

ISSN: 2344-7389

Núm. 6

Junio

2014

Revista

DERECHO ADUANERO

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero

CONSEJO DIRECTIVO ICDA

Araujo Segovia Ramiro Ignacio
Barbosa Mariño Juan David
Barreto Ramírez José Tomás
Buitrago Rico Oscar Mauricio
Camargo González Juan Manuel
Díaz Rincón Ingrid Magnolia
Forero Medina Andrés

González Anzola Silvia Paula
Grillo Correa Adriana
Lorenzo Ortiz Gustavo Adolfo
Perilla Gutiérrez Rogelio
Potdevin Stein Nicolás
Rodríguez Calero Carlos Andrés
Sánchez Niño María Paula

DIRECTOR REVISTA

Perilla Gutiérrez Rogelio

COORDINADOR COMITÉ EDITORIAL REVISTA

Forero Medina Andrés

COMITÉ EDITORIAL

Araujo Segovia Ramiro Ignacio
Barbosa Mariño Juan David
Barreto Ramírez José Tomás
Camargo González Juan Manuel
Forero Medina Andrés

COMITÉ CIENTÍFICO

Anzola Ruíz María Silvia
Basaldúa Ricardo Xavier
Caballero Norma
Cotter Juan Patricio
Pardo Carrero Germán Alfonso
Rohde Ponce Andrés
Zolezzi Daniel

PARES QUE COLABORARON EN LA REVISTA

Araujo Segovia Ramiro Ignacio
Castrillón Velasco Camilo
Díaz Rincón Ingrid Magnolia
Forero Medina Andrés
González Anzola Silvia Paula
Grillo Correa Adriana
Mafla Ruíz Jose Francisco
Perilla Gutiérrez Rogelio
Sánchez Niño María Paula

El Instituto Colombiano de Derecho Aduanero - ICDA, es una organización sin ánimo de lucro, dedicada a incentivar el estudio, la investigación, la discusión y la divulgación del derecho aduanero, tanto a nivel nacional como internacional. Todas las opiniones incluidas aquí son personales y no comprometen al Instituto.

CONTENIDO

- 4** **EDITORIAL**
Los problemas institucionales de técnica normativa en materia de Comercio Exterior
Rogelio Perilla Gutiérrez
- 13** **Comentarios sobre el delito de favorecimiento de contrabando en Colombia por errores de descripción de las mercancías en los documentos de transporte al momento de la importación**
María Paula Sánchez Niño
- 37** **El impacto empresarial del Tratado de Libre Comercio TLC entre Colombia y los Estados Unidos de América -Retos para el liderazgo empresarial-**
Iván Quintero Abaunza, Francisco Javier Córdoba Acosta, Andrés Forero Medina
- 65** **El régimen de las sociedades de comercialización internacional: La inseguridad jurídica y el comercio exterior colombiano**
Camilo Castrillón Velasco, Andrea Rojas Rozo
- 82** **Implementación del TLC con los Estados Unidos -la experiencia peruana-**
Julio Guadalupe Bascones
- 111** **El «examen de no atribución»: Un análisis tradicional y prospectivo de su aplicación en investigaciones antidumping**
Luis Carlos Ramírez Martínez
- 151** **Efectos del acuerdo de facilitación al comercio de la OMC en la regulación aduanera colombiana: ¿Qué de este acuerdo ya estaba en los TLC?**
Juan David Barbosa Mariño, Mauricio Andrés Salcedo Maldonado
- 173** **La doctrina del derecho aduanero**
Andrés Rhode Ponce

LOS PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE TÉCNICA NORMATIVA EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

En los últimos años Colombia ha encontrado en el Comercio Internacional una verdadera herramienta para alcanzar la prosperidad económica, para el efecto el Estado colombiano durante los últimos Gobiernos ha profundizado una política comercial basada en la suscripción de Acuerdos Comerciales entre los cuales se destaca por su importancia los firmados con los Estados Unidos de Norteamérica, la Unión Europea y más recientemente, los entendimientos logrados en el marco de la Alianza del Pacífico.

En tal escenario, es pertinente recordar que el diseño constitucional colombiano previa manifestación de la voluntad a nivel internacional, establece una serie de actuaciones a nivel interno que por lo general culminan con la expedición de una norma o con su respectiva revisión judicial.

Así las cosas, dichas normas deberían contar con una serie de atributos técnicos tanto en su contenido como en su proceso de formación, en aras que la manifestación de voluntad del Estado colombiano se reputa como perfecta y no dé lugar a incumplimientos frente a las otras Partes de dichos Acuerdos o Tratados.

Desafortunadamente la experiencia indica que tales actuaciones no se adelantan con el rigor necesario, o en su defecto, se encuentran frente a murallas insalvables al momento de ser sometidas a la revisión del respectivo juez constitucional.

Las normas que de forma genérica se han denominado como "actuaciones" corresponden específicamente a los Decretos que pueden dar aplicación provisional a Tratados y Acuerdos Comerciales en virtud del artículo 224 Superior, así como, las leyes expedidas por el Congreso por medio de las cuales se les aprueba de forma definitiva. De igual forma, los decretos o leyes que pretenden cumplir de forma específica algún compromiso, tales como las que expidió el Gobierno Nacional en el marco del TLC con Estados Unidos en materia de derechos de autor y propiedad intelectual.

Las decisiones del Juez Constitucional referidas, corresponden por un lado al estudio de exequibilidad de tales decretos y leyes, y por otro, a las sentencias que deciden las Acciones de Tutela que pueden presentar las personas en aras de preservar sus derechos fundamentales.

En el presente escrito, se procura ofrecer el panorama de diversas normas que pretendían honrar diferentes compromisos adquiridos en el marco de los Acuerdos enunciados al inicio, pero que, por diversas razones fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional o inconstitucionales por el Juez de Tutela.

Así mismo, desde los textos de tales sentencias se pretende identificar de la forma más objetiva posible, los responsables institucionales de los errores que dieron lugar a dichas decisiones judiciales, para finalmente, proponer algunas sugerencias para mitigar los riesgos de nuevos incumplimientos.

Los compromisos adquiridos, las normas que pretendían cumplirlos, las sentencias que las declararon contrarias a la Carta y los eventuales responsables institucionales son:

LA INEXEQUIBILIDAD DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO COMERCIAL CON LA UNIÓN EUROPEA

En virtud del Decreto 1513 del 18 de julio de 2013, el Gobierno Nacional decidió dar aplicación provisional al «*Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra*», a partir del 1° de agosto de 2013, lo que implicaba que los derechos y obligaciones de su cuerpo eran exigibles a partir de tal fecha.

Sin embargo, tal Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-280 del 8 de mayo de 2014, bajo el entendido que dicha norma desconocía el artículo 224 Superior, toda vez que el Acuerdo no fue suscrito al amparo de una Organización Internacional.

El artículo 224 de la Carta establece la posibilidad de aplicar provisionalmente un acuerdo internacional bajo dos condiciones a saber, por un lado, que el tratado sea de naturaleza económica y comercial, y por otro, que sean acordados en el ámbito de un organismo internacional. En la medida que el Acuerdo con la Unión Europea adolece del último requisito mencionado, la Corte procedió a declarar inexecutable su aplicación provisional.

