en la concepción de TRIEPEL, el dualismo inicia con dos premisas. La primera es que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes. La segunda es que regulan relaciones diversas en cuanto que el primero rige las que tienen lugar entre Estados y el segundo las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. La conclusión que de estas premisas obtiene el dualismo es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos un acto especial de recepción. (Pastor, 1996)

Según dicha teoría el Derecho Internacional y los Derechos internos se conciben así como órdenes diversos, separados e independientes.

Lo contrario ocurre con los autores que se adscriben al monismo, los cuales proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Lo que hace necesario citar la concepción normativista de Kelsen, según la cual todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental. Así según Verdross, discípulo de Kelsen, la norma que en definitiva fundamenta todo el derecho se inserta en el ordenamiento internacional, siendo

precisamente éste el que delega a favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de la libre apreciación.

En ese sentido, de acuerdo a la teoría monista, el Derecho internacional sería superior al Derecho interno y éste quedaría subordinado al primero sin que se requiera ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevaleciendo sobre éstos en caso de conflicto.

Sobre las doctrinas coordinadoras, es de indicar que este conjunto de doctrinas es monista puesto que tiene como punto de partida la unidad de todos los sistemas normativos, pero a diferencia de la teoría monista antes referida, las doctrinas coordinadoras no hablan de subordinación del Derecho interno al Derecho internacional, ni de delegación de éste a favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores, que serían precisamente las de Derecho Natural. (Pastor, 1996)

En opinión de Pastor (1996) son las constituciones de los Estados las que determinan si el cumplimiento del Derecho internacional en los Derechos internos necesita o no de un acto de recepción y, en su caso, cuál debe ser éste.

A propósito de las doctrinas antes mencionadas, es de indicar que el Derecho Internacional Público no toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo. Pero como dice Pastor (1996), es indiscutible que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, es éste el que prevalece en caso de conflicto sobre los Derechos internos de los países. A este efecto conviene citar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el cual establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno

como justificación del incumplimiento de los tratados con excepción de lo dispuesto en el artículo 46 de la misma Convención.

Según Visscher, en la mayoría de los Estados, el Derecho constitucional no establece la adopción automática del tratado, sino que su integración en el Derecho interno tiene lugar mediante un acto especial de recepción que más que a las consideraciones teóricas de las doctrinas dualistas obedece a las exigencias de la técnica constitucional de la separación de poderes, y sobre todo a las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial. Así el acto de recepción puede configurarse, bien con la mera publicación del tratado (sistema francés), bien la orden de ejecución (sistema italiano), que en los distintos Estados puede adoptar la forma de ley, decreto u orden. (Pastor 1996)

#### **1.3.4.2 Formulación de reservas a los tratados internacionales.-**

Según el literal d) del artículo 2 de la Convención de Viena la “reserva” viene a ser una declaración unilateral, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él.

Las reservas pueden ser formuladas siempre que las mismas no se encuentren prohibidas por el mismo tratado o cuando esté expresamente permitido o en todo caso cuando no sea incompatible con su objeto y fin. (Solari, 1983)

Según el artículo 21 del Convenio de Viena en un tratado multilateral se pueden presentar las siguientes situaciones cuando se formula reservas a una cláusula :

- a) Entre el Estado que formula la reserva y los Estados que la aceptan.
- b) Entre el Estado que formula la reserva y los Estados que no la aceptan.
- c) Entre los Estados que no formulan reservas al tratado.

Así, los efectos en cada de una de esas situaciones son las siguientes:

- Entre el Estado autor de las reservas y el Estado o los Estados que la han aceptado, el tratado rige entre ellos con la modificación que supone la reserva aceptada.
- Entre el Estado autor de la reserva y el Estado o los Estados que no aceptan la reserva se pueden dar dos situaciones :
  - i) que el Estado que rechaza la reserva exprese inequívocamente que no tiene intención de que el tratado entre en vigor entre él y el Estado autor de la reserva.
  - ii) cuando un Estado o Estados rechazan una reserva el tratado entrará en vigor entre esos Estados y el autor de las reservas si no han expresado su intención contraria, pero se entiende que ni las cláusulas objeto de reservas ni las reservas mismas rigen entre estos Estados.
- Entre los Estados que no han formulado reservas el tratado se aplicará en su totalidad.

#### **1.3.4.3 Las Actas de la UPU y su integración en el Derecho interno de un país-**

Según el numeral 1 del artículo 25 de la Constitución de la Unión Postal Universal, las Actas de la UPU emitidas por el Congreso deben ser firmadas por los plenipotenciarios de los países miembros. Asimismo, el numeral 4 del artículo 25 de la Constitución de la Unión Postal Universal establece que la aprobación de las Actas de la Unión, excepto la Constitución, se rige por las normas constitucionales de cada país signatario.

Al respecto, la Oficina Internacional, órgano permanente de la UPU señala lo siguiente:

“La firma otorgada por los plenipotenciarios puede tener un alcance jurídico distinto según el Acta considerada y las disposiciones constitucionales de los países miembros. La firma puede:

- Comprometer definitivamente al país considerado si el derecho interno lo permite; esta facultad debe desprenderse de los poderes otorgados a los plenipotenciarios; sin embargo, no rige con respecto a la Constitución y al Protocolo Adicional, ya que la UPU exige la ratificación, o
- Estar seguida de ratificación o de otro modo de aprobación; ante la falta de precisión al respecto en los poderes de los plenipotenciarios, hay una presunción a favor de una aprobación oficial de los tratados por las autoridades nacionales.

“La ratificación es la formalidad por la que un Estado se compromete definitivamente con respecto a un tratado; procede generalmente de la más alta autoridad ejecutiva de un Estado y da lugar a la redacción de un acta diplomática especial que se denomina “instrumento de ratificación”. (Oficina Internacional de la Unión Postal Universal, 2000, p. A.22)

“La ratificación es muy formal. Es lo que distingue de otras formas de aprobación que se realizan por medio de un procedimiento más sencillo que no depende forzosamente de la autoridad suprema. Hay que señalar que incumbe a la legislación interna determinar este procedimiento.(Oficina Internacional de la Unión Postal Universal, 2000, p. A.22)

La Constitución de la Unión Postal Universal además de referirse a las formalidades a que están sometidas las Actas de la UPU para su aprobación o ratificación, en su artículo 24, se pronuncia sobre la primacía de las Actas de la UPU sobre la legislación interna de un país. Esto que tiene concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la misma que fuera ratificada por el Estado Peruano mediante Decreto Supremo No. 029-2000-RE.

Ahora bien, con relación al ámbito de aplicación específico de las disposiciones de las Actas de la UPU, cabe señalar que en vista de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio Postal Universal, se llega a

establecer que tanto la ejecución de los servicios postales regulados en las Actas de la UPU, como el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las mismas son de cargo de un operador o de los operadores designados oficialmente por un país para operar los servicios postales regulados en dichas Actas.

De lo señalado, se concluye que no cualquier operador postal puede prestar los servicios postales regulados en el Convenio Postal Universal.

#### **1.3.4.4 Convenio Postal Universal y su integración en el ordenamiento interno peruano.-**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Al respecto, el artículo 56 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- Derechos humanos
- Soberanía, dominio o integridad del Estado
- Defensa nacional
- Obligaciones financieras del Estado

El artículo 56 también establece que deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

El artículo 57 de la Constitución Política del Perú establece que el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, es de señalar que el gobierno peruano ratificó el Convenio Postal Universal, adoptado en el XXII Congreso de la Unión Postal Universal mediante Decreto Supremo No. 009-2001-RE.

Finalmente, es de manifestar que el Perú es miembro de la Unión Postal Universal por Resolución Legislativa, publicada el 04 de Febrero de 1879, vigente desde el 1º de Abril de 1879.

### **1.3.5 Marco normativo Postal y Aduanero vinculado con el tratamiento de los envíos postales en el Perú.-**

#### **1.3.5.1 Norma marco que regula la prestación del servicio postal en el Perú.-**

La norma marco que regula la prestación del servicio postal en el Perú es el Decreto Legislativo 685, la misma que fue publicada el 5 de noviembre de 1991 y que establece en su artículo 5º que el servicio postal, en todas sus formas y modalidades, se rige por los reglamentos y por las disposiciones emanadas de la autoridad competente, con sujeción a lo establecido por los tratados y acuerdos internacionales que el país haya ratificado.

Según el artículo 8 del Decreto Legislativo 685 el servicio postal se efectúa por concesión otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Servicio que según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto legislativo en mención puede ser prestado libremente por toda persona natural o jurídica, constituida o establecida en el país.

Las pautas normativas de cumplimiento obligatorio que deben observarse en los contratos de Concesión, figuran en el artículo 9 del Decreto Legislativo 685, las mismas que se citan a continuación:

“

- a) Los concesionarios están obligados a admitir y a expedir los envíos de correspondencia que les sean encargados y que se encuentren de acuerdo a la reglamentación vigente.
- b) Las concesiones serán otorgados directamente por contrato, sin necesidad de licitación pública, a los particulares que deseen prestar el servicio postal y que cumplan con los requisitos exigidos en la reglamentación correspondiente.
- c) Los concesionarios podrán ser personas naturales o jurídicas, pudiendo en este último caso organizarse en cualesquiera de las formas previstas por la Ley General de sociedades.
- d) Corresponde al Estado supervisar la actividad del concesionario, de acuerdo al respectivo contrato.
- e) Las concesiones son temporales, bajo sanción de nulidad. El plazo no podrá exceder de veinte (20) años, pudiendo renovarse por iguales períodos.
- f) El ámbito de la concesión puede ser local, regional, nacional o internacional. Dicha precisión es necesaria en el respectivo contrato de concesión.
- g) Los concesionarios quedan facultados para pactar libremente con los usuarios del servicio las tarifas correspondientes. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones fijará los límites máximos de las tarifas sociales, tomando en consideración los Convenios Internacionales.
- h) Las empresas extranjeras, para obtener concesión, deberán establecerse en el Perú y se someterán expresamente a las leyes y tribunales de la República, renunciando a toda reclamación diplomática.

El Decreto Legislativo 685 además de establecer las bases normativas para la prestación del servicio postal a cargo de los concesionarios postales en general, crea la Empresa denominada SERVICIOS POSTALES DEL PERU SOCIEDAD ANONIMA, estableciendo para ésta a diferencia del resto de concesionarios postales, condiciones especiales para la prestación del servicio postal.

Así pues, el artículo 13 del Decreto Legislativo 685 establece que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones delega su representación ante los organismos internacionales postales a SERPOST S.A., en casos específicos, reservándose dicho Ministerio el derecho a adoptar acuerdos normativos y de aprobar, suscribir y ratificar las Actas de la Unión Postal Universal (UPU) y las de las Uniones Postales restringidas. Delegación que según se señala en el mismo artículo, sería revocada y otorgada a otra empresa postal en caso que SERPOST S.A. incumpla los objetivos de la representación.

Asimismo, a través del artículo 14 del Decreto Legislativo 685 se otorga la concesión, sin exclusividad, del servicio postal a SERPOST S.A., dicha concesión según este artículo, obliga a esta empresa a prestar el servicio en todo el país, con carácter de Administración postal del Estado, para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales. De ahí que esta empresa a diferencia del resto de operadores postales privados por el sólo hecho de detentar la calidad de Administración Postal está obligada a ejecutar las disposiciones de las Actas de la UPU.

La obligación de prestar el servicio postal en todo el país guarda concordancia con el concepto de unicidad del territorio postal o principio de universalidad preconizado en el Artículo 3 del Convenio Postal Universal. Es así que el numeral 1 del artículo 3 establece que todos los

países deben procurar que todos los usuarios/clientes gocen del derecho a un servicio postal universal que corresponda a una oferta de servicios postales básicos de calidad, prestados en forma permanente en todos los puntos de su territorio a precios accesibles.

Para el cumplimiento de dicho objetivo, el numeral 2 del artículo 3 establece que todos los países miembros deben establecer, en el marco de su legislación postal nacional, el alcance de estos servicios postales y las condiciones de calidad de precios accesibles, teniendo en cuenta tanto las necesidades de la población como condiciones nacionales.

#### **1.3.5.2 La legislación aduanera en el tratamiento de envíos conducidos por los Concesionarios Postales.-**

Al igual que todo ingreso y salida de bienes o mercancías del país, los envíos postales también se encuentran sometidos a las disposiciones de la legislación interna, entre ellas de la legislación aduanera. De ahí que el artículo 10 de la Ley General de Aduanas establece que la Administración Aduanera es la encargada de la administración, recaudación, control y fiscalización aduanera del tráfico internacional de mercancías, medios de transporte y personas, dentro del territorio aduanero<sup>14</sup>.

A diferencia del resto de mercancías o bienes en general, los envíos postales conducidos por la Administración postal peruana (operador designado) tienen ciertas particularidades en su tratamiento aduanero en aplicación de lo dispuesto en el literal b) del artículo 98 de la Ley General de Aduanas. Artículo que establece que el tráfico de envíos o paquetes postales transportados por el servicio postal se rige por el Convenio Postal Universal y la legislación nacional vigente.

---

<sup>14</sup>Según el artículo 2 de la Ley General de Aduanas el territorio aduanero es la parte del territorio nacional que incluye el espacio acuático y aéreo, dentro del cual es aplicable la legislación aduanera. Las fronteras del territorio aduanero coinciden con las del territorio nacional.

El término “servicio postal” es definido en el capítulo 2 del Anexo Específico “J” del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros (Convenio de Kyoto revisado 1999) como sigue:

“..el organismo público o privado habilitado por el gobierno para proporcionar servicios postales internacionales conforme a las disposiciones de las Leyes actuales vigentes de la Unión Postal Universal”

Los envíos conducidos por el resto de Concesionarios Postales u operadores privados se encuentran comprendidos en el literal c) del artículo 98 de la Ley General de Aduanas, inciso que establece que el ingreso o salida de envíos de entrega rápida transportados por empresas del servicio de entrega rápida, también denominados “Courier” se rige por su reglamento.

El artículo 98 de la Ley General de Aduanas debería ser objeto de modificación, en lo que respecta a la redacción del inciso b), por cuanto el mismo no permite distinguir claramente a SERPOST S.A., concesionario postal, del resto de concesionarios postales regulados en el Decreto Legislativo 685. Es así que en dicho inciso, y en concordancia con el artículo 13 de dicho Decreto Legislativo debió consignarse únicamente el término “Administración Postal” u “operador postal designado por el Estado para ejecutar los servicios postales en el marco de las Actas de la Unión Postal Universal” para aludir sin lugar a dudas a SERPOST S.A.

Esa redacción permitiría inferir mejor que las disposiciones de las Actas de la UPU son de aplicación únicamente para los envíos conducidos por SERPOST S.A. en su calidad de Administración Postal u operador postal oficial designado por nuestro país.

### **1.3.5.3 Marco normativo aduanero y postal de los envíos postales de llegada o importación conducidos por los operadores postales privados.-**

Conforme se ha señalado antes, la prestación del servicio postal nacional e internacional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 685 se efectúa por concesión otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En vista que el artículo 14 del Decreto Legislativo 685 sólo le otorga la calidad de Administración Postal a SERPOST S.A., queda claro que las disposiciones de las Actas de la UPU no alcanzan o no son de aplicación para los envíos postales conducidos por los operadores postales privados, también denominadas *couriers*.

El tratamiento aduanero de los envíos postales del servicio postal internacional, a cargo de los concesionarios postales u operadores postales privados, en virtud del inciso b) del artículo 98 de la Ley General de Aduanas se encuentra regulado en el Reglamento del Régimen Aduanero Especial de Envíos de Entrega Rápida y otras disposiciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 011-2009-EF.

**Para el caso de la destinación aduanera y del abandono legal, es aplicable a los envíos conducidos por las couriers, las disposiciones de la Ley General de Aduanas, lo que no ocurre en el caso de la Administración Postal peruana (SERPOST.S.A.).**

Las disposiciones vinculadas con la aplicación o ejecución de las normas contenidas en el Decreto Supremo No. 011-2009-EF, se encuentran contenidas en el procedimiento INTA PG 28 (V2), aprobado mediante Resolución de Intendencia Nacional No. 30-2016-SUNAT/5F0000.

#### **1.3.5.4 Marco normativo aduanero y postal de los envíos postales de llegada o importación, conducidos por la Administración Postal peruana.-**

Conforme se ha señalado en el numeral 1.3.5.1 de la presente tesis, SERPOST S.A. en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 685 tiene la concesión, sin exclusividad del servicio postal, en todo el país, con carácter de Administración Postal del Estado para el cumplimiento de los Acuerdos y Convenios internacionales.

En concordancia con lo dispuesto en dicho artículo, el inciso b) del artículo 98 de la Ley General de Aduanas, establece que el servicio postal (Administración Postal) se rige por el Convenio Postal Universal.

En el marco del inciso b) del artículo 98 de la Ley General de Aduanas se han establecido disposiciones aduaneras particulares para el tratamiento aduanero de los envíos postales conducidos por la Administración Postal (SERPOST S.A.), las mismas que figuran en el Decreto Supremo No. 244-2013-EF.

Entre las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo No. 244-2013-EF, cabe mencionar las del artículo 18 y 21, por guardar vinculación con los temas materia de estudio de la presente tesis.

Las disposiciones vinculadas con las formalidades aduaneras aplicables al ingreso o importación de envíos postales conducidos por la Administración Postal Peruana, se encuentran contenidas en el procedimiento INTA PG 13 (versión 2).

**PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA LEY GENERAL DE ADUANAS Y LAS ACTAS DE LA UPU**

	<b>LEY GENERAL DE ADUANAS (Régimen de importación)</b>	<b>ACTAS DE LA UPU</b>
1. Denominación y concepto del plazo durante el cual la mercancía es puesta a disposición del destinatario	<p><b><u>Plazo de destinación aduanera:</u></b>                      Manifestación de voluntad del declarante expresada mediante la declaración aduanera de mercancías, con la cual se indica el régimen aduanero al que debe ser sometida la mercancía que se encuentra bajo la potestad aduanera.</p> <p>De ahí que se podría decir que el plazo de destinación aduanera es el plazo durante el cual la mercancía es sometida a algún régimen aduanero.</p>	<p><b><u>Plazo de conservación :</u></b>                      Plazo durante el cual el envío está a disposición del destinatario para su entrega o distribución.</p> <p>Ref. : Vocabulario Políglota de la Unión Postal Universal</p>
2. Inicio del cómputo del plazo	<p><b><u>Plazo de destinación aduanera :</u></b>                      A partir del día siguiente del término de la descarga.</p> <p>Ref. : Literal b) del artículo 130 de la Ley General de Aduanas.</p>	<p><b><u>Plazo de conservación:</u></b>                      A partir del día siguiente al del envío del Aviso de Llegada.</p> <p>Ref. Numeral 1 del Artículo 142 del Reglamento de Encomiendas postales de la UPU.</p>
3. Plazos	<p><b><u>Plazo de destinación aduanera:</u></b>                      15 días calendario siguientes al término de la descarga.</p> <p>Ref. : Lit. b) del artículo 130 de la Ley General de Aduanas.</p>	<p>▪ <b><u>Plazo de conservación de los envíos de correspondencia :</u></b>                      Un mes y como máximo 2 meses a partir del día siguiente de la notificación del Aviso de Llegada.</p> <p>Ref. : numeral 5.3 del artículo 147 del Reglamento de Envíos de Correspondencia de la UPU.</p> <p>▪ <b><u>Plazo de conservación de las encomiendas postales:</u></b>                      Como mínimo 15 días y como máximo 2 meses a partir del <b>día siguiente de la notificación del Aviso de Llegada.</b></p> <p>Ref. : numeral 2 del artículo 136 del Reglamento de Encomiendas postales de la UPU.</p>

	<b>LEY GENERAL DE ADUANAS (Régimen de importación)</b>	<b>ACTAS DE LA UPU</b>
4. Efectos de vencimiento del plazo	<p>Se produce el abandono legal con el vencimiento del plazo de destinación aduanera, salvo que durante dicho plazo se haya numerado una Declaración de aduana, en cuyo caso la mercancía caerá en abandono legal a los 30 días calendario contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración aduanera.</p> <p>Ref. : Literal a) y b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas.</p>	<p>Se produce la devolución del envío al país de origen con el vencimiento del plazo de conservación, con excepción de la encomienda postal cuando el expedidor haya marcado en el formato CP71 la opción de "abandono".</p>
5. Facultad del expedidor o remitente sobre la situación jurídica de la mercancía	<p>En principio el expedidor no se encuentra legitimado para solicitar la destinación aduanera.</p>	<p>El envío pertenece al expedidor o remitente en tanto no haya sido entregado al derechohabiente (destinatario).</p> <p>Ref. : Numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal.</p>
6. Facultad del destinatario o consignatario sobre la situación jurídica de la mercancía	<p>El destinatario o consignatario se encuentra legitimado para solicitar la destinación aduanera de la mercancía.</p> <p>Ref. : Artículo 139 de la Ley General de Aduanas.</p> <p>El destinatario puede solicitar a consumo (solicitada al régimen de importación definitiva) la mercancía durante el plazo de destinación aduanera o después que el envío pasa a la condición de abandono legal.</p> <p>Ref. : 130 de la Ley General de Aduanas.</p>	<p>El destinatario o consignatario se encuentra legitimado para recoger su envío previo cumplimiento de las formalidades aduaneras, pero una vez vencido el plazo de conservación pierde en principio, la facultad de disposición sobre el envío postal.</p>

	<b>LEY GENERAL DE ADUANAS (Régimen de importación)</b>	<b>ACTAS DE LA UPU</b>
Abandono de la mercancía	<p>Cuando el envío o mercancía no ha sido solicitada a destinación aduanera dentro del plazo de 15 días calendario siguientes al término de la descarga.</p> <p>Cuando no se ha concluido el trámite aduanero dentro del plazo de 30 días calendario siguientes a la numeración de la declaración de Aduana.</p> <p>Ref. : Artículo 178 de la Ley General de Aduanas.</p>	<p>La encomienda es abandonado sólo cuando el expedidor de la encomienda dispone al momento del depósito del envío que el envío sea abandonado en caso que no sea entregado al destinatario.</p> <p>Ref. : 2.4 del artículo 127 del Reglamento de Encomiendas postales de la UPU.</p>

### **1.3.6 La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles o mercaderías en el marco del Derecho Civil.-**

#### **1.3.6.1 El contrato de compraventa .-**

Como dice Taramona (1989), existen diferentes definiciones del contrato de compraventa, citando entre ellas, las siguientes :

Para el tratadista Josserand, la venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a ceder al comprador y a garantizarle a éste un derecho preexistente mediante el pago de un precio.