Para la Corte no fue suficiente que en el Decreto 1513 de 2013, se indique que el Acuerdo con la Unión Europea tenga como marco la Organización Mundial de Comercio (OMC), en la medida que los tratados bilaterales o plurilaterales no hacen parte del orden jurídico de dicha Organización

Internacional y aunque están permitidos a la luz del Acuerdo de Marrakech, constituyen una excepción a los principios generales que rigen el comercio mundial relacionados con la igualdad y la no discriminación, la obligación de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida.

En la Sentencia C-280 de 2014, la alta Corporación decidió modular los efectos de la inexequibilidad por el término de seis meses contados a partir de la fecha de la Sentencia, es decir hasta el 8 de noviembre del 2014.

Por tanto, a partir del 9 de noviembre del 2014, los derechos y obligaciones contemplados en el Acuerdo de Libre Comercio suscrito con la Unión Europea dejarían de tener sustento en el decreto que permitía su aplicación provisional, siendo necesario para tal fecha que el Estado Colombiano haya realizado el perfeccionamiento del instrumento internacional, so pena, de un desconocimiento al ordenamiento jurídico nacional en su aplicación o un incumplimiento a los compromisos internacionales frente a las otras partes del acuerdo por desconocer sus efectos.

En este punto se debe recordar que Colombia ya le informó a la Secretaría General de la Unión Europea en su calidad de Depositaria del Acuerdo, la aplicación provisional del Tratado, razón por la cual el cumplimiento de los compromisos del Estado Colombiano se entienden exigibles desde dicho acto de comunicación.

En tal sentido, el artículo 330 del Acuerdo, establece que cada Parte deberá notificar por escrito el cumplimiento de sus procedimientos internos exigidos para la entrada en vigor del Acuerdo en forma definitiva o para su aplicación provisional. Específicamente, señala que el vigor del Tratado inicia el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción por parte del Depositario de la última notificación, a menos que las Partes acuerden una fecha distinta.

En este escenario es importante destacar que el numeral cuarto del artículo 330, establece que *«...Cuando se aplique provisionalmente una disposición del presente Acuerdo de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, cualquier referencia en dicha disposición a la fecha en entrada en vigor del presente Acuerdo se entenderá como la fecha a partir de la cual las Partes acuerdan aplicar dicha disposición de acuerdo con el párrafo 3»*.

En tal sentido, según el artículo 27 de la *«Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados»*, como parte integrante del ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la Ley 32 de 1985, expresamente señala que *«Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado...»*, y en complemento la Ley 7 de 1944, señala que *«Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos*

internacionales aprobados por el Congreso, (...), no se considerarán vigentes como Leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente».

Aunque el riesgo de incumplimiento de los compromisos internacionales parece mitigado con la expedición de la Ley 1669 del 16 de julio de 2013, por medio de la cual se aprobó de forma definitiva el «*Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú por una parte, y la unión Europea y sus Estados Miembros, por otra*», declarada exequible en virtud de la Sentencia C-335 del 4 de junio de 2014, es necesario que el Gobierno Nacional presente las respectivas notas de ratificación antes que se venza el plazo otorgado por la Corte Constitucional.

Sin embargo, en este punto es importante señalar que de no ser por la decisión de diferir los efectos de la inexecutable decretada en la Sentencia C-280 de 2014, el Estado colombiano habría incumplido o bien el Ordenamiento Jurídico interno ora sus compromisos internacionales, como ya se explicó.

Sobre este último punto, se debe señalar que la Magistrada María Victoria Calle salvo parcialmente su voto en la Sentencia de la referencia, al considerar que los fallos de inexecutable diferida deben ser excepcionales, en tanto suponen prolongar la ejecutabilidad de normas juzgadas por la Corte Constitucional como contrarias a la Constitución y en consecuencia no aplicables para el Acuerdo con la Unión Europea.

Dicha Magistrada en su salvamento de voto indicó claramente que no sería de recibo el argumento según el cual, el incumplimiento de los compromisos internacionales sería causal suficiente para justificar el aplazamiento de la inexecutable de la aplicación provisional declarada, en la medida que tal postura, haría nugatorio las condiciones establecidas en el artículo 224 Superior, acarreando la inaceptable consecuencia de convalidar la elusión de los procedimientos constitucionales establecidos para la aplicación provisional de cualquier Acuerdo Internacional.

Finalmente y en lo que respecta a la responsabilidad por la indebida aplicación provisional del Acuerdo con la Unión Europea, tal carga parece estar a cargo del Ejecutivo, por intentar aplicar dicha figura sin ser procedente en virtud del mencionado artículo 224 Superior.

LA INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY APROBATORIA DEL ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA PACIFICO

La inexecutable de la Ley 1628 del 22 de mayo de 2013, "Por medio de la cual se aprueba el «*Acuerdo Marco de la Alianza del Pacifico*», declarada



en la Sentencia C-258 del 23 de abril de 2014, tuvo como origen la incompleta publicación del cuerpo del Tratado en la Gaceta del Congreso durante el respectivo trámite legislativo.

Para la Corte Constitucional tal situación no sólo afectaba la correcta formación de la voluntad legislativa, también impedía que la alta Corporación entrara a revisar la constitucionalidad del texto completo del Tratado, y en consecuencia, la forma en que el Gobierno pudiera ratificar el Acuerdo a nombre del Estado Colombiano.

Las falencias de publicidad del Acuerdo en el trámite de la Ley aprobatoria implicaron el incumplimiento del procedimiento que el Ordenamiento Jurídico colombiano establece al momento de adquirir derechos y obligaciones en el ámbito internacional, donde tienen participación las tres Ramas del Poder Público; el Ejecutivo en la negociación del tratado, el Legislativo a cargo de la Ley Aprobatoria, la revisión constitucional por parte de la Corte y finalmente la ratificación de los compromisos a cargo del Ejecutivo nuevamente.

Para el presente asunto no era viable la subsanación de los errores cometidos durante el proceso de formación de la Ley Aprobatoria, en la medida que tal actuación implicaría rehacer el trámite legislativo en tan sólo 30 días, de forma contraria a lo establecido en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional.

En todo caso, es pertinente señalar que la Corte Constitucional sólo declaró inexecutable la ley aprobatoria del Acuerdo, pero se inhibió para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del Acuerdo propiamente dicho, lo que da vía libre al Gobierno para iniciar nuevamente su trámite de incorporación al derecho interno.

En la Sentencia C-258 de 2014, la Corte Constitucional infirió que la responsabilidad en la indebida publicación del texto del Acuerdo en las Gacetas del Congreso fue responsabilidad de la Secretaría del Senado.

EL INCUMPLIMIENTO DE COMPROMISOS ADQUIRIDOS EN EL MARCO DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos de Norteamérica se adoptaron una serie de obligaciones dentro de las cuales a modo de ejemplo se destacan los compromisos en materia de propiedad intelectual y derechos de autor, la necesidad de mejorar la administración aduanera y la facilitación al comercio a través de las medidas legislativas y administrativas del caso.

Con la expedición de la Ley 1520 del 13 de abril de 2012, se pretendían implementar los compromisos relativos a derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, tal norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-11 del 23 de enero de 2013 por vicios de forma sin que la Alta Corporación se haya pronunciado de fondo por los demás cargos expuestos.

El vicio de forma consistió en el hecho que el trámite legislativo inició en la Comisión Segunda de cada una de las Cámaras y no por la primera tal y como lo establece la Ley 3° de 1992, teniendo en cuenta que el tema abordado por la norma era la propiedad intelectual.

Del cuerpo de la Sentencia se desprende que la equivocación en el trámite de la iniciativa legislativa se dio en la Secretaría General del Senado de la República, donde por primera vez se propuso que el proyecto de ley debía iniciar su trámite ante la Comisión Segunda.

Otro incumplimiento se observa en el Capítulo Dieciséis del Acuerdo, referente a los Derechos de Propiedad Intelectual. En el artículo 16.1.3 literal c) de este Capítulo, el Estado Colombiano se comprometió antes de la entrada en vigor del Acuerdo Comercial, a ratificar o adherir el «*Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*» (Convenio UPOV) (1991).

Para cumplir tal obligación, el Estado colombiano expidió la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, que pese a los argumentos esgrimidos por el Gobierno, fue declarada inexecutable por medio de la Sentencia C-1051 del 5 de diciembre de 2012, bajo el entendido, que de forma previa al trámite legislativo, el Gobierno debió llevar a cabo el procedimiento de Consulta Previa al establecer el Acuerdo una serie de medidas que pueden afectar directamente a las Comunidades Étnicas y en consecuencia un desconocimiento a los derechos de dichas Comunidades en lo referente a sus prácticas y conocimientos tradicionales.

Según la Sentencia en cuestión, el responsable de la inexecutable de la norma fue el Gobierno Nacional por no adelantar el mencionado trámite de Consulta Previa.

LOS INCONVENIENTES EN LA EXPEDICIÓN DEL NUEVO ESTATUTO ADUANERO

Partiendo del presupuesto que el comercio internacional es una valiosa herramienta para superar la pobreza, para mejorar el nivel de vida de los pueblos, para prevenir y solucionar los conflictos, o al menos para mitigar

los horrores de la guerra y los innumerables actos de violencia que se han dado en el seno de las relaciones entre naciones, una necesidad imperiosa para cualquier Estado moderno sería el contar con un Régimen Aduanero que propicie y facilite dicho intercambio comercial.

Para Colombia la expedición del «*Nuevo Estatuto Aduanero*», también responde a la obligación de honrar los compromisos adquiridos en los diversos Tratados y Acuerdos comerciales suscritos y lógicamente a la necesidad que el país se ponga en sintonía con las más recientes prácticas comerciales y al aprovechamiento de los avances que en el estudio de la materia se han dado en el seno de diferentes Organizaciones Internacionales.

Dentro de los cuerpos normativos internacionales más relevantes a ser tenidos en cuenta por el Proyecto de Estatuto se tiene el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Revisado) de la Organización Mundial de Aduanas o comúnmente conocido como Kyoto de 1999, tal y como lo reconoce la propia exposición de motivos publicada por la DIAN.

De igual forma, otro Instrumento Internacional que vale la pena ser tenido en cuenta para las revisiones finales del Proyecto de Estatuto en aras de evitar remiendos de último momento es el «*Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio*», publicado como tema principal en la Decisión Ministerial de Bali del 7 de diciembre de 2013.

Sin perjuicio que en otros Tratados se desarrollen varias de las obligaciones contempladas en el «*Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio*», tal documento reitera la importancia de la adecuada publicidad de las normas aduaneras, en especial lo referente a los derechos y cargas a la importación, la necesidad que los usuarios aduaneros participen en el diseño de dichas normas y la obligación de buscar aduanas digitales donde se reduzcan los tiempos de nacionalización, y en las cuales, las restricciones al libre movimiento de mercancías únicamente obedezcan a imperiosas razones de seguridad y control de acuerdo a un objetivo perfilamiento del riesgo.

Otro punto del Acuerdo digno de ser mencionado, son los artículos que obligan a que la actividad sancionatoria no debe desbordar los hechos y circunstancias que le sirvieron de causa a la sanción, razón por la cual su dosificación siempre debe ser proporcional al daño real de los intereses del Estado y en consecuencia no resultan admisibles las infracciones meramente formales.

Tal posición predica que las Administraciones Aduaneras Modernas tienen como principal finalidad la facilitación del comercio a través de un

adecuado control de las mercancías en circulación, una actuación decidida en aras de lograr la seguridad en la cadena logística, la seguridad de las personas entre otras actividades, más que el retrogrado enfoque de recaudo vía sanciones y tributos.

Así las cosas, resulta preocupante por decirlo menos, que actualmente el principal criterio de evaluación de las Direcciones Seccionales sea precisamente el nivel de recaudo y no su labor de facilitación al comercio, lo que implica en la práctica una filosofía de desconfianza y de persecución sobre todos los Usuarios Aduaneros, al menos mientras se cumplen las cuotas definidas en el Nivel Central.

Sobre el tema concreto del incumplimiento en la expedición del Nuevo Estatuto Aduanero, se debe señalar que la última traba correspondió a la Acción de Tutela interpuesta por las Comunidades Negras de Bocachica y Caño de Oro por la falta de agotamiento del procedimiento de Consulta Previa, acogida en primera instancia por el Tribunal Superior de Bolívar en su Sala Penal y confirmado en segunda instancia por su superior en la Corte Suprema de Justicia.

En este asunto, el Juez constitucional consideró que los artículos del Proyecto de Decreto que establecían la posibilidad de realizar actividades de fondeo, constituían una afectación directa a tales Comunidades y en consecuencia el trámite de Consulta Previa resultaba necesario para su expedición.

Sin embargo, tal y como se expresó en otro momento, la decisión de suspender toda la expedición del Estatuto resulta desproporcionada en relación al daño que sufrió el país en su anhelo de modernizar su régimen aduanero en aras de facilitar el comercio. Para probar esta afirmación, basta con señalar que el Estatuto Aduanero es una norma que regula todo el universo de operaciones aduaneras tales como la importación y exportación de mercancías, los diferentes regímenes aduaneros y sus formalidades, así como, otros importantes aspectos tales como las relaciones entre el usuario aduanero y la administración en lo atinente a derechos y obligaciones, donde dichas actividades de fondeo no constituyen ni el uno por ciento de su cuerpo normativo.

Otro importante razón para rechazar la suspensión total de la expedición del Estatuto Aduanero, se evidencia al indicar que con la mera incorporación de la actividad de fondeo en el Estatuto no se autoriza de forma automática tal operación en los territorios de las Comunidades tutelantes. Es decir, la afectación directa solamente se configuraría cuando alguna persona en concreto pretendiera realizar labores de cargue y descargue en tales zonas de fondeo, momento en el cual debería contar con la autorización de



las otras autoridades competentes y adelantar el respectivo trámite de Consulta Previa.

Una decisión más justa con los intereses del pueblo colombiano habría sido la orden de suspender la inclusión de dichos artículos en el Estatuto hasta que se hubiera verificado el procedimiento de Consulta, pero no su proscripción total, teniendo en cuenta su carácter de norma general.

Teniendo en cuenta las desafortunadas circunstancias descritas, la responsabilidad por la suspensión del trámite de Expedición del Estatuto Aduanero fue responsabilidad del Gobierno Nacional por no haber adelantado el trámite de Consulta Previa.

UN PENSAMIENTO FINAL

En líneas anteriores se citaron una serie de iniciativas normativas que pretendían honrar los compromisos internacionales del Estado colombiano de cara a diversos tratados y convenios comerciales, pero que desafortunadamente, por unas u otras razones no llegaron a feliz término.

En algunos casos, la responsabilidad en los errores de la formación de la norma se cargaba en los hombros del Ejecutivo, otras veces los errores se cometen durante el trámite legislativo en el Congreso y para el caso de la Expedición del Nuevo Estatuto Aduanero se considera que el Ejecutivo no acató el procedimiento de la Consulta Previa.