Clemente Soto Alvarez, al definir el contrato de compraventa dice, que el mismo es un contrato en mérito del cual una parte llamada vendedora, transfiere la propiedad de una cosa o de un derecho a la otra parte, llamada comprador mediante el pago de un precio cierto en dinero.

Aguilar Carbajal define la compraventa como el contrato en virtud del cual una parte, llamada vendedora, se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, ello, mediante el pago de un precio en dinero.

Para el tratadista Guillourd, la compraventa es un contrato por el cual una persona se obliga a transferir a otra la propiedad de una cosa mediante un precio que está obligado a pagar. Asimismo señala que la venta es por su naturaleza, traslativa de la propiedad, que es obligación del vendedor de efectuar esta traslación. Sin embargo, sostiene que tal traslación sólo es un efecto natural del contrato y no esencial, por lo que las partes están en libertad de pactar que la propiedad se desplazará al comprador después de cierto tiempo o de que se cumpla determinada condición.

El tratadista Messineo sostiene que la venta es traslativa de dominio o de otro derecho, por lo que es un contrato de efectos reales. Para este tratadista la transferencia de la propiedad es simultánea con la estipulación de la venta, por efecto del mero consentimiento, si es que existe identidad de la cosa o del derecho, y acuerdo sobre el precio, sin que hubiera necesidad de entrega de la cosa y pago del precio. Asimismo sostiene que la transmisión del dominio se produce porque la venta es un contrato consensual.

Con respecto al contrato de compraventa Mazeaud y Mazeaud (1959) dicen lo siguiente :

En la compraventa, el vendedor transmite al comprador su derecho de propiedad sobre la cosa vendida; la compra es un medio derivativo de adquisición del derecho de propiedad.

Cuando la transmisión se realiza por medio de un modo derivativo, el derecho pasa de la persona del titular precedente del derecho, a quien se llama causante, a la persona del adquirente, a quien se le denomina derecho habiente o causahabiente. En la compraventa, el vendedor es el causante del adquirente; éste es el derecho habiente del vendedor. (p. 374, parte I)

Con respecto al vendedor, Castillo (2015) señala que no existe unanimidad de criterio en cuanto al contenido de la obligación del vendedor en el contrato de compraventa. De acuerdo con este autor, se llega a identificar hasta seis tendencias diferentes al respecto, pero que la tendencia generalizada dentro de nuestra tradición jurídica es la de definir al contrato de compraventa como aquel a través del cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, tendencia que según señala fue iniciada por el Código Civil argentino, en 1871.

### 1.3.6.2 Características del contrato de compraventa.-

Las características del contrato de compraventa son las siguientes:

a) Bilateral.-

El contrato de compraventa es bilateral porque produce derechos y obligaciones para el vendedor y para el comprador. Según Taramona(1989) lo que para uno de ellos es derecho, para el otro es obligación.

Según Castillo (2003), la compraventa es un contrato bilateral sinalagmático o con prestaciones recíprocas al cual tanto el vendedor como el comprador quedan recíprocamente obligados.

b) Consensual.-

Según Taramona (1989) La compra-venta siempre es consensual; pero la de muebles no transfiere el dominio; éste lo adquiere el comprador con la entrega.

Sobre el particular, Castillo(2003) señala que la compraventa es un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir es porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

Con respecto a lo señalado en el párrafo precedente, se sostiene que existen diferencias entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato, situaciones que como señala el autor citado en el párrafo precedente, pueden darse en el mismo instante, pero que sin embargo no son lo mismo.

Para el Doctor de la Puente y la Valle, la celebración o conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para

formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea el consentimiento. Sostiene sin embargo, que el perfeccionamiento es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial. (Citado en Castillo, 2003, p.14)

c) Principal.-

Se dice que la compraventa es principal, porque para su existencia no depende de otro contrato y tiene autonomía plena. Esto es, genera otros contratos, pero no es consecuencia de ellos como los contratos accesorios. (Taramona, 1989)

d) Oneroso.-

Es oneroso y conmutativo, aunque excepcionalmente podría ser oneroso y aleatorio. Se dice que es oneroso porque cada contratante soporta un sacrificio patrimonial; esto es, “un empobrecimiento, una disminución, con el objeto de producirse una ventaja. No se concibe un contrato de compraventa a título gratuito, supuesto en el cual se trataría ya de una donación. Es conmutativo porque se presume que hay equivalencia y reciprocidad entre las mutuas prestaciones de las partes. (Palacio 1987).

Según Roppo (2009) :

- , los contratos aleatorios son aquellos en los cuales la entidad de la prestación depende de hechos inciertos o ignorados por las partes, y por consiguiente, en definitiva, de la suerte; aquellos en los cuales los contratantes asumen el riesgo de ver - por efecto de la casualidad – exagerada la prestación a su cargo, o reducida o incluso anulada la prestación esperada. (p.413)

### 1.3.6.3 La compraventa según los principales sistemas de transferencia de la propiedad.-

A continuación se citan dichos sistemas :

#### a) Sistema Romanista.-

El vendedor, en Roma, solo se limitaba u obligaba a entregar la cosa vendida, sin que dicha entrega tenga otra implicancia que la que envuelve su contenido más simple, esto es, la dación material del contrato. Una vez entregada la cosa, el vendedor respondía únicamente de la quieta y pacífica posesión de la cosa, es decir no operaba una transferencia dominical. Así la compraventa no era un *modus acquirendi*, sino un *títulus acquirendum*, habida cuenta que la transmisión dominical se efectuaba con posterioridad a la venta por medio de la *mancipatio*. En conclusión, el contrato no era traslativo de dominio, ni por ende surgían de él acciones en este sentido a favor del comprador. (Badenes, 1995).

Varias conjeturas se han generado sobre los motivos que inspiraron al principio romano. Según Castan, el motivo o la causa de ello puede ser que había cosas, como por ejemplo los predios provinciales que no eran susceptibles de *dominium*, y personas como es el caso de los peregrinos que no podían adquirir dicho derecho, y, no obstante ello, la función económica de la venta condicionaba a que la misma fuera accesible para todos y que pudiera recaer sobre todo tipo de bienes. (citado en Badenes, 1995, p.47, Tomo I)

Dicho sistema, era muy defectuoso, y por ello es de notarse en las postrimerías del Derecho romano las tendencias de ir dotando al contrato de una propia eficacia traslativa, otorgándose en ese sentido derechos al comprador para que éste pueda ejercitarlas a través de la *actio empti*. (Badenes, 1995).

La *mancipatio* consistía en una venta real a través de un acto formal y público, que requería la presencia, no sólo de las partes, sino de cinco testigos, de un *libripens* (investido de un carácter religioso), una balanza y una cantidad de metal. (De la Puente, 1999)

Ulpiano y Gayo consideraron a la *mancipatio* como una forma general, solemne, verdaderamente nacional de derivación de los derechos. Concepción que fue generalmente admitida, siendo sus principales defensores en la época moderna Puchta e Ihering (Badenes, 1995).

Puchta entiende que la *mancipatio* fue una *imaginaria venditio*, una mera forma aplicable a la transmisión de la propiedad. Representó en un comienzo la compra del botín. Es así como las cosas entraban en poder del pueblo romano mediante una aprehensión civil (*mancipatio*) al dominio particular de los ciudadanos. Esto se realizaba ante testigos que representaban al pueblo romano y recaía sobre cosas *mancipi*, advirtiendo que la clase de cosas (*mancipi tan solo*) no significaba limitación, sino extensión de la *mancipatio* a un grupo a que antes se aplicaba la *in jure cessio* para transmitir las. Por su parte IHERING se expresa así : "La *mancipatio* aparece bajo la forma de un contrato de venta realizado en el instante entre ambas partes; pero esta forma no puede haber sido la originaria. Sería peligroso conjeturar cualquier explicación por ingeniosa que sea, respecto a saber si por esta forma antigua de la *mancipatio* se cambiaban siempre cosas contra cosas de un solo golpe, o si no se podía dar también un objeto aislado por sí solo; en todo caso, según el cambio mismo, el acto no podía menos de consistir en dos emancipaciones separadas la ejecución real y la seguridad del pago, cuestión relativa que debía debatirse entre las partes, se despojaba de toda influencia absoluta desde el punto de vista de la transferencia de la propiedad. Toda la ceremonia de la mancipación para venir en apoyo de la hipótesis antes dicha. El orden que en ella se sigue es verdaderamente singular : antes de hablar de venta y del pago, lo que desde luego se hace constar es la transmisión

de la propiedad. La aprehensión y la parte de la fórmula que a ella corresponde forman el primer acto de la *mancipatio* : este en su origen histórico, su elemento principal; el pago y su fórmula correspondiente no son más que una adición ulterior, un simple accesorio y no ocupan, por consiguiente, sino el segundo lugar. (Citado en Badenes, 1995, p.13, Tomo I).

Para Lessman (1976), la compraventa en las postrimerías del sistema romano era un título para adquirir, el cual se complementaba con un modo (la tradición) para que la propiedad pueda transferirse y por ende adquirirse. En este sistema se encuentran según el mismo autor, un grupo de códigos que no le otorgan al contrato efectos traslativos o constitutivos de derechos reales, y dentro de éste se encuentran a su vez dos maneras de establecer la obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida, una que consiste en no decirlo expresamente, sino que se deduce de la concordancia de normas distintas; y la otra en la que se encuentran los códigos que distinguen expresamente entre título y modo.

b) Sistema Francés.-

Según Colin y Capitant el Derecho privado francés no era uniforme desde el punto de vista de la aplicación territorial. Así pues, el reino se dividía en dos regiones, en los que por un lado, estaban los países de costumbres y por otro lado, los países de derecho escrito. (Citado en De la Puente, 1999, p.14, Tomo I).

Los países de costumbres estaban situados en general al norte de Loire, los cuales aplicaban en general las costumbres procedentes del Derecho germánico importado en la Galia por los invasores bárbaros en los siglos V y VI después de Jesucristo.

Los países del derecho escrito comprendían las regiones del Mediodía, perpetuándose en éstos las instituciones romanas para la

transferencia de la propiedad y con éstas instituciones la exigencia de la tradición para la transferencia de la propiedad.

Mas tarde, con el Código Napoleón se establece la transmisión *solo consensu*. Esto como consecuencia de los espíritus filosóficos de esa época que sacrificaron el principio antiguo que exigía la tradición para atribuir a la voluntad de las partes expresada en los contratos de compraventa, el poder suficiente para transmitir la propiedad.

Al respecto, es de considerarse que si bien el Código francés entró en vigencia a comienzos del siglo XIX, el siglo del liberalismo<sup>15</sup>, es fruto de una evolución que madura durante el XVIII, el siglo del absolutismo ilustrado.

A continuación, copia textual de los artículos 1.138 y 1.583 del Código Napoleón:

“ Artículo 1.138.- La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición, a menos que el deudor esté en mora de entregarla; en cuyo caso el riesgo de la cosa sigue a cargo de éste último.

Artículo 1.583.- Es perfecta (la compraventa) entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el

---

<sup>15</sup> “Según Bürge, el concepto de “socialización del derecho” sería la realidad del derecho privado francés en el siglo XIX, particularmente en su primera mitad. Recién acercándonos a la mitad de ese siglo empezaría esta concepción a chocar con la oposición de ciertos círculos económicos, partidarios de una concepción más liberal, que jurídicamente tendrían su origen y fundamento en el idealismo alemán y en la doctrina de la escuela histórica del derecho. Pero como esta tendencia liberal terminó por imponerse y pasar a ser la doctrina dominante, ella se tendió a identificar con el espíritu dominante en el siglo XIX y en el Código de Napoleón.” (Citado en Brahm, 1996. P. 10).

precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio.”

Planiol y Ripert consideran que el artículo 1,138 quiere decir que la tradición se reputa efectuada en el momento en que las partes hayan entendido hacerlo. Por ello sostienen que la promesa de dar se pacta pura y simplemente, sin término para la entrega, la cual supone la transmisión de la propiedad en forma inmediata; si por el contrario se fija un plazo, a cuya expiración debe hacerse la tradición, porque al expirar se consuma la transmisión de la propiedad, ya que en ese momento la cosa “ha debido ser entregada”. (Citada en De la Puente, 1999, p.16)

Dichos autores dicen que la interpretación que hacen del artículo 1.138 no es la que impera en la doctrina moderna, pues casi todos los comentaristas estiman que las palabras “desde el momento en que ha debido entregarse” significan “desde el instante en que la obligación de entregarse se origina”, o sea desde el día mismo en que se celebra el contrato, porque la tradición sólo ha sido debida desde ese día.

Los Mazeaud señalan que al leer el segundo párrafo del artículo 1,138 podría creerse que el adquirente no llega a ser propietario en el día del contrato, sino solamente en la fecha prevista para la entrega, pero según sostienen éstos; la confrontación de los artículos 938 y 1.583 demuestra, hasta la evidencia, que la entrega es ajena a la transmisión de la propiedad. (Citado en De la Puente, 1999, p.16) De ahí que se dice que el Código Napoleónico estableció el sistema que consagra al contrato como título y modo para adquirir la propiedad. (Lessman, 1976)

En vista que en el sistema francés la transmisión de la propiedad de la cosa se produce por la sola celebración del contrato de compraventa, que es traslativo de dominio, dicho sistema ha sido también denominado “Sistema de la unidad de contrato”. (De la Puente, 1999)

### **1.3.7 El contrato de compraventa internacional en el marco de la Convención de Viena de 1980.-**

#### **1.3.7.1 Ámbito de aplicación del Convenio.-**

##### a) Aplicación de la Convención a la compraventa de mercaderías.-

Esta Convención está referida a la compraventa internacional de mercaderías y al contrato de suministro. Su ámbito de aplicación está vinculado a bienes; no regula la transferencia de servicios, ni de aviones, barcos o ferrocarriles, como tampoco otros contratos. (Sierralta, 2004).

El inciso 1º del artículo 3º de la Convención de Viena considera como compraventa aquellos contratos de suministro de mercaderías a ser fabricadas por el vendedor, a menos que la parte que las encargue (el comprador) asuma la obligación de proporcionar una parte “sustancial” de los materiales necesarios para la manufacturación o producción de las mercancías.

Dicho inciso no dice que se debe entender por “parte sustancial” de los materiales, resultando claro sin embargo que la Convención es aplicable a la venta de mercaderías a ser fabricadas con materiales proporcionados por el comprador, a menos que un examen cuantitativo de dichos materiales conduzca a convertir al supuesto vendedor en un locador de obra. (Garro y Zupi, 1990)

Asimismo, la Convención a través del inciso 2 del artículo 3º excluye de su campo de aplicación aquellos contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercancías consista en suministrar mano de obra o prestar servicios.

Sobre este punto, es de señalar que tampoco el inciso 2º precisa cuando la obligación del vendedor de suministrar mano de obra o prestar otros servicios debe ser considerada como “la parte principal de las obligaciones” a su cargo. Así pues, Garro y Zuppi señalan que en aquellos contratos en los cuales el vendedor se obliga a vender cierto equipo o determinada maquinaria y a instalar una planta o supervisar su funcionamiento, no será tan fácil determinar si la parte principal de la obligación de la del vendedor es la de prestar los servicios de instalación o supervisión, o la entrega y transmisión de la propiedad del equipo vendido. (Garro y Zuppi)

b) Compraventas excluidas de la Convención.-

El artículo 2 de la Convención de Viena establece que no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de dicha Convención las compraventas de:

- mercaderías compradas para uso personal. Familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;
- de subastas;
- Judiciales;
- de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;
- de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;
- de electricidad

c) Compra destinada a consumo personal.-

Con relación a la compra destinada a consumo personal, cabe señalar que los términos de la Convención no obstante no tener en cuenta el carácter civil o comercial de la operación ha sido redactada teniendo en consideración lo que en la mayoría de los países de tradición romanista sería considerado como compraventa mercantil. (Garro y Zuppi, 1990)

Según Badenes (1995) ,“ la compraventa mercantil está cualificada en primer lugar por el elemento intencional, que se desdobra en dos propósitos por parte del comprador; es el de la reventa y el de lucrarse en ella”. (p. 20, Tomo I).

Según Castañeda (1970), son tres los caracteres de la venta mercantil :

1. Que lo comprado sean cosas muebles;
2. Que las cosas muebles se compren para revenderlas; y
3. Que el comprador tenga el ánimo de conseguir un beneficio con la reventa.

Según Garrigués (1984), “la actividad mercantil es la actividad mediadora que va ligada, en relación de causa a efecto, a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de ingresos.” (p. 10)

El objeto de limitar el ámbito de aplicación de la Convención únicamente a los contratos mercantiles se refleja en la utilización del término “mercaderías” en lugar de objetos muebles corporales, del término “establecimiento” en lugar de domicilio, y en la obligación del vendedor de entregar mercaderías que posean las cualidades de la

muestra o el modelo que el vendedor haya presentado al comprador y que se encuentren envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías.(Garro y Zuppi, 1990)

A propósito del término mercadería, Burghard(1998) señala que este término debe interpretarse en un sentido amplio, de modo tal que, salvo las excepciones mencionadas, prácticamente todos los productos comercializables pueden ser objeto de la Convención.

Según Adame (1994), el criterio para definir si una compra es para consumo personal no es muy claro. La primera frase del inciso a) del artículo 2 da un criterio subjetivo: que el comprador adquiera las mercancías “para” consumo personal, familiar o doméstico. Honnol afirma que lo determinante es el propósito del comprador en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que incluso no importaría que el comprador utilizara las mercancías para fines profesionales, si cuando las compró se proponía usarlas personalmente.

En ese sentido, la definición de una compra como compra de consumo depende, por lo tanto, de dos factores, uno subjetivo, esto es, “el propósito del comprador” y otro objetivo, “el tipo o cantidad de las mercancías”. Así pues, el factor subjetivo es determinante cuando el comprador manifiesta su propósito al vendedor, lo que podría originar problemas de prueba, ya que por un lado, corresponde al comprador probar que compró para uso personal, familiar o doméstico; y por otro lado, corresponde al vendedor probar que no sabía ni era su obligación saber los propósitos del comprador.