Lo que no da lugar a dudas es la presencia de problemas institucionales recurrentes en el Estado colombiano al momento de poner en marcha su Política Comercial y expedir las normas que pretenden cumplir con los compromisos que asume en el marco de las negociaciones internacionales, situación que a su vez compromete la seriedad y confiabilidad con que el país es percibido por sus pares en el exterior.

Para conjurar esta crítica situación, es necesario adoptar una serie de medidas en las diversas instituciones que intervienen en el proceso de formación legislativa en materia Aduanera y de Comercio Exterior, a fin de evitar dar al traste en el trámite normativo, lo cual se logrará fortaleciendo los grupos que asesoran estos procedimientos tanto al Ejecutivo como al propio Congreso de la República.

Rogelio Perilla Gutiérrez
Presidente
ICDA

COMENTARIOS SOBRE EL DELITO DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO EN COLOMBIA POR ERRORES DE DESCRIPCIÓN DE LAS MERCANCÍAS EN LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE AL MOMENTO DE LA IMPORTACIÓN

María Paula Sánchez Niño¹

Fecha de Aceptación: Mayo 19 - 2014

Resumen

Existe un vacío legal en el Estatuto Aduanero Colombiano respecto a la causal de aprehensión y decomiso de las mercancías que llegan a Colombia desde el exterior, amparadas en un documento de transporte a favor del consignatario con errores u omisiones en la descripción de la mercancía. No obstante, por interpretación extensiva o analogía de la norma aduanera, a estos casos se les ha venido aplicando la misma causal de aprehensión y decomiso que se destina para los casos de contrabando, lo cual está generando la imposición de sanciones desproporcionadas y denuncias por la presunta comisión del delito de favorecimiento de contrabando, sin que sea posible configurar la conducta punible de este delito y desgastando innecesariamente la Administración de Justicia.

Palabras clave: aprehensión, decomiso, errores de descripción, documentos de transporte, delito de favorecimiento de contrabando, interpretación extensiva, analogía, responsabilidad jurídica, vacío legal.

Abstract

There is a legal gap in the Colombian Customs Code regarding the grounds for seizure and forfeiture of the goods arrived into Colombia from outside, when these goods are covered in transport documents, in behalf of the goods' consignee, with errors in the description of the merchandise. However, as a result of the broad interpretation or analogy of the Customs Law, these

1 Abogada Especialista en Derecho Aduanero y Comercio Exterior, Miembro del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero ICDA, Docente Universitaria. Correo electrónico: mpsanchez@foreromedina.com

cases have been punished in the same grounds for seizure and forfeiture applied to cases of smuggling. This situation is generating disproportionate penalties and charges for the alleged commission of the crime of favoring smuggling, without it being possible to set the criminal offense of this crime and unnecessarily wearing down the Administration of Justice System.

Key words: seizure, forfeiture, description errors, transport documents, crime of favoring smuggling, broad interpretation, analogy, legal liability, legal gap.

CAUSAL DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE LAS MERCANCÍAS QUE INGRESAN A COLOMBIA CON ERRORES DE DESCRIPCIÓN EN LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE

El Estatuto Aduanero Colombiano establece las obligaciones aduaneras que deben cumplir las personas directa o indirectamente relacionadas con «*cualquier destino, régimen, formalidad, trámite u operación aduanera*»².

La obligación aduanera comprende el cumplimiento de las formalidades que debe surtir cada uno de los obligados aduaneros, entre ellos el transportador de la mercancía y el agente de carga internacional.

En este sentido, las mercancías sometidas a algún régimen u operación aduanera están sujetas a la potestad aduanera, así como los obligados aduaneros quedan sometidos al cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de su actividad establecidas en la normativa aduanera, al pago de los derechos e impuestos, intereses, tasas, valor de rescate y también a las sanciones a las que a que hubiere lugar.³

Entre los responsables de la obligación aduanera según el estatuto aduanero actual Decreto 2685 de 1999 están el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante.

Así, la obligación aduanera comprende el cumplimiento de las formalidades que debe surtir cada uno de los obligados aduaneros, entre ellos el transportador de la mercancía y el agente de carga internacional.

2 Artículo 17 del Proyecto de Estatuto Aduanero - versión 21 de abril de 2014. [En línea] Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN. disponible en: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2014/Proyectos/PROYECTO_REGULACION_ADUANERA_abril_21_2014.pdf, Recuperado: Abril 24 de 2014

3 Ibidem.

Dentro de las obligaciones que tiene el transportador de la mercancía está la de entregar a la Administración de Aduanas de Colombia a través de los servicios informáticos electrónicos, la información del manifiesto de carga, de los documentos de transporte, de los documentos consolidadores y de los documentos hijos, con una anticipación mínima de tres (3) horas antes de la llegada del medio de transporte en el modo de transporte aéreo, doce (12) horas en el caso del modo de transporte marítimo o carga consolidada, seis (6) horas cuando se trate de trayectos cortos en el modo de transporte marítimo y una (1) hora en trayectos cortos del modo de transporte aéreo. Los transportadores terrestres deben entregar la información señalada antes o al momento de la llegada del medio de transporte.⁴

El transportador es por lo general quién diligencia y entrega a la Administración de Aduanas los documentos de transporte que amparan la mercancía transportada, para lo cual debe tener en cuenta la información mínima que el artículo 61-1 de la Resolución 4240 de 2000 exige para estos documentos, una de estas exigencias es indicar la descripción genérica de la mercancía. Al respecto, no se acepta como identificación genérica de las mercancías expresiones tales como: «*mercancías varias, mercancías según factura, mercancías misceláneas, mercancías en general, mercancías según registro, carga seca, carga no peligrosa, carga no perecedera, mercancía para almacenes por departamentos, mercancías y mercancías a granel*»⁵.

Los errores en los que incurre el transportador al diligenciar de los documentos de transporte, no obstante ser infracciones aduaneras, pueden ser corregidos y subsanados de conformidad con los procedimientos y oportunidades establecidas en el Estatuto Aduanero, ya que los errores pueden llegar a ser frecuentes cuando se trata de mercancías que se cargan en los medios de transporte en último momento y por tratarse de operaciones de gran agilidad, volumen y dinamismo como lo son las relacionadas con el comercio exterior.

En principio, los transportadores son los responsables de la obligación aduanera relativa al apropiado diligenciamiento y entrega de los documentos de transporte, porque la naturaleza de la obligación aduanera es de carácter personal, sin embargo, su cumplimiento también se puede hacer efectivo sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso⁶, caso en el cual el consignatario o propietario de la mercancía, a pesar de no estar cometiendo ninguna infracción, resulta perjudicado porque, por un

4 Artículo 96 del Decreto 2685 de 1999.

5 Parágrafo 1 del Artículo 61 de la Resolución 4240 de 2000.

6 Artículo 4 del Decreto 2585 de 1999.



incumplimiento generalmente involuntario del transportador, la mercancía se pierde a favor de la Nación. El consignatario o propietario adicionalmente resulta implicado en procedimientos administrativos de definición jurídica de la mercancía y procesos sancionatorios, y en algunos eventos en procesos penales posteriores.

Lo anterior es posible en virtud de la responsabilidad objetiva que en algunos eventos opera en materia aduanera, donde no se tiene en consideración el elemento volitivo o la culpabilidad del actor, sino únicamente la comisión de los presupuestos de la infracción aduanera. La sanción de decomiso de un bien cuya permanencia en el territorio nacional es contraria a las normas aduaneras, es uno de los casos que tienen como fundamento la responsabilidad objetiva, según ha sido reconocido por la Corte Constitucional⁷. En este caso la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien⁸, independientemente que el propietario o consignatario de la mercancía haya infringido o no alguna norma aduanera. La imposición de sanciones por responsabilidad objetiva, como la que se acaba de mencionar, es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano y por ello se encuentra restringida a estrictos requisitos, tal y como lo ha mencionado en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional⁹.

El Estatuto Aduanero Colombiano establece de forma taxativa las causales por las que una mercancía puede ser aprehendida y decomisada. En el régimen de importación, la primera causal de aprehensión y decomiso, que a su vez es la más gravosa porque impide legalizar la mercancía, es la causal 1.1. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, la cual se aplica cuando se oculta o no se presenta a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional.¹⁰

Esta es la causal de aprehensión y decomiso que se ha creado para definir desde el derecho aduanero la situación jurídica de las mercancías en los casos de contrabando, razón por la cual es la más estricta.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2002.

8 *Ibidem*.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2002, Sentencia C-595 de 2010, Sentencia C-160 de 1998.

10 Literal 1.1 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. «ARTÍCULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos: 1. En el Régimen de Importación: 1.1 Cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional, salvo cuando las mercancías estén amparadas con documentos de destino a otros puertos.»

El delito contrabando se ha censurado históricamente por los perjuicios que causa desde el punto de vista fiscal. Sin embargo, este es un delito que se considera antijurídico no solo porque el Estado deja de percibir recursos tributarios, sino también porque es una forma de competencia desleal, afecta al empleo y a la producción interna de mercancías idénticas o similares a las que ingresan al país por este medio. Así mismo, es un mecanismo a través del cual se eluden los controles del Estado al comercio exterior y en algunas ocasiones es una forma para que los activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como producto de actividades lícitas y puedan circular libremente.

En este sentido, el legislador, en aras de impedir por todos los medios que pueda ser recuperada de alguna forma una mercancía que se introduce al territorio nacional de manera oculta o sin ser presentada a la Autoridad Aduanera, ha establecido que esta no pueda ser rescatada ni siquiera con una declaración de legalización¹¹. Esto es así porque para que una mercancía pueda ser legalizada debe haber sido presentada a la Autoridad Aduanera, y en los casos de contrabando, entre otros, la mercancía se considera no presentada.

A pesar de que la causal de aprehensión y decomiso establecida en el numeral 1.1 del artículo 502 nunca menciona la palabra «*contrabando*», la definición de la situación jurídica desde el derecho aduanero de todas las mercancías que ingresan de contrabando se enmarca en esta. Así mismo hay otras situaciones que a pesar de no ser contrabando, por interpretación extensiva de la ley o analogía, también se han ajustado a esta causal.

Una de las finalidades de la política pública del Gobierno Colombiano es combatir el contrabando, lo cual se realiza por medio de diferentes estrategias sociales, jurídicas y económicas. Desde la perspectiva jurídica, las leyes y reglamentos en materia de contrabando y su fiscalización son más severas¹²,

11 La Declaración de Legalización es aquella que permite declarar en la modalidad de importación que corresponda, mercancías de procedencia extranjera, presentadas a la Aduana en el momento de su importación, respecto de las cuales se hubiere incumplido alguna obligación aduanera que dé lugar a su aprehensión. La Declaración de Legalización se debe presentar con el cumplimiento de los requisitos para la importación y el pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar, más un valor por concepto de rescate. (Art. 228 - 231 Decreto 2685 de 1999)

12 Se estima que ingresan de contrabando a Colombia 11,5 billones de pesos en un año, lo cual impacta gravemente la economía nacional y ha impulsado a que el Gobierno Colombiano emplee y refuerce todo su aparato fiscalizador para detener este delito. Entre las estrategias adoptadas para combatir el contrabando se encuentran las de concentrar y reforzar el control en las zonas por las que se estima entra más contrabando y expandir los controles de fiscalización a todo el territorio colombiano. Dentro de las políticas de

con la finalidad de desincentivar la comisión de esta conducta que es tipificada en Colombia como un delito. En este sentido, el hecho de ingresar al país mercancías ocultas de la autoridad aduanera, desencadena responsabilidad jurídica en diferentes áreas independientes del derecho, tutelando cada una de ellas los bienes jurídicos correspondientes como lo es el orden económico social.

La causal 1.1. del artículo 502 del Estatuto Aduanero tiene como principal motivación establecer el procedimiento para definir la situación jurídica de una mercancía que no se ha presentado a la Autoridad Aduanera o ha ingresado «*de contrabando*» al territorio aduanero colombiano. Sin embargo, desafortunadamente hay otros casos que a pesar de no ser contrabando, por interpretación extensiva de la norma aduanera o analogía son catalogados dentro de esta causal por no tener una norma que los regule particularmente.

Dentro de los otros casos señalados encontramos principalmente dos. Por un lado, están las mercancías que ingresan a Colombia amparadas en un documento de transporte que presenta errores en su descripción, pero que viene acompañado con todos los documentos soporte de la operación comercial. Por otro lado, están las mercancías importadas que se encuentran en libre circulación o introducidas al territorio nacional, que no obstante hayan sido adquiridas de buena fe por un tercero mediante una compraventa en el mercado nacional, tienen algún vicio en su proceso de importación o efectivamente ingresaron al país de contrabando.

Tales situaciones han ocasionado grandes debates y han sido objeto de procesos administrativos y litigios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El presente escrito se refiere particularmente a los casos en los que un documento de transporte presenta errores de descripción de la mercancía que ampara, casos donde el vacío legal ha generado diferentes interpretaciones de las normas aduaneras y está promoviendo denuncias de delitos que realmente no se cometen, desgastando innecesariamente la Jurisdicción Ordinaria Penal.

fiscalización al contrabando también encontramos metas de gestión que se deben cumplir, so pena de perder prebendas como primas o beneficios de tipo económico para los agentes aduaneros del Estado, lo cual implica que los casos que, no obstante no son contrabando pero se enmarcan dentro de sus mismas causales de aprehensión y decomiso, se van a ver aún más perjudicados por los programas de fiscalización, las aprehensiones y decomisos. Diario de Negocios Portafolio, «Estrenan estrategias de fiscalización al contrabando» [en línea], Martha Morales M, disponible en: <http://www.portafolio.co/negocios/estrategias-fiscalizacion-al-contrabando>, Recuperado: Julio 4 de 2013.

OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA DE INFORMAR A LAS AUTORIDADES COMPETENTES LA POSIBLE COMISIÓN DE CONDUCTAS PUNIBLES

Más allá del procedimiento que el Derecho Aduanero establece para definir la situación jurídica de las mercancías aprehendidas y decomisadas, la autoridad aduanera tiene otra obligación legal, que consiste en informar a la Fiscalía General de la Nación la posible comisión de delitos de los cuales tenga conocimiento.¹³

La relación que existe entre la obligación de informar los delitos a las autoridades aduaneras y el ingreso de mercancías ocultas o no presentadas al país, es que todas las personas que hayan ingresado a Colombia desde el extranjero mercancías que sean sujetas a aprehensión y decomiso por la causal 1.1. del artículo 502 del Estatuto Aduanero, así como sus propietarios, consignatarios, transportadores y almacenistas, pueden ser imputados de cometer ilícitos penales como el delito de contrabando¹⁴, tipo penal básico que consiste en la sustracción de mercancías importadas del control aduanero. También podrían estar incurriendo en alguna de las dos formas accesorias del delito de contrabando: favorecimiento de contrabando¹⁵ y favorecimiento por servidor público¹⁶. Adicionalmente, el Código Penal Colombiano tipifica formas especiales de contrabando como el delito de defraudación a las rentas de aduanas¹⁷ y el contrabando de hidrocarburos¹⁸, delitos en los cuales eventualmente habría la posibilidad de estar incurriendo dependiendo del caso que se trate.