Según Adame (1994), están comprendidas dentro de esta exclusión, esto es, dentro de los alcances del inciso a) del artículo 2, únicamente las personas físicas, aún cuando las empresas o

personas jurídicas realicen compras para “uso personal”, como por ejemplo, compras de equipo de oficina.

El motivo principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor. La protección al consumidor conforme señala Garro y Zuppi (1990) se ha incorporado en los últimos tiempos en los países de América Latina.

d) Otras cuestiones excluidas del ámbito de la Convención.-

También se excluyen del campo de aplicación de la Convención cuestiones relacionadas con la validez del contrato y sus estipulaciones, y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Al respecto, señala Garro y Zuppi (1990) que a los redactores de la Convención no les pareció prudente interferir con los diferentes regímenes de transferencia del dominio ni con los diferentes sistemas de nulidades de los actos jurídicos, temas íntimamente relacionados con el orden público de cada país. Para estos mismos autores el término “validez”, sin duda incluye aquellas cuestiones que se refieren a la capacidad de las partes, el objeto y la causa del contrato, y las que atañen al vicio del consentimiento tales como el dolo, error etcétera.

La Convención tampoco interfiere con las defensas que el derecho interno proporciona a la parte contratante que ha sido inducida dolosamente a celebrar el contrato. Tampoco están dentro del ámbito de la Convención, las cuestiones que se refieren a la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por mercaderías defectuosas. (Garro y Zuppi, 1990)

e) Aplicación de la Convención a la compraventa internacional.-

Según Burghard, la Convención limita su ámbito de aplicación a aquellos negocios que tengan conexión con al menos uno de los Estados contratantes y en caso de no existir esta conexión, debe seguir determinándose la normativa aplicable al contrato a través del derecho internacional privado de cada país. (Garro y Zuppi, 1990)

Habida cuenta que la Convención sólo se aplica a la compraventa internacional de mercaderías, es importante según Garro y Zuppi (1990) determinar con un criterio objetivo y a la vez práctico los elementos que otorgan el carácter “internacional” a un contrato de compraventa de mercaderías con puntos de contacto en dos o más Estados.

Garro y Zuppi (1990) señalan que existen dos criterios para catalogar como “internacional” una relación jurídica como compraventa. Así pues, el criterio subjetivo atiende a los domicilios de los contratantes para determinar la internacionalidad de la compraventa, en tanto que el criterio objetivo atiende al objeto vendido, el cual para formar parte de un contrato internacional debe ser entregado en un país distinto a aquel donde se encontraba al tiempo de la conclusión del contrato.

En lo que respecta a la Convención de Viena, ésta considera un contrato de compraventa como “internacional”, atendiendo al criterio subjetivo. Para esta Convención carece de trascendencia el hecho de que el objeto vendido pase la frontera de los países contratantes, así como también resulta irrelevante el lugar donde se celebró el contrato. (Garro y Zuppi, 1990)

El artículo 1º, inciso a) expresa que la Convención se aplicará entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes

cuando esos Estados sean Estados contratantes. El artículo 1º, inc. 1º (b) dispone a su vez que la Convención también se aplicará cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

Así pues, la aplicación de la Convención no depende para nada de la nacionalidad de los contratantes ni de su condición de contratantes.

A continuación, lo señalado por Garro y Zupi (1990) con relación a los dos supuestos de aplicación de la Convención que han sido incorporados al artículo 1º de la Convención :

e.1) Aplicabilidad de la Convención a partes establecidas en Estados contratantes diferentes

Si las partes tienen sus establecimientos en Estados contratantes diferentes, se aplicará la Convención a pesar de que las reglas de conflicto del tribunal competente conduzcan a la aplicación del derecho nacional de un tercer Estado (el derecho del lugar de celebración o cumplimiento del contrato). Para que la Convención sea aplicada conforme al artículo 1º, inc. a), es necesario que el tribunal competente pertenezca a un Estado contratante. Para Garro y Zupi esta disposición no puede impedir que un tribunal de un Estado no contratante aplique sus propias normas de derecho internacional privado.

Asimismo, la Convención no será aplicable si las normas de derecho internacional privado aplicadas por el tribunal de un Estado no contratante conducen a la aplicación de su propio derecho o al derecho nacional de un Estado no contratante, pero si las reglas de conflicto de un tribunal de un Estado no contratante conducen a la aplicación del derecho de un Estado contratante, entonces el tribunal de dicho Estado no contratante deberá aplicar la Convención.

e.2) Aplicabilidad de la Convención en virtud de las normas de derecho internacional privado de un Estado contratante.-

Conforme lo establece el art. 1º, inc. 1º (b), las normas de la Convención son aplicables a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes con establecimientos en Estados diferentes aún cuando esos Estados no sean Estados contratantes cuando las normas de derecho internacional privado de un Estado contratante prevean la aplicación de su propio derecho o el de otro Estado contratante.

Como es de advertir, la Convención ha contemplado entonces dos tipos de compraventas internacionales : las compraventas internacionales entre partes establecidas en Estados contratantes diferentes (art. 1º, inc. 1º a), y las compraventas internacionales en las que al menos una de las partes no pertenece a un Estado contratante, pero que se encuentran regidas por el derecho de un Estado contratante en virtud de las normas de derecho internacional privado del mismo o de otro Estado contratante (art. 1º, inc. 1º b).

Según Garro y Zupi, también sería aplicable la Convención si las normas de derecho internacional privado de un Estado no contratante dieran lugar a la aplicación del derecho de un Estado contratante, claro que en este último caso la Convención no sería aplicable en virtud del art. 1º , inc. 1º (b) que no obliga al Estado que no ratificó la Convención, sino en virtud de las normas de derecho internacional privado del Estado no contratante.

**1.3.7.2 Perfeccionamiento del contrato de compraventa.-**

La aceptación conduce al perfeccionamiento o formación del contrato (Garro y Zuppi, 1990). De ahí que el artículo 23 de la Convención establece que el contrato se perfecciona “en el momento de surtir efecto

la aceptación de la oferta”, lo cual puede suceder cuando la aceptación “llega” al oferente (art.18, inc. 2) y así será según Adame (1994) en la mayoría de los casos, o cuando el aceptante ejecuta el acto que indica la aceptación (art. 18, inc. 3), lo cual sólo tendrá lugar en los casos en que pueda darse este tipo de aceptación por virtud de los usos aplicables o de prácticas establecidas por las partes.

### **1.3.7.3 Obligaciones del vendedor vinculadas con la entrega de las mercaderías y la transmisión de la propiedad.-**

#### a) Entregar las mercaderías.-

##### a.1) Contenido de la obligación de entregar.-

Según Garro y Zuppi (1990) la Convención no se ocupa de definir qué debe entenderse por “entrega”, quizás a fin de evitar las disputas que originaron los términos *délivrance*, *remise* y *livraison*, y sus equivalentes en idioma inglés, en el seno de la Conferencia de La Haya de 1964 en oportunidad de aprobarse el texto de La Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías.

Se distingue la obligación de “entrega”, según se trate de compraventas que impliquen el transporte de las mercancías o no lo impliquen. En el primer caso, la entrega de las mercancías consiste en “ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador” (art. 31, inciso “a” de la Convención). En el segundo, consiste en “ponerlas a disposición del comprador” en un lugar determinado (artículo 31, inciso “b” y “c”). (Adame, 1994)

Según Adame (1994), en realidad, en el caso de mercancías que se entregan al porteador para que las traslade al comprador, las mercancías que se ponen “en poder” del porteador, se ponen a disposición del comprador, quien podrá recogerlas cuando lleguen a su destino. Lo que tiene lugar cuando el vendedor contrata y paga el transporte (ejemplo en una compraventa CIF o CPT) como si lo

contrata y paga el comprador (en una compraventa FOB o FCA). De ahí que dicho autor concluye que la obligación de entregar consiste en poner las mercancías a disposición del comprador, de modo que éste pueda tomar posesión de ellas.

Poner las mercancías a disposición del comprador exige que el vendedor cumpla con ciertas conductas. Así pues como lo establece el numeral 1 del artículo 33, requiere que haya identificado “claramente” las mercancías, ya que de otro modo el comprador no podría saber con seguridad cuáles mercancías son las que están a su disposición. (Adame, 1994)

En compraventas que no implican el transporte, se establece que el vendedor avise al comprador que las mercancías le han sido despachadas a su nombre, o a la persona que el propio comprador haya dispuesto, por un determinado medio de transporte y a un cierto lugar de destino, previamente convenidos. Asimismo se exige al vendedor proporcionar al comprador los documentos o la información necesaria para poder recoger las mercancías.

#### a.2) Lugar de entrega.-

La Convención trata en forma separada lo relativo a la transmisión del riesgo, transmisión que en la mayoría de los casos según Garro y Zuppi (1990) se produce al momento en que el vendedor cumple con los actos de entrega a su cargo.

Al respecto, Adame (1994) señala que en la compraventa internacional conviene distinguir entre el lugar donde deben entregarse las mercancías (lugar de entrega) y el sitio al que deben enviarse éstas (lugar de destino), sin embargo sostiene el mismo autor, que hay ventas en las que el espacio de entrega es el mismo que le lugar de destino, por ejemplo en las que el vendedor se obliga

a entregar las mercancías en frontera o en el establecimiento del comprador.

No obstante lo antes señalado, en la mayoría de ventas, el vendedor tiene la obligación de entregar las mercaderías a un porteador en un lugar determinado para que éste las conduzca a cierto destino.

Así pues, según sostiene Adame (1994), la determinación del lugar de entrega puede ser importante para definir si el vendedor cumplió o no con su obligación de entregar, y también para efectos de definir a quien corresponden los gastos de entrega hasta el lugar de entrega y el pago de impuestos y derechos por exportación e importación de mercancías. A continuación se señala las modalidades de entrega, en el marco de lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención:

#### a.2.1) Ventas que implican el transporte.-

De acuerdo al inciso a) del artículo 31 de la Convención, si la venta implica el transporte, el lugar de entrega será el lugar donde se encuentre el primer porteador que conducirá las mercancías al comprador. Así pues, en una compraventa CIF, el lugar de entrega será en donde esté el primer porteador que reciba las mercancías para conducir las hasta el puerto de destino. (Adame, 1994)

En el caso de una venta con disposición de transporte, el vendedor deberá concertar los contratos que sean necesarios para el transporte principal, según lo establece el artículo 32, apartado 2º, sin embargo los costos correrán a cargo del comprador. Así pues Burghard (1998) sostiene que “el lugar de entrega quedará determinado con la entrega de la mercadería al primer transportista (porteador, correo, courier privado, fletante etc.) o a su correspondiente Terminal de entrega.” Esto por cuanto el lugar donde el vendedor realiza la entrega y aquel donde el comprador recibe la

mercadería no coinciden en el caso de venta con disposición del transporte.

a.2.2) Ventas que no implican el transporte.-

Según Adame (1994), en los contratos que no impliquen el transporte opera la siguiente :

- Si se trata de ciertas mercancías, el lugar de entrega es el sitio donde éstas se encuentren.
- Si se trata de mercancías que deben especificarse de entre un género; y si se trata de mercancías que deban de ser producidas o manufacturadas, es el sitio donde han de producirse o manufacturarse. Esta regla opera cuando las dos partes sepan, al momento de perfeccionarse el contrato, que las mercancías o el género del cual se especificarían se encuentra en ese lugar o que habrán de ser producidas o manufacturadas en tal sitio.

a.2.3) Otros casos.-

De no ser posible determinar el lugar de entrega de acuerdo a los criterios antes señalados, en vista que en una compraventa que no implica el transporte el comprador no sabía de la existencia del lugar donde estaban las mercancías, el lugar de entrega será el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración o perfeccionamiento del contrato. (Adame, 1994)

a.3) Momento de la entrega.-

Con relación al momento de entrega, es de señalar que el artículo 33 de la Convención dispone que cuando la fecha de entrega hubiera sido establecida por las partes, el vendedor deberá entregar la cosa en esa fecha.

Ahora bien, cuando resulte del acuerdo de las partes que la entrega debería efectuarse en el curso de un cierto período (dentro de tal mes o estación del año), cualquiera de las partes puede fijar la fecha de entrega, a menos que dicha atribución esté reservada al comprador.

Finalmente, en caso que la fecha de entrega no haya sido fijada, el vendedor debe entregar las mercaderías en un plazo razonable. Para Garro y Zuppi(1990) el término “razonable” otorga una herramienta flexible y equitativa para ambas partes contratantes.

b) Entregar los documentos necesarios.-

De acuerdo con el contrato y los usos aplicables, el vendedor puede estar obligado a entregar ciertos documentos al comprador, sin embargo aunque no haya disposición contractual expresa, cabe entender que el vendedor, por estar obligado a entregar las mercancías, es decir, a ponerlas a disposición del comprador, debe entregar todos los documentos necesarios para tener control de ellas, o sea, los que sean necesarios para recibirlas del transportista y pasarlas por la aduana. (Adame, 1994)

Según Garro y Zuppi(1990) es probable que dichos documentos se refieran a los títulos representativos de las mercaderías, tales como la carta porte o el conocimiento de embarque, que se deben encontrar en poder del comprador para que éste pueda ejercer sus derechos sobre las mercaderías transportadas. Pero también existen otro tipo de documentos que, sin ser esenciales para que el comprador ejerza sus derechos sobre las mercaderías, le permiten disponer de la mercancía en forma apropiada, por ejemplo de un manual de instrucciones.

Según los mismos autores, en caso que los documentos sean necesarios para que el comprador pueda ejercer sus derechos sobre la cosa vendida, el incumplimiento por parte del vendedor de la obligación de entregar estos documentos puede ser considerado como “esencial”, dando lugar a la resolución del contrato. En cambio si los documentos que el vendedor no llega a entregar impiden que el comprador haga un uso apropiado de la mercadería, dicho incumplimiento podría ser considerado como una entrega de mercaderías que no se “conforman” al contrato.

- c) Entregar mercancías conformes con el contrato o con la convención.- El vendedor debe entregar mercancías cuyas características, calidad y empaque correspondan a la que las partes determinaron en el contrato.

A falta de un acuerdo contractual, el vendedor está obligado a entregar mercancías que sean conformes con los criterios que establece el inciso 2 del artículo 35 de la Convención. Así pues, este artículo por una parte establece presunciones de la existencia de un acuerdo contractual, en dos supuestos, el primero cuando el comprador manifiesta que la destinará a un uso especial, y el segundo, cuando el vendedor envía muestras o modelos de las mercancías al comprador. Por otra parte prevé criterios objetivos, que contemplan que las mercancías sean aptas para su uso ordinario, y que sean empacadas de forma habitual. (Adame, 1994)

Con relación al tiempo en que debe existir la falta de conformidad, el inciso 1 del artículo 36 de la Convención establece que el vendedor responde, en general, de toda falta de conformidad que exista hasta el momento de la transmisión del riesgo al comprador; pero puede también responder, si hay algún incumplimiento de su parte, después de la transmisión del riesgo, o durante un período de garantía.

Para efectos de determinar la falta de conformidad de las mercancías, el comprador debe hacer el examen de las mismas en un determinado momento.

Al respecto, el inciso 1 del artículo 38 de la Convención establece que el examen debe hacerse en “el plazo más breve posible atendidas las circunstancias”. Así pues, este artículo no define un plazo fijo para llevar a cabo dicho examen, dejándose a prudencia de los jueces y árbitros el determinar caso por caso si el examen se hizo o no en el plazo más breve posible. (Adame, 1994)

Ahora bien, si el contrato implica el transporte de las mercancías, el inciso 2 del artículo 38 establece que el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su destino. De ahí que cuando el vendedor entrega las mercaderías a un porteador que las conducirá al comprador, el plazo para hacer el examen comienza a correr a partir de que las mercancías lleguen a su lugar de destino ya que desde ese momento el comprador está en la posibilidad física de hacerlo. (Adame, 1994)

d) Entregar mercancías libres de derechos y pretensiones de terceros.-

El artículo 41 de la Convención establece que el vendedor debe entregar mercancías que estén libres no sólo de derechos, sino también de “pretensiones” de terceros, a menos que el comprador haya consentido en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones.

En vista que la Convención no especifica qué se entiende por derechos o pretensiones de terceros, puede considerarse que los mismos se tratan de derechos y pretensiones que versen estrictamente sobre la cosa, esto es, de acuerdo a la terminología

civilista, de derechos reales o pretensiones fundadas en derechos reales, tales como un derecho de prenda, la ejecución de un embargo o la reclamación de la propiedad de las mercancías. (Adame, 1994)

Ahora bien, dado que el artículo tampoco precisa en qué momento deben existir los derechos y pretensiones de tercero para que el vendedor responda por ellos, Adame (1994) señala que “la responsabilidad del vendedor por derechos que graven la cosa se extiende, después del momento de la transmisión del riesgo, a las pretensiones de terceros fundadas en derechos que existían en ese momento. En cambio, la responsabilidad por pretensiones de tercero abarca exclusivamente las existentes en el momento de transmisión del riesgo; las que se produjeran después, deben considerarse como un riesgo; las que se produjeran después deben considerarse como un riesgo, semejante a los de pérdida o deterioro, que asume el comprador”.

e) Transmitir la propiedad de las mercancías.-

El artículo 30 de la Convención establece que el vendedor debe transmitir la propiedad de las mercancías al comprador.

Según Adame (1994), cabe entender “por transmitir la propiedad”, el realizar todos los actos que sean necesarios para que el comprador, haciendo lo que le corresponda, adquiera la propiedad. Así pues, señala, que no es “obligación del vendedor el hecho de que el comprador adquiera la propiedad, ni realizar todos los actos necesarios para ello, sino sólo ejecutar los que son precisos, como requisitos o supuestos previos, para que el comprador adquiera la propiedad haciendo lo que debe hacer.”

Adame (1994) también señala, que por lo común, es la legislación del Estado del comprador que determinará lo que éste tiene que hacer para adquirir la propiedad.

Según Le Pera, la Convención no considera la transferencia del dominio como un elemento propio de la compraventa sino como uno de sus efectos, esto es, como un deber a cargo del vendedor. (Citado en Garro y Zuppi, 1990, p.171)

El inciso b) del artículo 4º excluye del campo de aplicación de la Convención aquellos temas relacionados con la titularidad de las mercaderías, así como las relativas a las acciones reales que le corresponden al vendedor y al comprador, pero como dice Garro y Zuppi (1990) si el vendedor no cumple con la obligación de transmitir la propiedad, el comprador tiene derecho a los remedios de cumplimiento o resolución y de daños y perjuicios que le otorga la Convención.

Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (2012), durante el proceso de redacción de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías se llegó a estimar como imposible, la unificación de criterios sobre la transferencia de la propiedad de las mercaderías vendidas, motivo por el cual, la convención excluye expresamente de su ámbito de aplicación dicho aspecto en el inciso b) del artículo 4º del mismo.

De acuerdo con lo manifestado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI (2012) las materias que no están reguladas por la Convención de Viena se resuelven con arreglo al derecho interno aplicable, el cual es

determinado sobre la base de las normas del derecho internacional privado.

De lo señalado por el CNUDMI, se deduce que lo relativo a la transferencia de la propiedad será definido, según el caso ; por el derecho interno del país del vendedor o por el derecho interno del país del comprador, ello, claro está, determinado en función de lo que establezca o determine el derecho internacional privado.

#### **1.3.7.4 Obligaciones del comprador vinculadas con la recepción de las mercaderías.-**

##### **a) Pagar el precio.-**

De la misma forma como la obligación principal del vendedor es la de entregar las mercancías en el lugar y momento debido, la obligación más importante que debe cumplir el comprador consiste en pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos o, en su defecto, establecidos por la Convención.

Si el contrato no especifica el momento del pago del precio, el artículo 58 de la Convención establece normas para determinarlo, distinguiendo si se trata de una compraventa que implica o no el transporte de las mercancías.

A continuación, se señala estas dos formas de pago en el marco del artículo 58 de la Convención:

##### **a.1) Compraventas que no implican el transporte.-**

Según el inciso 1 del artículo 58, cuando el contrato no implique el transporte de las mercancías, el precio debe pagarse en el mismo momento en que el vendedor ponga las mercancías a disposición del comprador.

En ese sentido, el vendedor debe dar el primer paso, esto es, éste debe, primero, poner las mercancías a disposición del comprador, para luego exigir el precio.