En este sentido, y dado que la autoridad aduanera no tiene la competencia para determinar si efectivamente las mencionadas conductas constituyen delitos, tiene la obligación de informar de estas situaciones a la autoridad competente, es decir, a la Fiscalía General de la Nación, para que proceda con las investigaciones pertinentes que le permitan determinar la procedencia de una denuncia penal. Una denuncia penal por parte de la Fiscalía daría inicio a un procedimiento judicial, en el cual un Juez de la República sería quien determine si en efecto se configura la conducta punible y se hace efectiva la responsabilidad penal.

13 Parágrafo 1 del Artículo 505 del Decreto 2685 de 1999.

14 Artículo 319 del Código Penal Colombiano.

15 Artículo 320 del Código Penal Colombiano.

16 Artículo 322 del Código Penal Colombiano.

17 Artículo 321 del Código Penal Colombiano.

18 Artículo 319-1 del Código Penal Colombiano.

El Estatuto Aduanero Colombiano determina que cuando el resultado de la diligencia de aprehensión, de reconocimiento y avalúo de la mercancía determine que puede haber lugar a la comisión de algún delito, la Autoridad Aduanera debe informar a la Fiscalía General de la Nación para que inicie los procedimientos que son de su competencia, enviando copia de las actuaciones adelantadas.

A saber, las actuaciones adelantadas por los funcionarios aduaneros en su mayoría consisten en definir la situación jurídica de la mercancía desde la perspectiva del Derecho Aduanero, sin embargo, dentro de este procedimiento administrativo aduanero existen algunos actos que dan inicio al procedimiento penal.

En los casos de errores en la descripción de la mercancía en los documentos de transporte, cuando la diligencia de reconocimiento y avalúo establece que la mercancía erróneamente descrita tiene un valor superior a cincuenta (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes SMLMV¹⁹, la

La información y denuncia por parte de la Autoridad Aduanera de un posible delito a la Fiscalía General de la Nación debe implicar necesariamente un estudio preliminar estricto.

autoridad aduanera que efectúa la aprehensión debe remitir un informe a la División de Unidad Penal de la misma Administración Aduanera para que evalúe la posible comisión de algún ilícito penal, reúna la información pertinente y de ser el caso, envíe la información para denunciar este hecho a la Fiscalía General de la Nación, dando inicio a la investigación penal.²⁰

Es así como la información y denuncia por parte de la Autoridad Aduanera de un posible delito a la Fiscalía General de la Nación debe implicar necesariamente un estudio preliminar estricto por parte de la Autoridad Aduanera para determinar si en efecto se ha introducido al país una mercancía oculta o no presentada, dado que adicionalmente a una infracción aduanera, este hecho tiene la virtualidad de ser una conducta punible.

En este sentido, una interpretación extensiva o por analogía por parte de la Autoridad Aduanera en la calificación de una mercancía como oculta o no presentada, cuando en realidad si está presentada, es objeto de la aplicación del derecho sancionatorio aduanero y probablemente desencadena una consecuencia penal.

19 El Salario Mínimo legal Mensual Vigente en Colombia para el año 2014 corresponde a COP\$ 616.000, por lo tanto en el 2014, 50 SMLMV corresponden a COP\$ 30.800.000.

20 Artículo 435 Resolución 4240 de 2000.

DELITO DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO

Hasta este punto es claro que la Autoridad Aduanera está en la obligación de informar a la Fiscalía General de la Nación los casos de aprehensión y decomiso de mercancías cuya causal de aprehensión sea la consagrada en el artículo 1.1. del artículo 502 del Decreto 2585 de 1999, cuando su avalúo aduanero supere los 50 SMLMV y haya algún indicio de que estemos frente a un caso de ilícito penal.

Específicamente, en el caso de los errores de descripción de las mercancías en los documentos de transporte, después del procedimiento aduanero de aprehensión y decomiso de la mercancía, el delito que se ha venido informando por la Administración de Aduanas a la Fiscalía General de la Nación es el favorecimiento de contrabando.

El delito de favorecimiento de contrabando se tipifica en el artículo 320 del Código Penal Colombiano en los eventos en que una persona posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía valorada en cuantía superior a cincuenta (50) SMLMV, introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero. La sanción penal a esta conducta, además de la pena de prisión y una multa que en ningún caso es inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados, es también la privación del derecho de ejercer el comercio por el término de la pena y un (1) año posteriormente a la misma²¹.

Es importante mencionar que no se configura el delito de favorecimiento de contrabando al consumidor final, cuando los bienes que se encuentren en su poder estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados el Estatuto Tributario Colombiano.²²

21 Artículo 320 del Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000. «Artículo 320. Favorecimiento de contrabando. El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de pena de multa establecido en este código.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (1) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del estatuto tributario.»

22 *Ibidem*.

El análisis de este tipo penal nos hace concluir que el delito de favorecimiento de contrabando podría ser una réplica especial del delito de receptación consagrado en el Art. 447 del Código Penal Colombiano, donde se penaliza la manipulación del objeto material posterior a la conducta punible, así como su adquisición, posesión, transformación, transferencia o cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. El delito de favorecimiento de contrabando sería un tipo especial con respecto al delito de receptación, donde la receptación se aplica a cualquier clase de bienes que tengan objeto en el delito, mientras que en el favorecimiento de contrabando la conducta punible consiste en poseer, tener, transportar, almacenar, distribuir o enajenar mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados o que haya sido ocultada disimulada o sustraída de la intervención o control aduanero.

En los casos de errores u omisiones de descripción de las mercancías en los documentos de transporte, donde la mercancía transportada coincide exactamente con los documentos soporte de la operación comercial²³, es decir, en los numerosos casos donde la deficiente descripción de las mercancías consiste en un error del transportador al diligenciar el documento de transporte, el análisis integral de los documentos soporte de la operación comercial debería motivar a que no proceda la aprehensión y decomiso de las mercancías en esta situación. Tampoco procede un proceso penal, pues como veremos, no se tipifica el delito de favorecimiento de contrabando

23 Para efectos aduaneros, de conformidad con el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, los principales documentos soporte de la declaración de importación que a su vez podrían ser considerados como los documentos soporte operación comercial son los siguientes:

- a. Registro o licencia de importación que ampare la mercancía, cuando a ello hubiere lugar.
- b. Factura comercial.
- c. Documento de transporte.
- d. Certificado de origen, cuando se requiera.
- e. Certificado de sanidad y aquellos otros documentos exigidos por normas especiales, cuando hubiere lugar.
- f. Lista de empaque, cuando hubiere lugar a ella.
- g. Mandato, cuando no exista endoso aduanero y la Declaración de Importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado.
- h. Declaración Andina del Valor y los documentos soporte cuando a ello hubiere lugar.
- i. Declaración de exportación o el documento que acredite la operación de exportación ante la autoridad aduanera del país de procedencia de la mercancía, en los eventos en que la Dirección de Impuestos y Aduanas así lo exija.
- j. Las autorizaciones previas establecidas por la DIAN para la importación de determinadas mercancías.

porque tal situación no reúne todos los elementos para que pueda constituirse la conducta punible señalada en la norma penal.

Ahora bien, el delito de favorecimiento de contrabando y también el delito de contrabando son tipos penales en blanco, es decir, son delitos que se caracterizan porque el supuesto de hecho de la descripción de la materia prohibida aparece consignado, total o parcialmente, en una regla o norma diferente a la que castiga el acto prohibido, es decir, una norma de carácter no penal²⁴, en este caso la norma aduanera, por tanto externa al Código Penal, la cual debe ser una norma previa al acto imputado al agente de acuerdo al postulado de legalidad²⁵.

En este sentido, el procedimiento penal por un delito de favorecimiento de contrabando, por ser un tipo penal en blanco, va íntegramente ligado al resultado del procedimiento aduanero y a la normativa aduanera. Claro está, esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete (juez) determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente²⁶.

El derecho penal protege los bienes jurídicos del Estado importantes desde el punto de vista social en un momento determinado²⁷, sin embargo, hay bienes jurídicos que están protegidos por otras fuentes del derecho que en muchas ocasiones ni siquiera le competen al derecho penal y por eso mayoritariamente se define el derecho penal como un esquema de protección subsidiaria de bienes jurídicos, donde la subsidiariedad implica que la protección de bienes jurídicos pertenece a todo el ordenamiento, entre este al derecho aduanero. Así, el derecho penal es accesorio, dado que sus prohibiciones solo entran en juego ante la insuficiencia de las de otros sectores del orden jurídico²⁸ y es de *última ratio* porque el Estado solo puede

24 Juan Bustos Ramírez. DERECHO PENAL TOMO I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable. Editorial Leyer. Bogotá, D.C. 2008. Pág. 436.

25 Inciso 2 del Artículo 6 del Código Penal Colombiano.

26 Corte Constitucional, Sentencia C 559 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Expediente D-2297.

27 El Presidente de la República de Colombia Juan Manuel Santos anunció el 26 de junio de 2013 la restructuración total de la política de lucha contra el contrabando, catalogando este delito como «objetivo de alto valor» para el Estado Colombiano. Periódico El Tiempo, «Presidente Santos anuncia 'guerra frontal con el contrabando'» [en línea], disponible en: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12896800.html, Recuperado: 26 de Junio del 2013.

28 Fernando Velázquez V. MANUAL DE DERECHO PENAL Parte General. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C. 2010. Pág. 107.



recurrir a él cuándo hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales²⁹.

«De la misma manera, el derecho penal no cobija todas las conductas que vulneran los bienes jurídicos ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, limitándose a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes»³⁰; de lo contrario, no tendría sentido que existieran otras normas sancionatorias de las conductas prohibidas.

Lo ideal es que el derecho penal sea el último mecanismo de control social, pues no se debe sobredimensionar, sino aplicar en justas dimensiones cuando las circunstancias de hecho y de derecho lo ameriten. Por esta razón, para los casos de errores de descripción en los documentos de transporte, la imputación de un delito de favorecimiento al contrabando resulta contrario al principio de proporcionalidad, porque si bien estos casos pueden constituir una infracción aduanera, la misma norma indica el procedimiento administrativo que permite corregir los errores, así como la aplicación de la respectiva sanción de ser el caso.

INDEPENDENCIA DE PROCESOS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA FRENTE A UN MISMO HECHO

En los casos analizados de errores en la descripción de la mercancía, podemos ver que un mismo hecho puede generar diferentes tipos de responsabilidad. Hasta ahora hemos analizado la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal derivada de la posible comisión de un ilícito penal y una responsabilidad aduanera derivada de incurrir en una infracción administrativa aduanera, sin embargo, como lo analizaremos más adelante, los mismos hechos también podrían generar responsabilidad cambiaria por infracciones al régimen de cambios internacionales, que a su vez daría lugar a la aplicación del régimen sancionatorio cambiario.

La contingencia de incurrir en diferentes responsabilidades es posible debido a las diversas relaciones jurídicas que se generan en la operación del comercio exterior y la independencia de procesos que estas relaciones soportan. En el caso aduanero, un hecho puede generar varios tipos de responsabilidad y procesos paralelos porque una infracción a las normas

29 Juan Bustos Ramírez. DERECHO PENAL TOMO I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2008. Pág. 416.

30 Fernando Velázquez V. MANUAL DE DERECHO PENAL Parte General. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C. 2010. Pág. 108.

aduaneras se puede realizar mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas o engañosas, u otros hechos que tipifiquen otro delito por sí solos o se realicen en concurso con otros hechos punibles. Entonces, se deberán aplicar las sanciones administrativas que procedan, pero también se deberán adelantar las investigaciones o procesos penales en el concurso de delitos³¹.

Así mismo, las sanciones a las infracciones administrativas aduaneras pueden ser multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta, de conformidad con el Régimen Sancionatorio Aduanero establecido en el Estatuto Aduanero Colombiano.

La Autoridad Aduanera aplicará las sanciones por la ejecución de las infracciones aduaneras, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, fiscal, tributaria, comercial o cambiaria que pueda derivarse de las mismas conductas o hechos³², pues como se ha dicho, un mismo hecho puede generar diferentes tipos de responsabilidad que obligan jurídicamente al infractor a subsanar los errores, ilícitos o infracciones cometidas, mediante los procedimientos específicos aplicables.

En el ámbito del derecho penal, este también es independiente en cuanto a sus efectos, pues son exclusivas del derecho punitivo las penas y las medidas de seguridad aunque coexistan con otras sanciones estatales de carácter civil o administrativo.³³

Teniendo en cuenta la posibilidad consagrada en la ley de que un mismo hecho genere diferentes relaciones jurídicas, responsabilidades y procesos, en principio es perfectamente posible que la introducción de mercancías ocultas o sustraídas del control aduanero genere una infracción aduanera, un ilícito penal y una infracción al régimen de cambios internacionales, las cuales constituyen responsabilidad, procesos y sanciones diferentes.

En un caso hipotético, un Vendedor A y un Comprador B realizan un contrato de compraventa internacional de una mercancía X, donde B importa la mercancía a Colombia. El precio de la mercancía es superior a 50 SMLMV y la forma de pago es 50% una vez firmado el contrato y el saldo de 50% restante cuando la mercancía llegue efectivamente a las instalaciones del Comprador B en Colombia. Para esta transacción, el Comparador

31 Artículo 474 Decreto 2585 de 1999.

32 Artículo 477 Decreto 2585 de 1999.

33 Fernando Velázquez V. MANUAL DE DERECHO PENAL Parte General. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C. 2010. Pág. 108.

B contrata una empresa transportadora, quien conduce la mercancía desde el exterior hasta Colombia y su vez será quien emita el documento de transporte, en este caso digamos una guía aérea (AWB). La guía aérea, por una equivocación del transportador, viene con errores en la descripción de la mercancía, lo cual genera una alerta en la Administración de Aduanas Colombiana de fiscalización y control a la carga en zona primaria aduanera, lo cual ocasiona que a la llegada de la mercancía a un aeropuerto en Colombia, la Autoridad Aduanera inicie un procedimiento de inspección, fiscalización, reconocimiento, avalúo, aprehensión y decomiso de la mercancía, cuya valoración aduanera en este ejemplo es superior a 50 SMLMV.

El caso mencionado tiene la virtualidad de generar diferentes tipos de ilícitos e infracciones.