Adame (1994) dice que el inciso 1 del mismo artículo, también faculta al vendedor a hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos:

De acuerdo con esto, si un vendedor tuviera la obligación de poner las mercancías a disposición del comprador el 15 de junio en la misma fábrica donde las produjo, el vendedor para exigir el precio, tendría que avisar al comprador que las mercancías están a su disposición en el lugar convenido, y para proteger sus intereses, podrá advertir que las mercancías o los documentos no se entregarán al comprador si éste no paga el precio convenido; pero si el vendedor no pusiera a disposición del comprador las mercancías en la fecha convenida, éste podría reclamar el incumplimiento del vendedor, sin tener que ofrecer el pago del precio. (p. 196)

a.2) Compras que implican el transporte.-

Según el numeral 2 del artículo 58 de la Convención, si el contrato implica el transporte de las mercancías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercancías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.

Para Adame (1994), la expresión “documentos representativos” utilizada en el numeral 2 del artículo 58 de la Convención constituye una dificultad, por cuanto, según señala, si se interpreta con rigidez, podría entenderse que dichos documentos, son exclusivamente aquellos que otorgan a su titular la propiedad y control de las mercancías, como puede ser un conocimiento de embarque. Lo que conduciría a pensar, según sostiene, que el vendedor para

asegurarse del pago del precio, sólo podría retener este tipo de documentos, y no otros que, aunque no son estrictamente representativos de las mercancías, son necesarios para poder disponer y usar de ellas, tales como las facturas, certificados de origen o certificados sanitarios, sin los cuales las mercancías no podrían ser importadas.

Habida cuenta que el objetivo del artículo 58 es definir el momento del pago en relación con el momento en que el comprador recibe las mercancías u obtiene el control sobre las mismas, Jorge Adame llega a la conclusión que los documentos a que se refiere la expresión “documentos representativos” son todos aquellos que en cada caso dan al comprador la posibilidad de usar y disponer de las mercancías.

b) Recibir las mercancías.-

La obligación del comprador de recibir las mercancías está condicionada al cumplimiento de la obligación de entregarlas por parte del vendedor. De ahí que si el vendedor incumple su obligación de entregar por una de las siguientes razones que a continuación se señala, el comprador puede rehusar la recepción de las mercancías:

- Entrega de mercancías no conformes con el contrato;
- Entrega de mercancías con demora excesiva;
- Entrega de mercancías en forma anticipada;
- Entrega de mercancías en mayor cantidad que la convenida.

Los aspectos que implican la recepción de las mercancías son los siguientes:

b.1) Actos que posibilitan la entrega de las mercancías.-

Según el literal a) del artículo 60 de la Convención la obligación del comprador de proceder a la recepción consiste en realizar todos los

actos que uno puede esperar “razonablemente” que el comprador realice.

Los actos que ha de realizar el comprador dependen en gran parte del tipo de entrega que se hayan convenido las partes. Así por ejemplo, cuando se conviene implícita o expresamente una compra en los términos FOB o FCA, el comprador debe contratar el transporte, pero si es una compra CIF, lo contrata el vendedor, correspondiéndole a este último, avisar al comprador el tiempo de embarque y lugar de destino. Asimismo, en una compra en la que se conviene que el vendedor se haga cargo de los trámites de exportación e importación y que entregue las mercancías en el establecimiento del comprador, éste debe ayudar al vendedor a obtener los permisos o autorizaciones aduaneras necesarios para la importación de las mercancías. (Adame, 1994)

b.2) La recepción de las mercancías.-

Según el literal b) del artículo 60 de la Convención, la recepción de las mercancías consiste en hacerse cargo de las mismas.

Al respecto, es de precisarse, que el término “Recibir” no significa aceptar que las mercancías sean conformes con el contrato. Es así que el numeral 1 del artículo 86 de la Convención faculta al comprador a rechazar las mercancías cuando se dé cuenta que las mismas no son conformes con el contrato, no obstante ello, el párrafo segundo del mismo artículo, dispone que el comprador que rechace las mercancías debe, sin embargo, “tomar posesión de ellas”, lo que según Jorge Adame (1994) significa, “hacerse cargo de ellas o recibirlas”, para evitar el deterioro o pérdida de las mercancías.

En opinión del mismo autor, la diferencia entre un término y otro sólo tendría interés para efecto de determinar quién sería el propietario de

las mercancías. Así pues sostiene que podría pensarse que recibir las mercancías significa tomar posesión de las mismas a nombre propio, a diferencia de la toma de posesión de las mercancías a nombre y cuenta del vendedor del que hace referencia el numeral 2 del artículo 86 de la Convención. (Adame, 1994)

En tanto que hacerse cargo de las mercancías puede significar para el mismo autor, varias conductas, según el tipo de contrato que se haya convenido. De ahí que si la compraventa es en términos EX WORKS, recibir las mercancías significa ir a recogerlas, pagar los gastos de carga y descarga, transportar hasta el lugar de destino, y pagar los derechos de aduana (de exportación e importación) correspondientes.

#### b.3) Lugar de recepción de las mercancías.-

Según Adame (1994) si el contrato implica el transporte, dicho medio lo eligen según el caso, el comprador o el vendedor. Así pues cuando el medio lo elige el comprador, como en una compraventa FOB o FCA, el lugar de entrega es el del porteador designado por el comprador, y en ese mismo lugar se hace la recepción de las mercancías, por medio del porteador (que actúa a nombre del comprador).

En el caso que el medio de transporte lo elija el vendedor, como en el caso de una compraventa CIF o CIP, el lugar de entrega es del porteador, pero el comprador cumple su obligación de recibir en el lugar convenido de destino de las mercancías.

#### b.4) Tiempo de recepción de las mercancías.-

Según Adame (1994), el tiempo de recepción de las mercancías tiene mucha importancia, ya que de éste dependen los gastos de almacenaje y conservación de las mercancías, así como el riesgo de

su deterioro o pérdida, que está a cargo del comprador si incurre en mora de recibirlas. Esto último según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 69.

#### **1.3.7.5 Transmisión del riesgo.-**

##### a) La noción del riesgo.-

Por lo general, tanto el vendedor como el comprador definen en el contrato cuál de ellas debe correr el riesgo y a partir de qué momento; en ocasiones tal definición lo hacen de manera expresa y muchas veces, implícitamente, al convenir un contrato con alguno de los *incoterms*, como FOB, CIF o algún otro. De ahí que de no existir un acuerdo contractual expreso o tácito al respecto, la Convención se aplica en forma supletoria. (Adame, 1994)

La determinación del riesgo es importante, por cuanto de su solución depende que alguna de las partes tenga que soportar un perjuicio económico, sin posibilidad de exigir compensación alguna de la otra.

Colin y Capitant (1943) señalan que el problema de los riesgos solo se plantea o se presenta en los contratos sinalagmáticos.

Según Sierralta (1997) una de las materias más complicadas en el estudio del contrato de compraventa internacional es la transmisión del riesgo, y hay que entenderla según este autor a partir de un análisis comparativo con los *incoterms*. Es así que inclusive existen diversos criterios para la determinación del riesgo.

Así pues, basándose en el esquema realizado por Le Pera, Garro y Zuppi (1990) mencionan los siguientes criterios adoptados por los diversos ordenamientos jurídicos en materia de transmisión del riesgo:

- El primero es aquel que, independizando la transferencia de los riesgos del traspaso del dominio, pone el riesgo a cargo del comprador desde el momento del perfeccionamiento del contrato (*periculum estemptoris*). Este sistema es el que ha adoptado sólo la Convención de Viena sólo para el caso de las mercaderías vendidas en tránsito.
  
- El segundo es el criterio bajo el cual, se asocia la transferencia de los riesgos con la transmisión del dominio a la entrega de la cosa. Este según Garro y Zuppi (1990) es el sistema adoptado por el Código Civil francés (artículo 1138) y el que siguen una parte de las legislaciones de América Latina.
  
- El tercero es el que hace coincidir la transferencia de los riesgos con la tradición, acto bilateral que requiere la participación del comprador. Este según señala Garro y Zuppi (1990) es el sistema del código Argentino (art. 578).
  
- El cuarto es el que dispone que los riesgos se trasladen al cumplir el vendedor los actos de entrega a su cargo, es decir, al ponerse la mercadería a disposición del comprador, independientemente de la transferencia de dominio y de la efectiva toma de posesión de la mercadería por parte del comprador. Criterio también adoptado por la Convención de Viena, ya que ésta hace coincidir el traspaso de los riesgos con la entrega (artículo 69), especialmente en el caso de intervenir un transportista (artículo 67), en la entrega de las mercaderías.

La Convención, en su artículo 66, estableció como casos de riesgo, a los que no son originados por “acto u omisión”. De ahí que según Adame (1994) señala que pueden considerarse casos de riesgo, tanto las pérdidas debidas a acontecimientos de la naturaleza (por

ejemplo, un terremoto), como las debidas a actos del poder estatal (por ejemplo, un embargo) o las que son causadas por conductas de terceros (por ejemplo, un robo).

Así pues, en principio, el vendedor, como propietario de las mercancías corre con el riesgo de su pérdida o deterioro. Lo que significa que si las mercancías se extravían o dañan, sin que para ello intervenga un acto u omisión del vendedor, éste debe soportar la merma patrimonial. (Adame, 1994)

De ocurrir aquello, el vendedor no podrá exigir el pago convenido al comprador o, si ya lo cobró, tendrá que devolverlo. Ahora bien, en el caso que las mercancías en lugar de perderse, sólo se deterioraron, el vendedor deberá aceptar que el comprador las rechace y se niegue a pagar el precio, o que las acepte, pero pague un precio reducido; en uno y otro caso, el vendedor incurrirá en un incumplimiento contractual, sea por no entregar mercancías, sea por no entregarlas conformes con el contrato, pero como su incumplimiento se debe a un factor ajeno a su voluntad, imprevisible e insuperable, queda exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause su incumplimiento.

b) Momento de la transmisión del riesgo.-

Según Adame, el grupo de trabajo que preparó el proyecto de Convención concluyó la conveniencia de desligar la transmisión del riesgo, del concepto de entrega y relacionarla con el acto de “poner las mercancías en poder del porteador” (artículo 67), o con el de “poner las mercancías a disposición del comprador” (artículo 69), exigiéndose en cualquier caso, que las mercancías estén claramente identificadas.

En vista de dicho planteamiento, se distinguieron tres tipos de compraventas, a efecto de determinar el momento de transmisión del riesgo al comprador, las mismas que se señalan a continuación (Adame, 1994) :

b.1) Compraventas que implican el transporte.-

En estas compraventas el vendedor tiene la obligación de contratar un transporte para las mercancías o cuenta con la autorización del comprador para entregarlas a un transportista determinado. De ahí que el transporte puede ser contratado por el comprador o el vendedor, en cuyas manos ponga el vendedor las mercancías.

El primer párrafo del artículo 67 contempla dos casos de compraventas que implican el transporte, en primer lugar, cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercancías al porteador en un sitio determinado; en segundo lugar, cuando el vendedor debe entregar al porteador en un lugar determinado; siendo irrelevante en ambos casos que el vendedor retenga los documentos que acrediten la titularidad de las mercancías; esto que es señalado en la frase final del mismo párrafo , con la finalidad de dejar claro que la transmisión del riesgo es independiente de la propiedad de las mercancías. (citado en Adame, 1994, Pág. 331)

b.1.1) Cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercancías al porteador en un lugar determinado.-

De acuerdo a la primera frase del numeral 1 del artículo 67 de la Convención, el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor pone las mercancías en manos del primer porteador para que las conduzca al comprador. Así pues de acuerdo a lo establecido en la Convención, el comprador asume el riesgo desde el momento que inicia la travesía.

El poner las mercancías en poder del porteador “consiste, de acuerdo como lo establecen los *incoterms*, en colocar las mercaderías a bordo del vehículo, dejarlas estibadas para que el transportista las cargue, o dejarlas bajo la custodia del mismo”. (Adame, 1994, P. 332)

b.1.2) Cuando el vendedor debe entregar al porteador en un lugar determinado.-

De acuerdo a la segunda frase del numeral 1 del artículo 67 de la Convención, el riesgo se transmite cuando las mercancías se ponen en poder del porteador en el lugar determinado.

Al respecto, Honnold opina que lo antes señalado opera cuando el vendedor, con sus propios medios de transporte, conduce las mercancías hasta el porteador en el lugar determinado. Pero según el mismo autor, si el vendedor contrata un transportista para que lleve la mercancía al porteador en el sitio acordado, no operaría esta regla, sino la de la primera frase del numeral 1 del artículo 67; es decir el riesgo se transmite, no cuando pone las mercancías en poder del porteador en el lugar determinado, sino cuando las pone en manos del primer porteador. (Citado en Adame, 1994, P. 332)

Nicholas, en cambio, “señala que cuando las partes convienen un sitio específico, el riesgo se transmite tanto si lo hace el vendedor como si lo realiza un porteador contratado por él. (Citado en Adame, 1994, P. 332)

b.1.3) La identificación de las mercancías.-

Según el numeral 2 del artículo 67 para que opere la transmisión del riesgo en las ventas que implican el transporte y, en realidad, en todo tipo de ventas es necesario que las mercancías estén claramente identificadas. Regla que permite determinar objetivamente que

ciertas mercancías corresponden al comprador, de no ser así no podría atribuirse el riesgo de su pérdida o deterioro a ese comprador.

Según Nicholas en las compraventas que implican el transporte, la identificación se hace, con frecuencia, por medio de los documentos acreditativos del transporte, en los que se precisa el tipo de mercancías, su cantidad y el nombre y domicilio del destinatario. Así pues según este autor como estos documentos se expiden cuando el vendedor pone las mercancías en poder del porteador, el riesgo se transmite en ese momento al comprador, pero si por algún error u omisión las mercancías no quedaran claramente identificadas en los documentos de transporte, el riesgo seguiría a cargo del vendedor hasta que se envíe un aviso aclaratorio al comprador. (Citado en Adame, 1994, p.334)

#### b.2) Compraventas de mercancías en tránsito.-

El artículo 68 contempla el caso de la venta de mercancías en tránsito a las cuales no les resulta aplicable la regla del artículo 67 porque el transportista que las conduce no recibió las mercancías, como exige este artículo, para entregarlas al comprador actual.

A propósito de las mercancías en tránsito, Sierralta (1997) señala que el artículo 1570 del Código Civil peruano contiene la posibilidad de que el vendedor remese la mercadería a lugar distinto. Así: “si a pedido del comprador, el vendedor expide el bien a lugar distinto a aquel en que debía ser entregado, el riesgo de pérdida pasa al comprador a partir del momento de su expedición” (p.132). Conforme señala de la Puente :

Resulta justo que el vendedor quede liberado del riesgo en el momento en que debió efectuarse la entrega de no haber mediado el pedido del comprador, por lo cual se establece que el riesgo

pasa a éste en el momento en que el vendedor expida el bien, o sea al portador autorizado para su recepción por el comprador, salvo, desde luego; pacto distinto. (Citado en Sierralta, 1997, p. 132)

Retomando nuevamente lo regulado en el artículo 68 de la Convención, a continuación se citan los dos casos de transmisión de riesgo contemplados en dicho artículo:

b.2.1) Transmisión del riesgo al momento de la celebración del contrato.-

La primera frase del artículo 68 establece la regla general de que el riesgo respecto de las mercancías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. Situación que conforme lo señala Adame (1994) tiene el inconveniente de dividir el riesgo durante el tránsito de las mercancías, así pues, sostiene, que en la primera parte de la travesía, el riesgo es del vendedor, quien lo asumió como primer comprador de las mercancías; en la otra parte del trayecto, el riesgo es por cuenta del comprador, quien compró las mercancías en tránsito sin tener la posibilidad en la mayoría de los casos, de examinarlas; cuando las mercancías lleguen a su destino, si el comprador descubre que han sufrido algún deterioro o pérdida, va a ser muy difícil precisar en qué momento del trayecto se produjeron y a quién corresponde el riesgo.

Honnold, sostiene que para efectos de evitar dichas dificultades es recomendable que las partes acuerden que el riesgo se transmita retroactivamente, desde el principio de la travesía o al final de la misma. (Citado en Adame, 1994, p.326)

#### b.2.2) Transmisión retroactiva del riesgo.-

La segunda parte del artículo 68 establece que no se aplicará la regla anterior, si de las circunstancias puede inferirse que las partes convinieron que el riesgo lo asumiera el comprador desde el momento en que las mercancías fueron puestas en poder del porteador que expidió los documentos acreditativos del transporte. Lo que quiere decir que si las partes acuerdan expresamente que el comprador asuma el riesgo retroactivamente, tal convenio surte efectos en vez de la regla general prevista en la primera parte del artículo 68, ello en vista de que la voluntad de las partes prevalece respecto de las normas de la convención. (Adame, 1994)

#### b.3) Compraventas que no implican el transporte.-

El artículo 69 de la Convención es una norma residual por cuanto se encuentra destinada a cubrir los pocos casos de compraventas que no implican el transporte, ni son mercancías en tránsito. Así pues, este tipo de compraventa contempla dos supuestos, los mismos que se señalan a continuación:

##### b.3.1) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en el establecimiento del vendedor.-

Cuando las partes convienen que el comprador recoja las mercancías en el establecimiento del vendedor, el numeral 1 del artículo 69 dispone que el vendedor siga con el riesgo de pérdida o deterioro que habitualmente estará cubierto con el seguro que tenga el vendedor sobre sus almacenes hasta el momento en que el comprador se haga cargo de las mercancías. Así pues, si el comprador se hace cargo de las mercancías en la fecha convenida o dentro del plazo estipulado, el riesgo es del vendedor mientras las mercancías están en su almacén, y se traslada al comprador cuando éste se hace cargo de ellas. (Adame, 1994)

Pero en el supuesto que el comprador no se haga cargo de las mercancías en su debido momento, el riesgo se transmite “desde el momento en que las mercancías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. (Adame, 1994)

b.3.2) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor.-

Según el numeral 2 del artículo 69 el riesgo se traslada al comprador desde el momento en que “deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar. Regla ligeramente distinta de la que se refiere a los casos de mercancías que están en el establecimiento del vendedor.

Para que opere la transmisión del riesgo en este supuesto, se requiere que las mercancías se encuentren a disposición del comprador, lo que implicaría que las mercancías estén identificadas de conformidad con el numeral 3 del artículo 67 de la Convención y que el administrador del almacén haya recibido la orden de entregarlas al comprador o que el comprador tenga un documento que le permita exigir su entrega. (Adame, 1994)

### **1.3.8 Análisis sobre el tratamiento normativo aplicable a un envío postal objeto de compraventa internacional con trámite de nacionalización no concluida**

#### **1.3.8.1 Análisis sobre la norma aplicable a un envío postal con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro del plazo de permanencia de la UPU.-**

Conforme se puede inferir de lo expuesto en los puntos 1.3.4 y 1.3.5, de la tesis, es de aplicación para los envíos postales de llegada y/o importación, conducidos por la Administración postal peruana u operador postal designado (SERPOST S.A), tanto las disposiciones de las Actas de la UPU como las disposiciones de la legislación interna, entre ellas principalmente, la legislación aduanera. Situación que no ocurre con los envíos postales o mercaderías conducidos por otros operadores o transportistas privados, entre ellos, las *couriers*, a los cuales, no les resulta aplicable las disposiciones de las Actas de la UPU.

Así pues, el hecho que los envíos postales conducidos por la Administración postal peruana tengan un marco regulatorio especial, genera en algunos casos problemas para determinar si la norma aplicable en un caso concreto, es la establecida en la legislación interna o en las Actas de la UPU.

Uno de esos casos, es el referido al tratamiento normativo que debe aplicarse a un envío postal (mercadería) con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro del plazo de permanencia o de conservación, establecido en las Actas de la UPU. Esto, tomando en consideración por un lado, los efectos jurídicos que produce la numeración de la Declaración de Aduana de importación en el marco de la Ley General de Aduanas y por otro lado, los efectos jurídicos que produce el vencimiento del plazo de conservación o de permanencia de

los envíos postales en el país de destino en el marco de las Actas de la UPU.

Haciendo referencia en primer lugar, a los efectos jurídicos vinculados con la aplicación de la legislación interna, es de señalar que de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas un envío con trámite de nacionalización iniciada (se ha solicitado a destinación aduanera) cae en abandono legal, cuando no se ha culminado su trámite dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente a la numeración de la declaración.

Ahora bien, haciendo referencia en segundo lugar, a los efectos jurídicos vinculados con la aplicación de las disposiciones de las Actas de la UPU, cabe manifestar, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal, el envío pertenece al expedidor hasta tanto no haya sido entregado al derechohabiente, salvo si dicho envío hubiere sido confiscado por aplicación de la legislación del país de origen o de destino.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia de la UPU y el artículo 144 del Reglamento de Encomiendas Postales de la UPU, concordante con lo establecido en el numeral 1,2 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal; los envíos no distribuibles, esto es, los envíos no entregados a los destinatarios dentro de los plazos establecidos en dichos Reglamentos, deben ser devueltos al país de origen para su entrega al expedidor o remitente.

Tomando en consideración los efectos antes señalados y ante el supuesto que el consignatario de un envío postal depositado en una Administración Postal extranjera numere voluntariamente (inicia el

trámite de nacionalización o solicita la destinación aduanera) ante la Aduana de nuestro país una Declaración de Aduana, sin concluir por algún motivo con el trámite de nacionalización de la mercancía dentro del plazo de permanencia o conservación establecido en las Actas de la UPU; surge una interrogante orientada a determinar si corresponde la devolución del envío al país de origen por parte de la Administración postal peruana, sin la autorización de dicho consignatario; o corresponde la permanencia del envío en nuestro país para la conclusión del trámite de nacionalización, habida cuenta del nacimiento de la obligación tributaria. Supuesto este último que de no concretarse, daría lugar al abandono legal del envío.

Conforme se puede advertir en el caso antes expuesto, hay una incompatibilidad o conflicto normativo entre lo dispuesto en el literal b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas y ciertas disposiciones de las Actas de la UPU antes citadas, entre ellas principalmente, el numeral 1, 2 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal.

Con relación a la citada incompatibilidad normativa o antinomia, es preciso citar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por el Estado peruano mediante el Decreto Supremo No. 029-2000-RE, el cual establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de los tratados.

En ese mismo sentido, el artículo 24 de la Constitución de la UPU, establece que las disposiciones de las Actas de la UPU no vulneran la legislación de los países miembros en todo aquello que no se halle expresamente determinado por estas Actas, en otras palabras este artículo establece la prevalencia de las disposiciones de las Actas de la UPU frente a las disposiciones de la legislación interna de los países.

Habida cuenta del principio generalmente admitido por la doctrina, al cual se ha hecho alusión en los dos párrafos precedentes, hay una preeminencia de las disposiciones de las Actas de la UPU en la prestación del servicio postal a cargo de la Administración Postal peruana frente a la legislación interna de un país.

De ahí que se puede concluir que la normativa aplicable al supuesto planteado, es lo dispuesto en las Actas de la UPU, específicamente lo establecido en el artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia y el artículo 144 del Reglamento de Encomiendas Postales, concordante con lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 5 del Convenio Postal Universal.

A propósito de la conclusión a la que se ha arribado, es de señalar que Gustavo Mejía Velásquez en su tesis titulada “La Obligación Tributaria Aduanera en el Tráfico Postal” plantea un caso similar al propuesto en la primera parte de la presente tesis, sosteniendo en éste que el tráfico de envíos o paquetes transportados por el servicio postal, efectivamente debe regirse por el Convenio Postal Universal.

### 1.3.8.2 Análisis relativo al derecho del consignatario sobre la propiedad de la mercadería o envío postal desde el punto de vista de la Convención de Viena de 1980.-

El segundo punto o cuestión materia de análisis de la presente tesis, está orientado a determinar si el reembarque o devolución del envío al país de origen, por parte de la Administración postal peruana (operador designado), afecta o vulnera el derecho de propiedad del consignatario sobre una mercadería expedida por un proveedor o vendedor con establecimiento en el extranjero.

Habida cuenta que el análisis debe realizarse en el marco de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, es conveniente verificar previamente si el caso planteado se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha Convención.

Al respecto, conforme se infiere de lo señalado en el numeral 1.3.7.1 de la presente tesis, una mercancía transportada por correo puede estar dentro del ámbito de aplicación de la Convención, siempre que dicha mercancía no sea adquirida para uso personal y que las partes (comprador y vendedor) tengan sus establecimientos en diferentes países o Estados. Precisamente, por estar un envío postal, objeto de compraventa internacional, dentro del ámbito de aplicación de dicha Convención, Burghard (1998), al referirse a la “entrega” (Art. 31.a de la Convención) y a la transmisión del riesgo (Art. 67 de la Convención) en las compraventas internacionales que implican el transporte, menciona entre los diferentes tipos de transportista a los siguientes: al porteador, **al correo**, al *courier* privado, al fletante etc.

Bajo esa premisa, queda claro entonces, que una empresa peruana puede recibir mercancías de un proveedor con establecimiento en el extranjero, utilizando como medio de transporte el correo (los servicios

de la administración postal peruana – SERPOST S.A.)y que la relación contractual de ambas partes, desarrollada bajo la figura jurídica del contrato de compraventa se encuentre regulada por la Convención de Viena.

En el entendido que un envío postal puede ser objeto de compraventa en el marco de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, corresponde ahora analizar si en el marco de dicha Convención, el comprador que para efectos del caso planteado también tiene la calidad de consignatario o destinatario, adquiere la propiedad de la mercancía.

Al respecto, es de señalar que el literal b) del artículo 4º de la Convención establece que ésta no regula el efecto de un contrato de compraventa sobre la propiedad de las mercaderías; en tanto que el artículo 30 de la misma Convención establece que es obligación del vendedor transmitir la propiedad de las mercaderías.

De no transmitir el vendedor, la propiedad de la mercadería, el comprador conforme señala Garro y Zuppi (1990) tiene derecho a los remedios de cumplimiento o resolución, y de daños y perjuicios que le otorga la Convención de Viena.

A propósito de los efectos obligacionales que produce una compraventa, es de manifestar, que según se infiere de lo señalado por Sierralta (2004) en su libro sobre Contratos de Compraventa internacional, lo que la Convención de Viena alude no es el derecho de propiedad sino el derecho de posesión.

Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 31 a) de la Convención al referirse a la obligación de entrega, establece que en las compraventas que impliquen el transporte, la entrega se produce cuando se pone la

mercancía en poder del primer porteador para que la traslade al comprador.

Adame (1994), en ese sentido, sostiene que la obligación de entregar consiste en poner las mercancías a disposición del comprador de modo que éste pueda tomar posesión de ellas.

Tomando en consideración que las mercancías no pueden ser recibidas en el mismo momento de la “entrega” sino hasta que llegan al lugar de destino, el comprador sólo podría tener posesión mediata sobre las mismas cuando tal “entrega” se produce.

Habida cuenta que tal situación tiene lugar con las compraventas que implican el transporte, es conveniente citar a Recalde (1992), quien señala que la entrega del conocimiento de embarque<sup>16</sup> “representa a la de las cosas y la sustituye en aquellas compraventas sobre mercancías que se encuentran a bordo de un buque y en los que, por tanto, una entrega material no sería posible”, señalando el mismo autor, que con la entrega del conocimiento de embarque, el tomador (consignatario) designado en él, es el poseedor mediato.

El mismo autor señala también que el conocimiento de embarque facilita la adquisición de los derechos reales sobre las mercancías, aunque el transmitente no fuera su propietario porque a través del conocimiento de embarque se recibe la posesión de las cosas.

A diferencia de lo que sucede con la “entrega” en el contrato de compraventa internacional o con la “entrega” del conocimiento de embarque al tomador o consignatario, la “entrega” de la mercancía o del

---

<sup>16</sup> Si bien en el servicio postal no se utiliza el conocimiento de embarque para el envío postal objeto de desconsolidación, se hace referencia a este título valor para tratar de desentrañar los alcances que la “posesión” puede tener en el comercio internacional, ya que el mismo puede haber servido de inspiración para la elaboración de la Convención de Viena.

envío postal al destinatario o consignatario del mismo, en el marco de las Actas de la UPU, es real o material. De ahí que cuando no se produce la entrega material al consignatario o destinatario, el envío es devuelto o reembarcado de oficio por la Administración Postal peruana al país de origen para su entrega al expedidor, a quien el numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal atribuye la pertenencia del envío postal.

Conforme se puede advertir, el enfoque teórico bajo el cual se atribuye un derecho real sobre el envío o la mercadería es contrapuesto, según si se aplica las Actas de la UPU o la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías. Así pues, mientras en las Actas de la UPU se atribuye una situación jurídica especial entre el expedidor y la mercancía, en el marco de la Convención de Viena se atribuye una situación jurídica especial entre el destinatario y la mercancía.

Retomando el tema de la propiedad propiamente dicha, podemos decir que en la medida que la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías deja claramente establecido la obligación que tiene el vendedor de transferir la propiedad al comprador, no cabe duda del derecho de crédito que adquiere este último sobre la propiedad del envío o mercadería. De ahí que otorgar una facultad o un derecho en favor del vendedor (remitente) para determinar sobre la situación jurídica de una mercadería o envío postal con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida, sería un contrasentido de los efectos jurídicos obligacionales que origina la celebración de un contrato de compraventa en el marco de la doctrina jurídica civil.

Precisamente, la característica natural de la figura jurídica de la compraventa como parte de los efectos jurídicos obligacionales que de ella se deriva, es la transferencia de la propiedad del vendedor hacia el comprador, y bajo esa premisa, deberían regularse otras normas, ya que

aplicar una premisa en contrario, afectaría el normal tráfico jurídico de bienes en el ámbito de la compraventa internacional, así como podría originar las posibles vulneraciones al derecho de propiedad.

El servicio postal o correo es un transportista y su participación en las operaciones internacionales debería limitarse en casos de esa naturaleza a esa única condición, y no en el marco del Convenio Postal Universal, regular una supuesta pertenencia o facultad en favor del remitente o vendedor, esto último, en el supuesto que se trate de un envío objeto de compraventa, sujeto al ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional; más aun cuando en los negocios o actos jurídicos de este tipo prima la autonomía de la voluntad de las partes.

En definitiva, como consecuencia del estudio realizado sobre las Actas de la Unión Postal Universal, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, los informes de los organismos internacionales sobre el particular, y la bibliografía consultada a lo largo de la elaboración de la presente tesis, se ha podido establecer que un envío postal conducido por una Administración Postal u operador designado por la Unión Postal Universal (ejemplo SERPOST S.A.), sujeto a una compraventa internacional y cuyo consignatario se dedique a realizar compras como una actividad habitual de negocio, puede estar dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Conclusión que se confirma con lo manifestado por Burghard (1998), quien al aludir al transportista en la compraventa internacional de mercaderías menciona expresamente al correo (servicio postal).

Bajo esa premisa, y en el entendido que el consignatario adquiere la propiedad de la mercancía, el comprador o consignatario, afectado con los efectos jurídicos derivados del vencimiento del plazo de conservación puede encontrar vulnerado su derecho de propiedad frente a la

disposición de las Actas de las de la UPU que establecen la devolución del envío al país de origen al configurarse en la realidad fáctica dicho vencimiento.

Precisamente, por el conflicto normativo entre el Convenio Postal Universal y la legislación interna, aunado posiblemente a los efectos jurídicos obligacionales que se derivan de un contrato de compraventa sujeto a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, muchos países han formulado reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal.

De otro lado, con respecto a los efectos de la compraventa sobre la propiedad de la mercadería, o mejor dicho, al momento mismo en que la transmisión de la propiedad se produce, consideramos que tal aspecto conforme lo establece el CNUDMI, debe ser definido por la legislación interna, determinada sobre la base de la aplicación del derecho internacional privado.

Remitiéndonos al artículo 2095 del derecho internacional privado de nuestro Código Civil, encontramos que las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Sin embargo, de cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal.

Para Delgado, Delgado y Candela (2007) “los aspectos reales que pueden derivar del contrato – transmisión, modificación o constitución de un derecho real – se rigen por la *lex rei sitae*”, es decir, por lo regulado en el artículo 2088 del Código Civil.

Asimismo, según los mismos autores antes mencionados, al haberse separado en la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, la transmisión del riesgo de la transferencia de

la propiedad, “los riesgos por pérdida del objeto de contrato son aspectos obligacionales regidos por la ley del contrato”, es decir, por lo regulado en el artículo 2095 del Código Civil.

### **1.3.9 Propuesta de Reforma Normativa**

#### **1.3.9.1 Propuesta para la formulación de una reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal**

Conforme se ha mencionado antes, el párrafo “a” del artículo 30 de la Convención de Viena establece como obligación del vendedor, transmitir la propiedad de la mercancía al comprador, transmisión cuyos alcances vinculados con los efectos jurídicos del contrato de compraventa, de acuerdo a lo indicado en esta tesis, se sujeta a la legislación interna de uno de los Estados de las partes de la relación contractual, determinada por el derecho internacional privado.

En cualquier caso, y en mérito al derecho de crédito que tiene el comprador, derivado de los efectos jurídicos obligacionales de la celebración del contrato, corresponde a éste determinar la situación jurídica final del envío (abandono legal o devolución del envío al país de origen) , y no así al remitente o expedidor (vendedor).

Habida cuenta del derecho real que debe adquirir el comprador, como efecto de la obligación derivada del contrato de compraventa, lo señalado en el numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal, que atribuye un derecho de pertenencia en favor del expedidor o remitente, efectivamente no se ajusta a la realidad del entorno comercial internacional actual. De ahí que su aplicación vulnera el derecho de propiedad que pueda ostentar el destinatario o comprador sobre la mercancía o envío postal objeto de compraventa internacional.

Dicha vulneración es aún más evidente, cuando la mercancía es reexpedida o devuelta al país de origen, de oficio, por parte de la Administración Postal peruana, luego que la misma ha sido objeto de destinación aduanera por propia voluntad del consignatario. Destinación aduanera, que no es otra cosa, que la manifestación de voluntad del destinatario de nacionalizar el envío consignado a su nombre.

En vista de la problemática que la aplicación del artículo 5 origina, se propone la formulación de una reserva a lo dispuesto en dicho artículo, para efectos de que la Administración Postal Peruana no se encuentre obligada a devolver envíos postales con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida.

Si bien, se ha demostrado la vulneración de derechos vinculados únicamente con el comprador (empresa) subsumido al mismo tiempo en la calidad jurídica de consignatario, la propuesta está orientada a que se aplique tal reserva a cualquier mercancía contenida en un envío postal sea éste o no objeto de compraventa tomando en cuenta la manifestación de voluntad expresada por el destinatario o consignatario al momento de solicitar la destinación aduanera de la mercancía.

En ese sentido, no estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la reserva, las cartas, tarjetas postales, los aerogramas y los cecogramas, envíos que en todos los casos continuarían siendo devueltos al país de origen para su entrega al expedidor.

Con relación a la propuesta de reserva, cabe señalar que ya muchos países han formulado reserva a lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Postal Universal, conforme se puede observar de lo señalado en el artículo I del Protocolo Final del Convenio Postal Universal. A continuación, copia textual de dicho artículo para mayor referencia :

#### “Artículo I

Pertenencia de los envíos postales. Devolución. Modificación o corrección de dirección:

1. Las disposiciones del artículo 5.1 y 2 no se aplicarán a Antigua y Barbuda, a Bahrein (Reino de), a Barbados, a Belice, a Botswana, a Brunei Darussalam, a Canadá, a Hongkong, China, a Dominica, a Egipto, a las Fiji, a Gambia, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a Los Territorios de Ultramar dependientes del Reino Unido, a Granada, a Guyana, a Irlanda, a Jamaica, a Kenya, a Kiribati, a Kuwait, a Lesotho, a Malasia, a Malawi, a Mauricio, a Nauru, a Nigeria, a Nueva Zelanda, a Papúa-Nueva Guinea, a Saint Kitts y Nevis, a Salomón (Islas), a Samoa Occidental, a San Vicente y Granadinas, a Santa Lucía, a Seychelles, a Sierra Leona, a Singapur, a Swazilandia, a Tanzania (Rep. Unida), a Trinidad y Tobago, a Tuvalu, a Uganda, a Vanuatu y a Zambia.
2. El artículo 5.1 y 2 tampoco se aplicará a Austria, Dinamarca y a Irán (Rep. Islámica), cuya legislación no permite la devolución o la modificación de dirección de los envíos de correspondencia a petición del expedidor, una vez que el destinatario ha sido informado de la llegada del envío a él dirigido.
3. El artículo 5.1 no se aplicará a Australia, a Ghana y a Zimbabwe.
4. El artículo 5.2 no se aplicará a Bahamas, a Irak, a Myanmar y a la República Democrática de Corea, cuya legislación no permite la devolución o la modificación de dirección de los envíos de correspondencia a petición del expedidor.
5. El artículo 5.2 no se aplicará a Estados Unidos de América.
6. El artículo 5.2 se aplicará a Australia en la medida en que sea compatible con la legislación interna de dicho país.
7. Por derogación del artículo 5.2, El Salvador, Filipinas, Panamá (Rep.), Rep. Dem. Del Congo y Venezuela estarán autorizados a no devolver las encomiendas postales después que el destinatario haya solicitado los trámites aduaneros, dado que su legislación interna se opone a ello.”

**PAISES QUE FORMULARON RESERVA:**

<b>GRUPO</b>	<b>PAISES QUE HAN FORMULADO RESERVA</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>TIPO DE RESERVA</b>
A	Antigua y Barbuda, Bahrein (Reino de), Barbados, Belice, Botswana, Brunei Darussalam, Canadá, Hong Kong, China, Dominicana, Egipto, Fiji, Gambia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Territorios de Ultramar Dependientes del Reino Unido, Granada, Guyana, Irlanda, Jamaica, Kenya, Kiribati, Kuwait, Lesotho, Malasia, Malawi, Mauricio, Nauru, Nigeria, Nueva Zelanda, Papúa-Nueva Guinea, Saint Kitts y Nevis, Salomón (Islas), a Samoa Occidental, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Swazilandia, Tanzania (Rep. Unida <sup>9</sup> , Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu y Zambia, Australia, Ghana y Zimbawe	50	Países para los cuales el envío no pertenece al expedidor (reserva al Numeral 1 y 2 del artículo 5 del Convenio)
B	Austria, Dinamarca e Irán (Rep. Islámica)	3	Países que no permiten la devolución de un envío al expedidor cuando el destinatario ha sido informado de la llegada de su envío (reserva al numeral 2 del artículo 5 del Convenio)

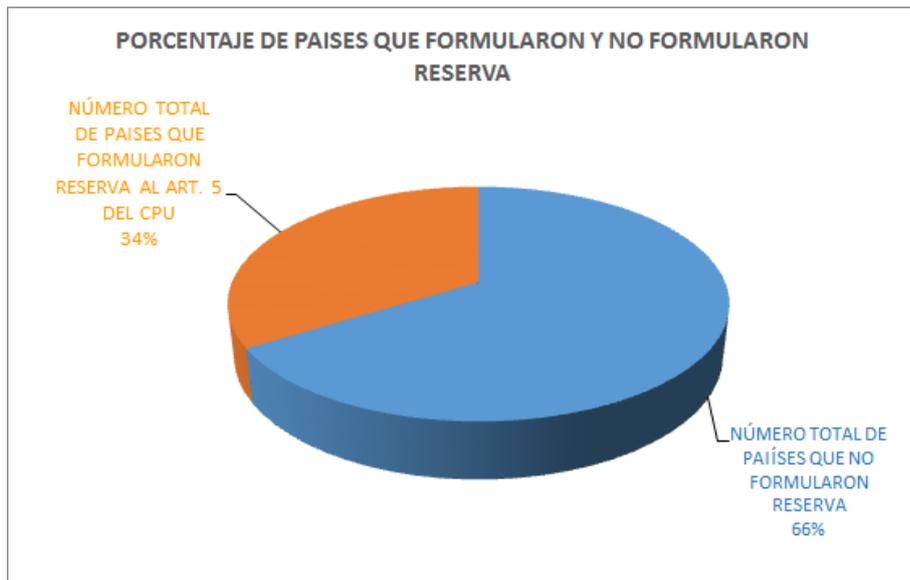
C	El Salvador, Filipinas, Panamá, Rep. Dem. Del Congo y Venezuela	5	Países que no admiten la devolución de sus envíos cuando se ha solicitado los trámites aduaneros (reserva al numeral 2 del artículo 5 del Convenio)
D	Bahamas, Bélgica, Irak, Myanmar, República Popular Democrática de Corea, Estados Unidos de América y Australia	7	Otras reservas vinculadas al numeral 2 del artículo 5 del Convenio.

**FUENTE : Protocolo final del Convenio Postal Universal**

Como se observa, 65 países formularon reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal, de lo que se advierte que hay un número significativo de países que no están de acuerdo con la premisa de que el envío pertenezca al remitente o expedidor, mas aun cuando el envío ya ha llegado al país de destino y es puesto a disposición del destinatario para su entrega.

**NÚMERO DE PAISES QUE FORMULARON Y NO FORMULARON RESERVA :**

<b>CANTIDAD DE PAISES</b>	<b>Porcentaje</b>
NÚMERO TOTAL DE PAISES QUE CONFORMAN LA UNIÓN POSTAL UNIVERSAL	100
NÚMERO TOTAL DE PAÍSES QUE NO FORMULARON RESERVA	66
NÚMERO TOTAL DE PAISES QUE FORMULARON RESERVA AL ART. 5 DEL CPU	34



De acuerdo al gráfico presentado, los 65 países que han formulado reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal representan el 34% del total (100%) de países miembros de la Unión Postal Universal. Porcentaje significativo de países que han solicitado la inaplicación de dicho artículo.

Ver para mayor referencia, a continuación, dos cuadros en los que se puede observar las ventajas y desventajas que podría implicar, llegado el caso; la aplicación de dicha reserva :

**VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 DEL CONVENIO  
POSTAL (SEGÚN SITUACION ACTUAL)**

	<b>VENTAJAS</b>	<b>DESVENTAJAS</b>
Administración postal de destino (SERPOST S.A.)		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Incurre en gastos administrativos por los trámites de devolución que realiza ante aduanas y según el caso ante la administración postal de origen.</li> <li>2. Incurren en gastos operativos y de transporte no reembolsables por la devolución de pequeños paquetes, sacas "M" y envíos EMS.</li> <li>3. Reclamos de los destinatarios debido a la devolución del envío al país de origen sin consentimiento de éstos.</li> </ol>
Expedidor	El envío es devuelto al expedidor cuando la mercancía no es entregada al destinatario.	
Destinatario		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuenta con menor plazo para recoger su envío.</li> <li>2. No tiene facultad para disponer del destino final de su envío una vez vencido el plazo de permanencia o conservación.</li> </ol>
Administración Postal de origen (operador designado del país de origen)		Incurre en gastos administrativos y operativos.
SUNAT		Incurre en gastos administrativos al realizar el trámite de legajamiento de las declaraciones simplificadas.

**VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA  
NORMATIVA PLANTEADA**

	<b>VENTAJAS</b>	<b>DESVENTAJAS</b>
Administración postal de destino (SERPOST S.A.)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Deja de incurrir en gastos operativos debido a la no devolución de pequeños paquetes, sacas "M" y envíos EMS. Esto que implica la reducción de sus gastos.</li> <li>2. Reduce sus gastos administrativos, por cuanto deja de realizar el legajamiento de Declaraciones Simplificadas con trámite de nacionalización iniciada.</li> <li>3. Incrementa sus ingresos por concepto de almacenaje.</li> <li>4. Obtiene mayor margen de rentabilidad debido a la reducción de sus gastos y se incrementa su margen de ahorro.</li> <li>5. Se reducen los reclamos por parte de los destinatarios.</li> <li>6. Satisface mejor las necesidades de los destinatarios al permitirles un mayor plazo para el retiro de sus envíos lo que redundará en beneficio de la imagen de SERPOST S.A.</li> </ol>	
Expedidor		No puede disponer del destino final de su envío.
Destinatario	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuenta con mayor plazo para recoger su envío.</li> <li>2. Conoce las normas aplicadas a su envío.</li> <li>3. Dispone del destino final de su envío</li> </ol>	
Administración Postal de origen (operador designado del país de origen)	Se reducen sus costos administrativos y operativos.	
SUNAT	Reduce sus gastos administrativos por cuanto ya no realizarían el trámite de legajamiento de las Declaraciones Simplificadas.	

### **1.3.9.2 Disposiciones establecidas por la Unión Postal Universal para la formulación de reservas al Convenio Postal Universal.-**

Habida cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>17</sup>, admite la posibilidad de que cada tratado establezca su propia reglamentación para la formulación y aceptación de las reservas, la UPU ha establecido su propio sistema de reservas.

Al respecto, el numeral 3 del artículo 39 del Convenio Postal Universal establece que las reservas a los artículos del Convenio deben ser presentadas al Congreso de la Unión Postal Universal en forma de proposiciones, por escrito, en una de las lenguas de trabajo de la Oficina Internacional<sup>18</sup>, de conformidad con las disposiciones correspondientes del Reglamento Interno de los Congresos de la UPU. (Unión Postal Universal, 2004)

A efectos de que las reservas tengan validez, el numeral 4 del artículo 39 ha establecido que las reservas presentadas al Congreso deben ser aprobadas por la mayoría requerida de países.

Según lo dispuesto por el Consejo de Administración de la UPU si las reservas son aceptadas por el Congreso, las disposiciones del Convenio UPU se modifican en consecuencia en las relaciones entre los autores de la reserva y todos los demás países. “Una vez adoptadas las reservas se consigan en el protocolo final del Convenio y pasan a ser parte integrante del tratado, de conformidad con lo establecido en el artículo 22, párrafo 6 de la Constitución de la UPU”. (Consejo de Administración, 2004, p.2)

---

<sup>17</sup>Artículos 19 al 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>18</sup>De acuerdo al artículo 109 del Reglamento General de la UPU las lenguas de trabajo de la Oficina internacional son el francés y el inglés.

Asimismo, el numeral 1 del artículo 39 de la Convención establece que las reservas que sean incompatibles con el objeto y la finalidad de la Unión no estarán autorizadas.

Al respecto, el Consejo de Administración de la Unión Postal Universal ha señalado que en vista que el derecho internacional autoriza a los Estados a rechazar las reservas que no sean compatibles con el objeto y la finalidad del tratado, la práctica de la UPU ha establecido una costumbre interna de dicho organismo intergubernamental que limita las reservas a las disposiciones del Convenio cuya aplicación es incompatible con la legislación interna de los Estados miembros.

De lo expuesto, se puede concluir que la propuesta sustentada en esta tesis podría ser aprobada en el próximo Congreso de la Unión Postal Universal, por la mayoría de los países miembros, más aún cuando el artículo 5 ya ha sido objeto de reserva por varios países, conforme consta en el artículo 1 del Protocolo Final del Convenio Postal Universal. Ver para mayor referencia, en el Anexo 1 de la presente tesis, un modelo de propuesta de reserva, el mismo que para ser enviado a la Unión Postal Universal requerirá ser traducido al francés o al inglés, lenguas de trabajo de la Oficina Internacional de la UPU.

## MODELO DE FORMULACION DE RESERVA

Convenio – Reserva

---

### Artículo 5

Pertenencia de los envíos postales. Devolución. Modificación o corrección de dirección – Reexpedición. Devolución al expedidor de envíos no distribuibles

### PERÚ

Por aplicación de la legislación interna, el artículo 5.1. 5.2 y 5.3 no se aplicará a Perú, tratándose de la devolución de envíos postales cuando los consignatarios o destinatarios de dichos envíos hayan solicitado el trámite aduanero para su uso o consumo; con excepción de los casos establecidos en su legislación interna.

#### **1.4 Investigaciones:**

Existe una tesis de enfoque cualitativo, denominada “La Obligación Tributaria Aduanera en el Tráfico Postal” – Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo autor es Gustavo Mejía (1999), quien limita su estudio únicamente a determinar si corresponde la aplicación del Convenio Postal Universal o la Ley General de Aduanas para una problemática similar a la planteada en la presente tesis; con énfasis en el estudio de este último.

A diferencia de dicha tesis, el presente trabajo, hace un mayor énfasis en el estudio del Convenio Postal Universal y la incidencia tributaria en el trámite de importación de los envíos postales, y que no solo se limita a establecer la legislación aplicable frente al conflicto normativo entre dicho Convenio y la Ley General de Aduanas, sino que en la segunda parte de la tesis, se busca establecer si como consecuencia de los efectos jurídicos del vencimiento del plazo de conservación de las Actas de la UPU se produce o no una vulneración al derecho de propiedad que pueda adquirir el comprador de una mercancía objeto de compraventa internacional, analizando para dicho efecto principalmente, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional.

En la medida que la segunda parte de la tesis está relacionada con la propiedad en una compraventa internacional de mercaderías, se ha buscado investigaciones vinculadas con dicho tema, encontrándose también en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Tesis de Jorge Manuel Pando Vílchez (1985), denominada “ La Transferencia del Riesgo y de la Propiedad en la Compraventa Internacional de Mercaderías”.

## 1.5 Marco Conceptual

**Actas de la Unión Postal Universal que regulan el servicio postal internacional.**-Las Actas que regulan la prestación del servicio postal internacional son tres, las cuales son obligatorias para todos los países miembros de la UPU. A continuación, se mencionan las citadas Actas, las mismas que sirven de base para el desarrollo de la presente investigación:

- a) **Convenio Postal Universal.**- Contiene principios y disposiciones generales para la prestación del servicio postal internacional, esto es para el tratamiento de los envíos de correspondencia (cartas, tarjetas postales, cecogramas, impresos y pequeños paquetes) y las encomiendas postales.
- b) **Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia.**- Contiene disposiciones específicas para el tratamiento de los envíos de correspondencia.
- c) **Reglamento relativo a Encomiendas Postales.**- Contiene disposiciones específicas para el tratamiento de encomiendas.

**Actividad mercantil .**-La actividad mercantil es la actividad mediadora que va ligada, en relación de causa a efecto, a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de ingresos.

**Compraventa.**-Por la compraventa, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

**Derecho de propiedad .**- De acuerdo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual CABANELLAS, el Derecho de propiedad es aquel que

corresponde al dueño de una cosa para gozar, servirse y disponer de la misma según la conveniencia o la voluntad del mismo. En el concepto clásico se decía, sintética y tajantemente, el derecho de usar y abusar de una cosa; pero el sentido social y jurídico moderno se opone a la destrucción de la riqueza, e incluso a la pasividad en cuanto a la explotación de los bienes, que poseen siempre, aun de modo indirecto, utilidad pública.

**Despacho aduanero excepcional o despacho aduanero diferido .-**

Este tipo de despacho aduanero tiene lugar cuando la declaración aduanera se tramita dentro del plazo de 15 días calendario contados a partir del día siguiente del término de la descarga.

**Destinación aduanera.-** Manifestación de voluntad, que expresada mediante la Declaración, indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que se encuentran bajo la potestad aduanera. Manifestación de voluntad que en el caso del trámite de importación de envíos postales se realiza a través de la numeración de la Declaración Simplificada.

**Hecho imponible .-**Es necesario referirse al “hecho imponible” tomando en consideración que parte del objeto de análisis de la presente investigación es la importación de envíos postales, cuya obligación tributaria nace con la numeración de la Declaración Simplificada, es decir cuando se configura el hecho imponible.

Así según la posición de Ataliba, el “hecho imponible” viene a ser el hecho concreto, localizado en el tiempo y en el espacio. En otras palabras, viene a ser en definitiva la configuración del hecho descrito en la norma.

La ley describe hechos hipotéticos y establece requisitos para su configuración. Ataliba (1987) asimismo señala que en el momento en que, según el criterio legal (aspecto temporal de la hipótesis de incidencia) se consuma un “hecho imponible”, en ese momento nace una obligación tributaria que tendrá la estructura y características que la hipótesis de incidencia estableciera.

Para Jarach la característica fundamental del hecho imponible consiste, pues, en su naturaleza de hecho jurídico, al que la ley vincula el nacimiento de la obligación, la misma que nace de la ley cuando se verifica el hecho imponible, por la existencia, en la vida real, de un hecho imponible, que se pueda subsumir en la definición legal. Hecho imponible que según señala, no crea, por sí solo, la obligación, sino que lo hace a través de la ley.

**Nacimiento de la obligación tributaria aduanera .-** En la importación para el consumo la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de la numeración de la declaración aduanera.

**Obligación Tributaria.-** La obligación tributaria es un deber jurídico de prestación que no deviene de la voluntad del deudor tributario (*ex voluntate*), sino de un fundamento externo a la misma: una norma jurídica y un hecho imponible (*ex lege*). (Bravo, 2003)

**Obligación tributaria Aduanera.-** Cosío (2002) al referirse a la obligación tributaria aduanera manifiesta que ésta no se presenta en todos los regímenes aduaneros señalados en la legislación comparada, sino únicamente en la llamada importación definitiva. Señala asimismo que en armonía con ello la legislación peruana sólo determina la obligación tributaria aduanera en la numeración de una declaración de importación.

**Operador designado** .-Viene a ser el operador o entidad designada por un país para operar o ejecutar los servicios postales de conformidad con las disposiciones de las Actas de la Unión Postal Universal, entre ellas el Convenio Postal Universal . Calidad que en el caso de nuestro país lo tiene la empresa SERPOST S.A.

**Plazo de permanencia o conservación** .-Plazo durante el cual el envío es puesto a disposición del destinatario para su entrega o distribución.

**Servicio postal.-** Dado que el problema planteado está referido a los envíos postales, es necesario hacer alusión al término servicio postal.

Es así, que según la Unión Postal Universal el “servicio postal” es el conjunto de los servicios postales, cuya extensión es determinada por los órganos de la Unión Postal Universal. Las principales obligaciones de estos servicios consisten en satisfacer los objetivos sociales y económicos de los Países miembros, efectuando la recogida, la clasificación, la transmisión y la distribución de los envíos postales.

Asimismo, dicho organismo internacional establece que el servicio postal internacional es el conjunto de operaciones o prestaciones postales reglamentadas por las Actas de la Unión Postal Universal.

No obstante lo antes señalado, el término “servicio postal” es adoptado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 685 para aludir o comprender también al servicio o prestación a cargo de las couriers o mensajerías.

En efecto, el artículo 8 del Decreto Legislativo 685 establece que el **servicio postal** se efectúa por concesión otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; ello que no es otra cosa, que la autorización que se otorga en nuestro país para la prestación o

explotación del servicio a cargo de las empresas de mensajería o courier.

## CAPITULO II

### El Problema, Objetivos, Hipótesis y Variables

#### 2.1 Planteamiento del Problema :

##### 2.1.1 Descripción de la realidad problemática

A diferencia de lo que ocurre con los otros operadores de comercio exterior, entre ellos, los transportistas privados y las couriers, el tratamiento de los envíos postales conducidos por la Administración Postal Peruana<sup>19</sup> tiene un marco legal especial, debido a que le es aplicable no sólo la legislación interna, entre ellas la legislación aduanera; sino también las disposiciones de las Actas de la Unión Postal Universal (UPU)<sup>20</sup>; estas últimas que han sido poco analizadas en nuestro país y a partir de lo cual, se generan una serie de problemas para la determinación de la norma aplicable a un hecho concreto vinculado con los envíos postales procedentes del extranjero, uno de esos casos es el que se plantea a continuación :

Según el Convenio Postal Universal un envío pertenece al expedidor en tanto no haya sido entregado al destinatario. Asimismo los Reglamentos de dicho Convenio (Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia y Reglamento relativo a Encomiendas Postales) establecen plazos determinados para la permanencia del envío postal en el país de destino.

Conforme a lo establecido en dichos Reglamentos, al vencimiento del plazo de permanencia que corresponda, los envíos postales no entregados a los destinatarios deben ser devueltos o reembarcados al

---

<sup>19</sup>En aplicación del Decreto legislativo 685 SERPOST S.A. es el único Concesionario Postal que tiene la calidad de Administración Postal.

<sup>20</sup>La Unión Postal Universal (UPU) es un organismo intergubernamental que reúne a 190 países en el mundo, cuya sede está en Berna - Suiza. Es asimismo un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

país de origen por parte de la Administración Postal de destino (del operador designado del país de destino).

De otro lado, según el literal a) del artículo 140 de la Ley General de Aduanas, con la numeración de la Declaración de Aduana nace la obligación tributaria en la importación. Numeración que tiene lugar cuando el dueño o destinatario (consignatario) solicita el envío postal a destinación aduanera, es decir cuando el dueño o consignatario pone de manifiesto a través de la formulación de la Declaración de Aduana, su voluntad de nacionalizar la mercancía (**solicitar a consumo**) que le es remitida del extranjero.

Tomando en consideración las premisas antes señaladas y ante el supuesto que el consignatario de un envío postal depositado en una Administración Postal extranjera (Administración Postal de origen) numere una Declaración Simplificada en nuestro país, sin concluir por algún motivo con los trámites de nacionalización de la mercancía dentro del plazo de permanencia establecido en las Actas de la UPU; **surgen dos aspectos importantes a analizar, el primero orientado a determinar si corresponde o no la devolución del envío al país de origen por parte de la Administración Postal peruana (Administración Postal de destino – SERPOST S.A. u operador designado del país de destino)** sin la autorización o consentimiento del destinatario (consignatario) y no obstante haberse producido el nacimiento de la obligación tributaria con la numeración de la Declaración Simplificada; **el segundo aspecto principal a analizar, está orientado a determinar, ante la posibilidad o el supuesto que proceda la devolución o el reembarque del envío (hipótesis), si tal medida vulnera o no el derecho de propiedad del destinatario, específicamente de tratarse de un destinatario que recibe o importa mercancías del extranjero como una actividad habitual de negocio (mercadería objeto de compraventa internacional).** Esto que implicaría a

su vez analizar, si dicho destinatario, tiene el derecho de propiedad sobre el envío en el marco de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la doctrina del derecho civil.

### 2.1.2 Antecedentes Teóricos (Resumen de Marco Teórico)

- **La devolución del envío al país de origen vencido el plazo de conservación.**

El numeral 1 del artículo 5 del Convenio Postal Universal, el envío postal pertenece al expedidor hasta tanto no haya sido entregado al derechohabiente, salvo si dicho envío hubiere sido confiscado por aplicación de la legislación del país de origen o de destino y, en caso de aplicación del artículo 18.2.11<sup>21</sup> ó 18.3<sup>22</sup>, de acuerdo con la legislación del país de tránsito.

El numeral 3 del artículo 5, además establece que los países miembros efectuarán la devolución al expedidor de los “envíos no distribuibles”.

Transcurrido el plazo de permanencia o conservación sin que el envío sea entregado al destinatario, el envío debe ser devuelto al país de origen. Plazo que se encuentra establecido en los Reglamentos de las Actas, es así por ejemplo, que en concordancia con el principio de pertenencia, preconizado en el Convenio Postal Universal, el artículo 151 del Reglamento de Envíos de Correspondencia de la UPU, establece que las Administraciones Postales deben efectuar la devolución de los envíos al país de origen, transcurrido el plazo de

---

<sup>21</sup> Prohibición de incluir en los envíos postales, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>22</sup> Prohibición de incluir en los envíos postales, materias explosivas, inflamables o radiactivas y otras materias peligrosas.

conservación o permanencia, cuando los mismos no hubieren podido ser entregados a los destinatarios en el país de destino.

- **El régimen de importación.-**

El capítulo 1 del Anexo Específico B del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros - Convenio de Kyoto revisado 1999 define que la “importación para el consumo” viene a ser el régimen aduanero por el cual las mercancías pueden ingresar y circular libremente el territorio aduanero luego del pago de los derechos e impuestos a la importación eventualmente exigibles y el cumplimiento de todas las formalidades aduaneras necesarias.

- **La compraventa según los sistemas de transferencia de la propiedad.-**

El vendedor, en Roma, solo se limitaba u obligaba a entregar la cosa vendida, sin que dicha entrega tenga otra implicancia que la que envuelve su contenido más simple, esto es, la dación material del contrato. Una vez entregada la cosa, el vendedor respondía únicamente de la quieta y pacífica posesión de la cosa, es decir no operaba una transferencia dominical. Así la compraventa no era un *modus acquirendi*, sino un *títulus acquirendum*, habida cuenta que la transmisión dominical se efectuaba con posterioridad a la venta por medio de la *mancipatio*. En conclusión, el contrato no era traslativo de dominio, ni por ende surgían de él acciones en este sentido a favor del comprador. (Badenes, 1995).

Varias conjeturas se han generado sobre los motivos que inspiraron al principio romano. Según Castan, el motivo o la causa de ello puede ser que había cosas, como por ejemplo los predio provinciales que no eran susceptibles de *dominium*, y personas como es el caso de los peregrinos que no podían adquirir dicho derecho, y, no obstante ello, la función económica de la venta condicionaba a que la misma fuera accesible para todos y que pudiera recaer sobre todo tipo de bienes. (citado en Badenes, 1995, p.47, Tomo I).

En vista que en el sistema francés la transmisión de la propiedad de la cosa se produce por la sola celebración del contrato de compraventa, que es traslativo de dominio, dicho sistema ha sido también denominado “Sistema de la unidad de contrato”. (De la Puente, 1999)

- **La convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías.-**

La Convención sólo se aplica a la compraventa internacional de mercaderías, es importante según Garro y Zupi determinar con un criterio objetivo y a la vez práctico los elementos que otorgan el carácter “internacional” a un contrato de compraventa de mercaderías con puntos de contacto en dos o más Estados.

Garro y Zupi señalan que existen dos criterios para catalogar como “internacional” una relación jurídica como compraventa. Así pues, el criterio subjetivo atiende a los domicilios de los contratantes para determinar la internacionalidad de la compraventa, en tanto que el criterio objetivo atiende al objeto vendido.

### **2.1.3 Definición del problema:**

#### **Problema principal:**

¿Qué originan los efectos jurídicos del vencimiento de los plazos de permanencia de las Actas de la Unión Postal Universal con respecto al derecho de propiedad de los envíos objeto de compraventa internacional?

#### **Problemas específicos:**

- ¿Existe incompatibilidad normativa entre lo dispuesto en las Actas de la Unión Postal Universal y la Ley General de Aduanas?
- ¿Qué tratamiento normativo se aplica al envío postal solicitado a destinación aduanera, al vencimiento de los plazos de permanencia establecidos en las Actas de la Unión Postal Universal ?.
- ¿Tiene el remitente o el destinatario (consignatario) la propiedad de la mercancía objeto de compraventa internacional en el servicio postal?

## **2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación**

### **2.2.1 Finalidad**

La presente tesis tiene como finalidad coadyuvar al establecimiento de normas que garanticen por un lado, el derecho de propiedad que posiblemente pueda tener un importador (consignatario) sobre un envío postal que ingresa a nuestro país y por otro lado, garanticen el derecho del importador a gozar de iguales o similares facultades que el resto de importadores que reciben sus mercaderías a través de los servicios de operadores privados o a través de los servicios de otros transportistas.

## **2.2.2 Objetivo General y Específicos**

### **Objetivo General**

- Determinar si se está dando un tratamiento normativo adecuado a los envíos postales objeto de compraventa internacional con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro de los plazos de conservación de las Actas de la Unión Postal Universal.

### **Objetivos Específicos**

- Determinar si existe incompatibilidad normativa entre lo dispuesto en las Actas de la Unión Postal Universal y la Ley General de Aduanas frente al problema planteado.
- Establecer la norma aplicable, esto es, determinar si procede o no la devolución de los envíos al país de origen al vencimiento de los plazos de conservación de las Actas de la Unión Postal Universal.
- Conocer los alcances vinculados con la transferencia de la propiedad de los bienes muebles en el marco de la doctrina de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para efectos de determinar el derecho que tiene el consignatario o importador sobre el envío postal o mercadería objeto de compraventa internacional. Esto para efectos de determinar hasta qué punto “el principio de pertenencia o propiedad” que atribuye el Convenio Postal Universal a favor del expedidor o remitente se ajusta a lo dispuesto en la Convención de Viena.

## **2.2.3 Delimitación del estudio**

Estudio sobre el derecho de propiedad, en lo que respecta a envíos postales que se encuentran en el marco de las disposiciones de las Actas de la UPU, objeto de compraventa internacional (como parte de una actividad habitual de negocio), y que a su vez se encuentran

pendientes de nacionalización. Determinación de dicho derecho subjetivo en el marco del Convenio sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la doctrina del Derecho Civil.

#### **2.2.4 Justificación e Importancia del Estudio**

El análisis del tema busca contribuir con el estudio de las Actas de la Unión Postal Universal, así como tiene por objeto según el caso, realizar aportes para la regulación adecuada de los envíos postales sujetos a despacho aduanero, específicamente de los envíos postales que arriban a nuestro país a través de los servicios de la Administración Postal peruana.

El establecimiento de una regulación clara o adecuada de los envíos postales facilitaría su aplicación, lo que podría beneficiar llegado el caso, la labor de la Administración Tributaria (Aduanas) y de los agentes de comercio exterior que participan en las operaciones de importación, entre ellos, la Administración postal peruana u operador designado (actualmente SERPOST S.A.), almacén postal, agencias de aduana, consignatario, importador etc.

### **2.3 Hipótesis y Variables**

#### **2.3.1 Supuestos Teóricos (Enunciados de carácter general que sustentan las hipótesis).**

a) Supuestos teóricos vinculados con la determinación del posible conflicto normativo entre el Convenio Postal Universal y la Ley General de Aduanas (aspecto o condición a determinar para el análisis de la segunda parte de la tesis y por ende para determinar la hipótesis principal) :

- De conformidad con el artículo 5 del Convenio Postal Universal (tratado internacional) **el envío pertenece al**

**expedidor en tanto no haya sido entregado al destinatario (consignatario).**

- De conformidad con ese mismo artículo, las Administraciones postales de destino (los correos sujetos a las disposiciones emanadas de la Unión Postal Universal) están en la obligación de devolver al país de origen los envíos postales que por cualquier motivo no hayan podido ser entregados al destinatario durante el plazo de permanencia o conservación.
- Que, de conformidad con el Reglamento del Convenio Postal Universal el plazo máximo para la permanencia de los envíos postales en el país de destino es de 2 meses, computados a partir de la notificación de la llegada del envío al destinatario (consignatario). Plazo durante el cual los envíos deben ser puestos a disposición de los destinatarios.
- De conformidad con lo dispuesto en el inciso a) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas se produce el abandono cuando no se haya solicitado a destinación aduanera dentro del plazo establecido para el despacho diferido (15 días calendario contados a partir del día siguiente del término de la descarga. Asimismo, el inciso b) del mismo artículo establece que se produce el abandono legal cuando no se ha culminado su trámite dentro de 30 días calendario contados a partir del día siguiente a la numeración de la declaración.

- De conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.
  - De conformidad con el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte (un estado) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno (ejemplo legislación aduanera) como justificación del incumplimiento de un tratado.
  - La aplicación del Derecho Internacional conduce a establecer la relación entre éste y la legislación interna de un país. A este efecto, es esencial que “el derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aun que en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales. (Pastor, 1996)
  - Según la concepción normativista de Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental. Así según Verdross, discípulo de Kelsen, la norma que en definitiva fundamenta todo el derecho se inserta en el ordenamiento internacional, siendo precisamente éste el que delega a favor de los Estados una determinada competencia dentro de la esfera de la libre apreciación.
- b) Supuestos teóricos vinculados con la determinación de la posible vulneración de derecho de propiedad del destinatario sobre el envío postal objeto de compraventa internacional (hipótesis principal) :

- El artículo 4º de la Convención establece que ésta no comprende los efectos que el contrato pueda producir sobre las mercaderías vendidas, sin embargo el artículo 30 de dicha Convención, establece que el vendedor debe transmitir la propiedad de las mercancías al comprador, lo que significa según Adame (1994) que el vendedor debe realizar los requisitos o supuestos previos que sean precisos para que el comprador adquiera la propiedad, aclarando este mismo autor, que es la legislación del Estado del comprador la que determina lo que el vendedor debe hacer para que el comprador adquiera la propiedad de la mercancía.
  
- No obstante no estar regulado en la Convención de Viena lo relativo a la propiedad de la mercancía, **el comprador como efecto del contrato de compraventa tiene el derecho de adquirir la propiedad de la mercancía.** Hecho por el cual Garro y Zuppi (1990) señalan que si el vendedor no cumple con la obligación de transmitir la propiedad, el comprador tiene derecho a los remedios de cumplimiento o resolución y de daños y perjuicios que le otorga la Convención de Viena.
  
- Castillo(2003) sostiene :
 

En el Derecho peruano los contratos - por sí mismos. no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, **su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones,** pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real. (p.21)

### **2.3.2 Hipótesis principal y específicos**

#### **Hipótesis principal**

- Los efectos jurídicos del vencimiento de los plazos de permanencia de las Actas de la Unión Postal Universal originan la vulneración al derecho de propiedad de los destinatarios de los envíos postales objeto de compraventa internacional.

#### **Hipótesis Específicas**

- Existe incompatibilidad o conflicto normativo entre lo dispuesto en las Actas de la Unión Postal Universal y la Ley General de Aduanas en lo que respecta al tratamiento de los envíos postales no entregados al destinatario dentro del plazo de conservación o permanencia de las Actas de la UPU.
- Al envío solicitado a destinación aduanera o con trámite de nacionalización iniciada se aplica las disposiciones de las Actas de la Unión Postal Universal.
- El destinatario (consignatario) tiene la propiedad de la mercancía objeto de compraventa internacional en el servicio postal.

### **2.3.3 Variables e Indicadores**

#### **Variable Independiente:**

Los efectos jurídicos del vencimiento de los plazos de permanencia de las Actas de la Unión Postal Universal

#### **Indicadores (Causalidad del problema):**

- Las Actas de la UPU disponen la devolución del envío al país de origen al vencimiento de los plazos de conservación o permanencia de las Actas de la Unión Postal Universal, sin contar con la autorización del dueño o consignatario del envío.

- La ley General de Aduanas dispone el abandono legal del envío cuando no se concluye el trámite de nacionalización en el plazo de 30 días calendario, lo que implicaría la no devolución del envío al país de origen.
- Conflicto normativo entre las Actas de la Unión Postal Universal y la Ley General de Aduanas con respecto a la situación jurídica de un envío al vencimiento de los plazos de permanencia y al vencimiento del plazo para culminar el trámite de nacionalización de un envío.

**Variable dependiente:**

- El derecho de propiedad en el servicio postal.

**Indicadores (Causalidad del problema):**

- Posible vulneración del derecho de propiedad del destinatario sobre su envío postal, producto de los efectos jurídicos que produce el vencimiento de los plazos de conservación de las Actas de la UPU ya que su envío es devuelto al país origen sin su autorización, no obstante haberse iniciado inclusive el trámite de nacionalización o importación en nuestro país.
- De conformidad con el artículo 5 del Convenio Postal Universal el envío pertenece al remitente o expedidor en tanto no haya sido entregado al destinatario o consignatario del envío.
- Conflicto para determinar el derecho de propiedad del envío, habida cuenta del enfoque teórico diferenciado entre las Actas de la UPU y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

## CAPITULO III

### METODO, TECNICA E INSTRUMENTOS

#### 3.1 Población y muestra

El universo de la investigación estadística está comprendido por los países que forman parte de la Unión Postal Universal (192 países), tomándose como fuente de información para la elaboración de dicha estadística, el Protocolo Final del Convenio Postal Universal, firmado por algunos países de esa Unión que han formulado reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal, esto es, países que han solicitado la inaplicación de dicho artículo por incompatibilidad o conflicto normativo con su legislación interna.

En la medida que la presente tesis va a ser elaborada bajo un **enfoque cualitativo**, dicha muestra no va a ser utilizada como instrumento para validar hipótesis o resultado alguno, sino únicamente como una referencia para apoyar o sustentar llegado el caso, una propuesta de reforma normativa, orientada a la formulación de una reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal. Aclaración que se hace para no inducir a error a los señores evaluadores de esta investigación, caracterizada por el análisis del derecho sustantivo o material.

#### 3.2 Diseño utilizado en el estudio

##### **Enfoque cualitativo** .-

A través del estudio de la doctrina jurídica y del análisis de la normativa postal, aduanera y otras normas afines se busca despejar las hipótesis o interrogantes que se plantean en el presente plan de tesis, lo que permitiría obtener o establecer conclusiones que tengan como objetivo llegado el caso, la formulación de propuestas de reforma normativa tendentes a amparar mejor el derecho de los destinatarios o consignatarios del servicio postal.

Es explicativo por que tiene como objetivo explicar o determinar las razones por las cuales deben modificarse ciertas normas.

Para el análisis del tema materia de investigación, se ha recurrido al método dogmático, al método exegético y al método funcional.

Se empleará el método dogmático, por cuanto se va a analizar en esta tesis la doctrina en materia de derecho internacional público, derecho postal, derecho aduanero tributario y derecho civil principalmente.

Se empleará el método exegético por cuanto se va a analizar el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la legislación postal internacional y la legislación aduanera, entre otras normas.

Se empleará el método funcional por cuanto se va a tomar en consideración para la formulación de las propuestas de reforma normativa, llegado el caso, las reservar formuladas por algunos países miembros de la UPU al artículo 5 del Convenio Postal Universal.

### **3.3 Técnica e instrumento de Recolección de Datos**

En la medida que la investigación es eminentemente cualitativa, para el análisis de la misma se ha recurrido a información de carácter documentaria. Motivo por el cual, las técnicas instrumentales que se han empleado en el presente trabajo de investigación son las siguientes:

#### **a) Investigación bibliográfica**

Revisión de libros con doctrina extranjera y nacional

#### **b) Investigación documentaria.-**

Revisión de artículos y comentarios sobre la interpretación o aplicación del Convenio Postal Universal, la Convención de Viena de 1980, entre otros.

#### **c) Recursos auxiliares de la investigación.-**

Anotaciones, información recibida en seminarios, charlas.

### **3.4 Procesamiento de datos.-**

El procesamiento de la información estadística consistió en identificar a los países que formularon reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal (inaplicar el artículo 5 del Convenio Postal Universal), así como identificar el número de países miembros de la Unión Postal Universal que no formularon reserva a dicho artículo (universo de países miembros de la UPU)

Del grupo de los países que formularon reserva, se seleccionó a su vez :

- a. A países para los cuales el envío no pertenece al expedidor (reserva al numeral 1 y 2 del artículo 5 del Convenio Postal Universal).
- b. A países que no permiten la devolución de un envío al expedidor cuando el destinatario ha sido informado de la llegada de su envío (reserva al numeral 2 del artículo 5 del Convenio Postal Universal).
- c. A países que no admiten la devolución de sus envíos cuando se ha solicitado los trámites aduaneros (reserva al numeral 2 del artículo 5 del Convenio).
- d. Países que han formulado otras reservas vinculadas al artículo 5 del Convenio Postal Universal.

Dicha estadística es importante, por cuanto el mismo nos permite analizar o nos da una idea de la posición o la tendencia que tienen los países según sus ordenamientos jurídicos con respecto a la pertenencia o propiedad de los envíos postales.

Conforme se ha señalado en el punto 3.1 precedente, la presente tesis va a ser elaborada bajo un **enfoque cualitativo**, motivo por el cual, el resultado de la estadística no va a ser utilizada como instrumento para validar hipótesis o resultado alguno, sino únicamente como una referencia para apoyar o sustentar llegado el caso, una propuesta de reforma normativa. Acotación que se hace para no inducir a error a los señores evaluadores de esta tesis.

## **CAPITULO IV**

### **ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS**

Del análisis de las Actas de la Unión Postal Universal, se ha podido verificar que el dueño o consignatario de la mercancía se ve afectado con los efectos jurídicos del vencimiento de los plazos de conservación de las Actas de la UPU, en la medida que su envío postal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento de Envíos de Correspondencia de la UPU, concordante con el artículo 5 del Convenio de la UPU, es devuelto al país de origen por la Administración postal u operador designado (SERPOST S.A.) sin asentimiento de dicho dueño o consignatario, no obstante el derecho subjetivo que pueda tener éste sobre el envío, entre ellos, el derecho de propiedad. Situación que no ocurre con un envío o mercancía no sujeta a las disposiciones de las Actas de la UPU, supuesto en el cual, es el dueño o consignatario quien decide sobre la situación jurídica de su envío, esto es, si lo devuelve al país de origen, reembarca a un tercer país, si lo nacionaliza o lo deja caer en condición de abandono legal.

En la tesis de Gustavo Mejía (1999), denominada “La Obligación Tributaria Aduanera en el Tráfico Postal” de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, también se menciona los efectos jurídicos que origina el vencimiento del plazo de conservación de las Actas de la Unión Postal Universal.

El resultado del análisis efectuado coincide con la hipótesis planteada inicialmente, y que la metodología empleada ha permitido cumplir con el objetivo general proyectado, esto es, el de identificar o determinar los efectos jurídicos del vencimiento de los plazos de conservación de las

Actas de la UPU que producen afectación sobre el derecho subjetivo que pueda tener el dueño o consignatario sobre el envío postal.

De acuerdo a la metodología exegética empleada se ha podido confirmar la hipótesis específica que planteaba que para el servicio postal le era aplicable las disposiciones de las Actas de la Unión Postal Universal y las disposiciones de la Ley General de Aduanas, en tanto que para las mercancías ingresadas por otro operador de comercio exterior le eran aplicables únicamente las disposiciones de la Ley General de Aduanas.

Del resultado del análisis realizado, se ha podido evidenciar también el marco normativo especial que tiene la Administración Postal u operador designado (SERPOST S.A.) para el tratamiento de los envíos postales.

En la tesis de Mejía, asimismo se hace referencia al marco normativo especial que tiene la Administración Postal u operador designado para el tratamiento de los envíos postales.

Otra de las hipótesis específicas, planteaba la existencia de conflicto normativo o antinomia entre lo dispuesto en las Actas de la Unión Postal Universal y la Ley General de Aduanas en lo que respecta al tratamiento de los envíos postales no entregados a los destinatarios o consignatarios de los envíos dentro del plazo de conservación. Respecto a esta hipótesis, en efecto, se ha puesto de manifiesto en el caso específico de la problemática planteada, la primacía del Convenio Postal Universal frente a la Ley General de Aduanas.

En la tesis de Mejía, también se pone en relieve la problemática normativa originada del vencimiento del plazo de conservación de las Actas de la Unión Postal Universal y el vencimiento del plazo de destinación aduanera de la Ley General de Aduanas, esto es, el conflicto

normativo entre la legislación postal internacional y la legislación interna (legislación aduanera).

Tanto en el estudio realizado en esta tesis, como en el estudio de la tesis de Mejía, se ha podido notar los efectos jurídicos contrapuestos que se derivan del vencimiento del plazo de conservación previsto en las Actas de la UPU y el vencimiento del plazo de destinación aduanera previsto en la Ley General de Aduanas.

A diferencia de dicha tesis, la presente tesis no solo se limita a encontrar las diferencias entre los efectos de ambas normas y el conflicto de las mismas, sino que trata de recoger la incidencia de dichos efectos en los derechos que pueda tener el consignatario, principalmente, el derecho de propiedad.

Conforme se ha señalado antes, en ambas tesis se establece la primacía del tratado internacional y por ende del Convenio Postal Universal frente a la legislación interna (legislación aduanera).

Del análisis realizado, se ha podido establecer asimismo que en el marco de la Actas de la UPU, se atribuye el derecho de pertenencia en favor del remitente, derecho subjetivo a partir del cual, la Unión Postal Universal, vía el Reglamento de Envíos de Correspondencia y Encomiendas Internacionales dispone la devolución del envío al país de origen sin autorización del destinatario del envío, no obstante recaer sobre este último un posible derecho de propiedad.

De otro lado, del estudio de la Convención de Viena de compraventa internacional, de los informes del CNUDMI o UNCITRAL y la bibliografía revisada se ha podido determinar que en el marco de dicha Convención es el consignatario o comprador quien producto de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la mercadería al comprador, es

este último quien tiene el derecho de crédito sobre la propiedad de la mercadería; todo lo contrario de lo que ocurre en el marco de las Actas de la UPU, donde el remitente tiene la prerrogativa o la atribución del derecho de pertenencia sobre el envío .

A propósito de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, es preciso citar la tesis de enfoque cualitativo de Jorge Manuel Pando Vílchez (1985) de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, quien en una de las conclusiones de su tesis sostiene que “ el momento de la transferencia de las mercancías, es el momento en que el vendedor cumple con todas las obligaciones a su cargo para dejar de usar o controlar las mercaderías”. (p.64)

Si aplicamos lo sostenido por Pando, diríamos que un envío postal sujeto o expedito al trámite de nacionalización por parte del comprador, al no ser susceptible de ser usado o controlado por el vendedor, es propiedad del comprador.

Según la posición de Adame (1994), se debe entender por transmisión de la propiedad a la realización de todos los actos que sean necesarios para que el comprador, haciendo lo que le corresponda, adquiera la propiedad. Afirmación que nos lleva a pensar a qué actos se refiere, si a los establecidos por la autonomía privada de las partes del contrato o al que determine la legislación interna aplicable al caso, determinada por el derecho internacional privado; habida cuenta que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías no regula aspectos relativos a la propiedad misma .

Estemos o no de acuerdo con la posición de Pando o Adame, lo cierto es que una característica natural de la figura jurídica de la compraventa, derivada de sus efectos obligacionales, es la transferencia de la propiedad del vendedor hacia el comprador, y bajo esa premisa deberían

regularse otras normas, ya que aplicar una premisa en contrario afectaría el normal tráfico jurídico de bienes en el ámbito de la compraventa internacional, así como podría originar las posibles vulneraciones al derecho de propiedad.

Las regulaciones sobre el derecho de propiedad varían de un país a otro, a tal punto que la Convención de Viena como ya se ha mencionado antes, no regula sobre los efectos jurídicos de la Compraventa sobre la propiedad de la mercadería, pero sí deja claramente establecido la obligación que tiene el vendedor de transferir la propiedad al comprador, por lo que no hay duda del derecho de crédito que adquiere este último sobre la propiedad del envío postal. De ahí que otorgar una facultad o un derecho en favor del vendedor (remitente) para determinar sobre la situación jurídica de una mercadería o envío postal con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida, sería un contrasentido de los efectos jurídicos obligacionales que origina la celebración de un contrato de compraventa en el marco de la doctrina jurídica civil.

El servicio postal o correo es un transportista y su participación en las operaciones internacionales debería limitarse en casos de esa naturaleza a esa única condición y no en el marco del Convenio Postal Universal, regular una supuesta pertenencia o facultad en favor del remitente o vendedor, esto último, en el supuesto que se trate de un envío objeto de compraventa, sujeto al ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional.

En definitiva, como consecuencia del estudio realizado sobre las Actas de la Unión Postal Universal, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, los informes de los organismos internacionales sobre el particular, y la bibliografía consultada a lo largo de la elaboración de la presente tesis, se ha podido establecer que un envío postal conducido por una Administración Postal u operador

designado por la Unión Postal Universal (ejemplo SERPOST S.A.), sujeto a una compraventa internacional y cuyo consignatario se dedique a realizar compras como una actividad habitual de negocio, puede estar dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Resultado que se confirma con lo manifestado por Burghard (1998), quien al aludir al transportista en la compraventa internacional de mercaderías menciona expresamente al correo (servicio postal).

Bajo esa premisa, y en el entendido que el consignatario adquiere la propiedad de la mercancía, el comprador o consignatario, afectado con los efectos jurídicos derivados del vencimiento del plazo de conservación puede encontrar vulnerado su derecho de propiedad frente a la disposición de las Actas de las de la UPU que establecen la devolución del envío al país de origen al configurarse en la realidad fáctica dicho vencimiento.

Precisamente, por el conflicto normativo entre el Convenio Postal Universal y la legislación interna, aunado posiblemente a los efectos jurídicos de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, muchos países han formulado reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal.

## CAPITULO V

### 5.1 Conclusiones

1. Existe incompatibilidad normativa entre lo dispuesto en el artículo 5 de la Convenio Postal Universal y el literal b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas, en lo que respecta a las mercancías con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida dentro del plazo de 30 días calendario contados a partir del día siguiente de la numeración de la Declaración aduanera, en la medida que dichas normas establecen disposiciones contradictorias sobre el tratamiento de un envío postal o mercadería. Es así que el Convenio Postal Universal dispone la devolución del envío al país de origen concluido el plazo de conservación del envío en el país de destino (en este caso Perú), en tanto que la Ley General de Aduanas dispone el abandono legal del envío cuando en el plazo de 30 días calendario contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración aduanera no se concluya con el trámite aduanero iniciado; situación esta última, en la que el destinatario, en el marco de lo establecido en el artículo 181 de la Ley General de Aduanas, aun puede recuperar su mercadería para su nacionalización o consumo en nuestro país, previo cumplimiento de las formalidades aduaneras, el pago de los tributos y demás gastos correspondientes.
2. De acuerdo al análisis normativo realizado, corresponde la aplicación del artículo 5 del Convenio Postal Universal y por ende la devolución o reexpedición de los envíos postales al país de origen, no obstante haberse producido el nacimiento de la obligación tributaria con la numeración de la Declaración de Aduana por parte del dueño o consignatario del envío. Conclusión a la que se llega, habida cuenta del estudio realizado de la doctrina jurídica en materia de derecho internacional público y de lo dispuesto en el artículo 27 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por el Estado Peruano mediante Decreto Supremo No. 029-2000-RE, que establece la primacía del tratado internacional frente al derecho interno de un país.

3. No obstante que la Convención de Viena sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no regula con relación a los efectos jurídicos del contrato de compraventa sobre la propiedad de la mercadería o envío postal, el comprador tiene el derecho de adquirir dicho derecho subjetivo, habida cuenta de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la mercadería al comprador, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de dicha Convención. De ahí que la no transmisión de la propiedad del vendedor hacia el comprador constituiría un incumplimiento del contrato y por ende contrario a los naturales efectos jurídicos obligacionales de la celebración del contrato de compraventa según la doctrina del derecho civil. Hacemos mención a la doctrina del derecho civil, no obstante que el contrato de compraventa regulado en de la Convención de Viena es de carácter mercantil, porque conforme lo señala Garrigués (1989), el Derecho Mercantil no puede desligarse o emanciparse del Derecho Civil en aspectos técnicos, y a nuestro modo de ver, los aspectos vinculados con la transmisión de la propiedad son de naturaleza eminentemente civil.
  
4. La aplicación del artículo 5 del Convenio Postal Universal, concordante con los artículos 151 y 142 del Reglamento de Envíos de Correspondencia y de Encomiendas de la Unión Postal Universal respectivamente que regulan el plazo de conservación de los envíos postales en el país de destino, y de cuyo vencimiento en una situación fáctica se derivan diferentes efectos jurídicos, entre ellos, la devolución del envío al país de origen; sí vulnera el derecho de propiedad que pueda adquirir el destinatario. Conclusión a la que se llega, si partimos de la premisa que producto del contrato de compraventa, es el

comprador, y no el remitente, quien adquiere y por ende detenta el derecho de propiedad sobre la mercadería o envío postal, y que como tal, es el llamado o legitimado para decidir sobre la situación final de su envío, y no así un tratado internacional, como es el caso del Convenio Postal Universal.

5. Bajo el marco normativo actual, el consignatario de un envío postal conducido por un operador postal privado tiene mayores prerrogativas que el consignatario de un envío postal conducido por la Administración postal peruana para decidir sobre el destino final del envío, en la medida que el Convenio Postal Universal y por ende el artículo 5 del mismo solo es aplicable a SERPOST S.A.
6. Con la aprobación de la reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal, la Administración postal peruana ya no estaría obligada a devolver los envíos postales con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida al país de origen y por lo tanto ya no tendría reclamos por parte de las Administraciones Postales u operadores designados del país de origen, por la no devolución de los envíos con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida.
7. Con la aprobación de la reserva al artículo 5 del Convenio Postal Universal, sería el destinatario y no el remitente, quien decida sobre la situación final del envío, es decir decidiría sobre la devolución del envío al país de origen o sobre el abandono legal del envío; o llegado el caso inclusive, concluir con la nacionalización del envío aun estando el mismo en abandono legal.

## 5.2 Recomendaciones

1. Es importante la suscripción de tratados internacionales para promover o difundir una determinada actividad ya sea de carácter económica, cultural, comercial, social etc., pero las disposiciones de dichos tratados deberían ser materia de evaluación en su integridad al momento en el que nuestro país decide suscribir, adherirse o ratificar los mismos; o cuando se viene ejecutando en el tiempo. Esta recomendación parte del hecho que nuestro país por ejemplo, debió hacer reserva (inaplicar una o más disposiciones del tratado internacional) en su oportunidad del artículo 5 del Convenio Postal Universal, únicamente para el caso de los envíos postales conteniendo mercancías; tal como lo han hecho varios países.
2. Para el análisis de un tratado internacional, no es suficiente o no basta el análisis aislado del mismo, sino también es necesario contrastar dicha norma supra nacional con la legislación interna para efectos de determinar los efectos jurídicos de los mismos, y partiendo de ello, evaluar el costo beneficio de la suscripción o adhesión al tratado, o llegado el caso, para la formulación de una reserva a una o más disposiciones del tratado internacional. Recomendación que se hace ante un conflicto o incompatibilidad normativa entre el tratado y la legislación interna, ello, ante una posible afectación o perjuicio sobre quienes estén bajo el ámbito de aplicación del tratado internacional. Situación que se ha podido advertir por ejemplo entre el conflicto normativo del artículo 5 del Convenio Postal Universal y el Inc. b) del artículo 178 de la Ley General de Aduanas; así como entre el Convenio Postal Universal y el Convenio de Viena sobre Compraventa internacional, en la que la primera atribuye el derecho de pertenencia sobre el envío postal al remitente, en tanto que la segunda atribuye un

derecho de crédito sobre la propiedad de la mercancía en favor del destinatario.

3. Se recomienda formular las reservas al Convenio Postal Universal, tomando en consideración el tipo de envío postal, los fines, y los principios sobre los cuales subyacen las disposiciones de dicho tratado internacional. Acotación que se hace, por cuanto la propuesta planteada en esta tesis solo comprenden las encomiendas internacionales con trámite de nacionalización iniciada pero no concluida, es decir, en ningún caso comprenden otro tipo de envíos postales, entre ellos los envíos de carácter personal (cartas, tarjetas postales, impresos, cecogramas etc.); los cuales de no entregarse al destinatario, en todos los casos serían devueltos al país de origen para su entrega al remitente.
  
4. Se recomienda la evaluación de la presente propuesta normativa por parte de la Administración Postal Peruana u operador designado (SERPOST S.A.), la cual de estimar conveniente, la pondría a consideración del Viceministerio de Comunicaciones, para llegado el caso, formular una reserva del artículo 5 del Convenio Postal Universal en un próximo Congreso de dicho organismo intergubernamental.

## BIBLIOGRAFÍA

**Adame Goddard, Jorge** (1994) :*“El Contrato de Compraventa Internacional”*.  
Editorial McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE MEXICO S.A. de C.V.

**Adriazola Zevallos, Juan Carlos** (1999) : *“Derecho Aduanero Tributario”*.  
Librería y Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.

**Alvarado Grande, Oswaldo** (2000) : *“Precisiones respecto a la Obligación Tributaria y Obligación Aduanera, a propósito de los regímenes de importación definitiva e importación temporal”*. Revista *“Derecho y Sociedad”*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 12 N° 15.

**Ataliba, Geraldo** (1987). *“Hipótesis de Incidencia”*. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, Perú.

**Badenes Gasset, Ramón** (1995). *“El Contrato de Compraventa”*. José María Bosch S.A. Barcelona, España. Tomo I y Tomo II

**Basaldúa, Ricardo Xavier** (1992). *“Derecho Aduanero” Parte General - Sujetos*. Abeledo –Perrot S.A. e I. Buenos Aires – Argentina.

**Beumont Callirgos, Ricardo y Castellares Aguilar, Rolando** (2000). *“Comentarios a la nueva ley de Títulos Valores”*. Editorial Gaceta Jurídica.

- Bonfante, Pedro** (1965), *“Instituciones de Derecho Romano”*. (1965). Instituto Editorial Reus. Madrid, España.
- Brahm García, Enrique** (1996). *Derecho de Propiedad*. En: “Revista Chilena de Derecho – Número Monográfico. Vol. 23 No. 1. Enero-Abril.
- Bravo Cucci, Jorge** (1998). *“Fundamentos de Derecho Tributario”*. Palestra Editores. Lima, Perú.
- Buénaga Ceballos, Oscar** (2014): *“Hegel y el Derecho Privado. La persona, La Propiedad y El Contrato”* Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, No. 20, ISSN 1698-7950.
- Burghard, Piltz** (1998). *“Compraventa Internacional”*. Editorial Astrea del Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires, Argentina.
- Cabanellas, Guillermo** (1982). *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. Editorial Heliasta S.R.L. 15ª Edición: Buenos Aires – Argentina. Tomo V.
- Castañeda, Jorge Eugenio** (1970). *“El Contrato de Compraventa”*. Editorial Imprenta “Amauta” S.A. Lima – Perú
- Castillo Freyre, Mario** (2003): *“Estudios Sobre el Contrato de Compraventa”*. Ediciones Legales S.A.C. Lima. Perú.
- Castillo Freyre, Mario** (2015): *“Comentarios al Contrato de Compraventa”*. Gaceta Jurídica. Lima. Perú.
- Colin, Ambrosio y Capitant, H.** (1943): *“Curso Elemental de Derecho Civil”*. Instituto Editorial Reus”. Madrid. España.

**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,**  
(2012): *“Jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”*.  
Viena.

**Consejo de Administración de la Unión Postal Universal,** *“Informe del Consejo de Administración”* – Congreso Doc. 27- 23º Congreso -  
Bucarest.

**Cosio Jara,** Fernando (2002): *“Manual de Derecho Aduanero”*. Editorial  
Rodhas. Lima, Perú.

**De la Puente y Lavalle,** Manuel (1999): *“El Contrato en General”*. Editorial  
Gaceta Jurídica. Lima, Perú.

**Delgado Barreto,** César; **Delgado Memendez,** María Antonia y **Candela Sanchez,** César Lincoln (2007) : *“Introducción al Derecho Internacional Privado”*. Tomo II. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

**Diez-Picazo,** Luís y **Gullon,** Antonio, (1980): *“Sistema de Derecho Civil”*.  
Editorial Tecnos S.A.. Madrid, España.

**Enciclopedia Jurídica Omeba.** Tomo IX. Divi-EMOC. Editorial Bibliográfica  
Argentina S.R.L. Buenos Aires. Argentina.

**Fernández de Buján,** Federico (2007): *“Sistema Contractual Romano”*.  
Editorial Dykinson, S.L. México.

**Garrigués,** Joaquín (1984): *“Curso de Derecho Mercantil”*. Editorial Porrúa  
S.A.. México.

**Garro**, Alejandro Miguel y **Zuppi**, Alberto Luís (1990). “*Compraventa Internacional de Mercaderías*”. Ediciones La Roca. Buenos Aires, Argentina.

**Guzman Brito**, Alejandro (1996):“*Derecho de propiedad*”. En: Revista Chilena de Derecho – Número Monográfico. Vol. 23 No. 1. Enero-Abril 1996.

**Lesmann Vera**, Juan Ignacio (1976). “*El Concepto de compraventa en los distintos sistemas de transferencia de la propiedad*”. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Nº 59-60. Caracas.

**Mazeaud**, Henri y León, y,**Mazeaud**, jean (1959).“*Derecho Civil*” – parte I Traducción de Luís Alcalá – Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina.

**Mejía Velasquez**, Gustavo (1999), Tesis de la PUCP, “La Obligación Tributaria Aduanera en el Tráfico Postal”. Lima – Perú.

**Munive Taquía**, Jesús (1995). “*Fundamentos de Derecho Aduanero*”. Palma Ediciones S.R.L. Lima –Perú.

**Nieto**, Alejandro, (2007). “*Crítica de la Razón Jurídica*”. Editorial Trotta, Madrid –España.

**Oficina Internacional de la Unión Postal Universal**“ *Vocabulaire Poliglote du Service Postal International*”. Berna – Suiza 1997.

**Oficina Internacional de la Unión Postal Universal**“ *Textos orgánicos relativos a la estructura, el funcionamiento y el estatuto jurídico de la Unión Postal Universal*”. Montevideo, Uruguay. 1972.

**Oficina Internacional de la Unión Postal Universal** “ *Comentarios al Art. 1 del Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Postal Universal*”, Berna 2000.

**Oficina Internacional de la Unión Postal Universal** “ *Constitución Reglamento General*” Berna 2000.

**Palacio Pimentel, Gustavo** (1987). “*Manual de Derecho Civil*”. Tomo II, volumen 1. Editora y Distribuidora de Libros “Huallaga”. Lima, Perú.

**Pando Vílchez, Jorge Manuel** (1985). Tesis de la PUCP, “*La Transferencia de la Propiedad en la Compraventa Internacional de Mercaderías*”. Lima, Perú.

**Pastor Ridruejo, José Antonio** (1996). “*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*”. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España.

**Ponce Esteban, María Enriqueta**, “*Los conceptos de justicia y derecho en Kan, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas*”, México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado julio 27, 2017 de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/.../10608>

**Ramos Nuñez, Carlos** (2005). “*Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*”. Tercer Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú. 2005.

**Recalde Castells, Andrés** (1992). “*El Conocimiento de Embarque y otros Documentos del Transporte*” Editorial Civitas S.A., Madrid, España.

- Roppo**, Vincenzo (2009). *“El Contrato”* Editorial Gaceta Jurídica, Traducción de Eugenia Ariano, Lima, Perú.
- Sierralta Ríos**, Anibal (1997). *“La compraventa internacional y el derecho peruano”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú.
- Sierralta Ríos**, Anibal (2004). *“Contratos de Comercio Internacional”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima. Lima Perú 2004.
- Sohm**, Rodolfo (1936). *“Instituciones de Derecho Privado Romano – Historia y Sistema”*. Editorial Revista de Derecho Privado 1936. Madrid, España, Pág. 259.
- Solari Tudela**, Luís (1983). *“Derecho Internacional Público”*, Librería Studium. Lima, Perú 1983.
- Talledo Mazú**, César (2007). *“Manual del Código Tributario”*, Editorial Economía y Finanzas. Lima. Perú, Tomo I.
- Taramona H.**, José Ruben (1989). *“Manual Teórico Práctico del Contrato de Compraventa”*. AFA Editores Importadores. Lima, Perú 1989.
- Villegas**, Héctor (2002) *“Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario”* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Volterra**, Eduardo (1986) *“Instituciones de Derecho Privado Romano”* Editorial Civitas. Madrid, España.

### **Tratados Internacionales y otras normas internacionales.-**

- Constitución de la Unión Postal Universal
- Convenio Postal Universal
- Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros – Kyoto 1999
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra Venta Internacional de mercaderías
- Reglamento relativo a Encomiendas Postales de la Unión Postal Universal
- Reglamento relativo de Envíos de Correspondencia de la Unión Postal Universal
- Reglamento Interno de los Congresos de la UPU

### **Otras normas y documentos de la Unión Postal Universal.-**

- OFICINA INTERNACIONAL DE LA UNIÓN POSTAL UNIVERSAL “*Vocabulaire Poliglote du Service Postal International*”. Berne 1997.
- OFICINA INTERNACIONAL DE LA UNIÓN POSTAL UNIVERSAL. “Textos orgánicos relativos a la estructura, el funcionamiento y el estatuto jurídico de la Unión Postal Universal”. Montevideo, Uruguay. 1972.
- OFICINA INTERNACIONAL DE LA UNION POSTAL UNIVERSAL: Comentarios al Art. 1 del Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Postal Universal, Berna 2000.
- UNION POSTAL UNIVERSAL: “Informe del Consejo de Administración” – Congreso Doc. 27 – 23º Congreso – Bucarest.
- CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA UNION POSTAL UNIVERSAL , Informe del Consejo de Administración : “Informes a las Actas de la Unión”. Documento No. 27 del 23º Congreso – Bucarest 2004, pág.3

### **Normas de la legislación interna.-**

- Decreto Legislativo 685
- Ley General de Aduanas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1053

- Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2009-EF
- Decreto Supremo 244-2013-EF
- Decreto Supremo No. 011-2009-EF

### **Jurisprudencia.-**

Resolución del Tribunal Fiscal 1200-5-97

### **Tesis.-**

MEJIA VELASQUEZ, Gustavo, tesis de la PUCP, denominada “La Obligación Tributaria Aduanera en el Tráfico Postal”. Lima – Perú. 1999.

PANDO VILCHEZ, Jorge Manuel, tesis de la PUCP, denominada “ La Transferencia del Riesgo y de la Propiedad en la Compraventa Internacional de Mercaderías”. Lima – Perú. 1985.

### **Páginas web.-**

- **Universal Postal Union** (2017). Member countries, Berna, Suiza.  
Recuperado julio, 2017 de <http://www.upu.int/en/the-upu/the-upu.html>
- **Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la UNAM** (2016). Hecho Imponible. México. : Recuperado Julio, 2017 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3531/4213>
- **Ponce Esteban, María Enriqueta**, “Los conceptos de justicia y derecho en Kan, Kelsen, Hart, Rawls, Habemas”, México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.  
Recuperado julio, 2017 de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/.../10608>.

- **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (2012) Internacional** :“Jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”. Recuperado julio, 2017  
[dewww.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG-digest-2012-s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG-digest-2012-s.pdf)