Por un lado está la relación jurídica aduanera que consagra las obligaciones del importador y el transportador, cuya infracción daría lugar a la aprehensión y decomiso de la mercancía por la causal 1.1. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, causal creada para combatir el contrabando pero que desafortunadamente se ha venido aplicando igual para nuestro ejemplo. Posteriormente, se realizará el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía aprehendida.

En segundo lugar, como la mercancía importada tiene un valor que supera los 50 SMLMV, el Comprador - importador B tiene la posibilidad de ser calificado como responsable de haber incurrido en el delito de favorecimiento de contrabando. En el ejemplo no podría haber una posible comisión del delito de contrabando, porque la mercancía no alcanzó a ser importada, fue inmovilizada antes de la presentación de una declaración de importación, como generalmente ocurre es estos casos y por lo tanto no se perfecciona el tipo penal del contrabando.

Adicionalmente, podría haber lugar a una infracción cambiaria en el evento que el importador B no gire al exterior el saldo del 50% del precio por concepto de reembolso del valor de la mercancía que se introdujo a Colombia, lo cual es un caso común, pues lo más probable es que la mercancía nunca llegue a su destino final por pasar a ser decomisada a favor de la Nación. Entonces, el importador no verá la necesidad de hacer el giro al exterior para pagar la mercancía que perdió, incurriendo así en una posible infracción al Régimen de Cambios Internacionales de Colombia por no canalización o indebida canalización

A simple vista todos los ilícitos e infracciones mencionadas, así como sus sanciones, parecen acordes a la ley. Sin embargo, existe un vacío legal desde el inicio del procedimiento aduanero que tiene la virtualidad de cambiar el rumbo de todos los otros procesos, como se describe a continuación.

VACÍO LEGAL DE LA NORMA ADUANERA RESPECTO A LOS CASOS DE MERCANCÍAS AMPARADAS POR DOCUMENTOS DE TRANSPORTE CON ERRORES DE DESCRIPCIÓN

Se considera que el vacío legal consiste en que no existe una causal de aprehensión y decomiso en el Estatuto Aduanero Colombiano donde se pueda enmarcar el caso de un error en la descripción de una mercancía en su documento de transporte, cuando esta mercancía viene con todos los documentos soporte de la operación comercial que prueben su identidad, o dichos documentos se aportan oportunamente por requerimiento de la Autoridad Aduanera. Como se ha dicho, a esta situación se la ha adjudicado por interpretación extensiva de la norma o por analogía, la causal de aprehensión 1.1. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por considerarse que estamos frente a un caso mercancía no presentada.

El artículo 232 del Estatuto Aduanero tiene una lista taxativa que enumera las mercancías que se consideran no presentadas. Dentro de esta lista no se mencionan las mercancías que vienen amparadas con un error en su descripción en el documento de transporte. A pesar de esto, la Autoridad Aduanera ha interpretado que las mercancías que vienen amparadas en documentos de transporte con errores en su descripción genérica son mercancías descargadas que no se encontraban amparadas en ningún documento de transporte.

En efecto, las mercancías descargadas que no se encuentran amparadas en un documento de transporte están relacionadas dentro de la lista de mercancías no presentadas del artículo 232 del Decreto 2685 de 1999 y en este sentido, su introducción a Colombia daría lugar a aprehensión y decomiso por la causal 1.1. del artículo 502 del mismo Decreto.

Sin embargo, los casos de errores u omisiones de descripción de la mercancía en los documentos de transporte, donde coincide perfectamente la mercancía con los documentos soporte de la operación comercial, no podrían considerarse como mercancías descargadas que no se encontraban amparadas en un documento de transporte, porque en efecto tienen un documento de transporte así presente errores. Entre los documentos soporte se encuentra la factura comercial, el contrato que justifica la importación de la mercancía y las dimensiones, bultos y peso descritas en el mismo documento de transporte, entre otros. Afirmar que una mercancía que se introduce al país en estas condiciones no tiene un documento de transporte, sería faltar a la realidad y nuevamente, hacer una interpretación extensiva del artículo 232 del Decreto 2685 de 1999.

Efectivamente, estas mercancías que arriban a Colombia, a pesar de que presentan errores de descripción, están amparadas en sus documentos

de transporte presentados e informados a la Autoridad Aduanera antes de la llegada del medio de transporte, son documentos que existen y coinciden en cuanto al peso y las dimensiones de la mercancía, pero sobretodo, concuerdan con sus documentos soporte de la operación comercial. Por lo tanto, si se realiza un análisis integral de todos estos documentos, sería inapropiado considerar que el documento de transporte no existe si se ha realizado un transporte y presentado en zona primaria aduanera.

Ahora bien, el caso en cuestión es evidentemente un vacío legal que debe ser subsanado, ya que si esta situación tuviera una solución efectiva dentro de la administración aduanera, los errores de descripción de mercancías en los documentos de transporte podrían ser corregidos, incluso de oficio por la misma Autoridad Aduanera, tal y como lo permite el parágrafo 1 del artículo 66 de la Resolución 4240 de 2000. De esta manera, no sería necesario aprehender y decomisar las mercancías y mucho menos informar de un posible delito a la Fiscalía General de la Nación, evitando así un desgaste del sistema judicial.

Actualmente el régimen de aduanas tiene algunas normas que permiten subsanar este error en los documentos de transporte antes de que ocurra la aprehensión. No obstante, si el error no se corrige antes de la llegada de la mercancía al territorio aduanero nacional, o aportando los documentos soporte de la operación comercial dentro de los cinco (5) días siguientes a la inmovilización de la mercancía, la autoridad aduanera, en la práctica no permite su corrección o no realiza el análisis de los documentos soporte de la operación comercial. Esto implica que en la mayoría de estos casos la mercancía se pierda a favor de la Nación y que al finalizar el proceso administrativo efectivamente se inicien los correspondientes procesos penales, los cuales en su mayoría resultan archivados y solo llegan hasta la etapa de indagación o interrogatorio de indiciado ante la Policía Fiscal Aduanera. Estas denuncias desgastan innecesariamente al sistema penal colombiano, la Fiscalía General de la Nación y en algunos casos la Jurisdicción Ordinaria Penal, ocasionando costos innecesarios a los importadores o consignatarios de la mercancía por concepto de representación judicial de abogados.

Es así como estamos frente a un evento donde se realiza una interpretación o analogía de la norma jurídica, en particular de la norma aduanera. Al respecto es importante indicar que en principio, de conformidad con la Ley 153 de 1887 y el Código Civil Colombiano, la interpretación y alcance de una norma jurídica no debería ser determinada por particulares, funcionarios públicos o ninguna otra autoridad diferente a su creador, el legislador.

El ordenamiento jurídico define los métodos de interpretación de la ley y en el caso colombiano los criterios de la interpretación de las leyes están determinados por la Ley 153 de 1887, por el Código Civil Colombiano y por la Constitución Política de Colombia.

Es así como la Ley 153 de 1887 y el Código Civil determinan que la interpretación gramatical de una ley es el primer método al que se debe acudir. En este sentido, cuando el texto de una ley es claro no se debe desatender su tenor literal. Por lo tanto, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Salvo cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.³⁴

En virtud del principio de legalidad, no puede por interpretación o por analogía crearse obligaciones aduaneras, ni modificarse las existentes. Así mismo, el Decreto 2685 de 1999 establece que para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, o de lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una Liquidación Oficial, ese hecho u omisión debe estar previsto en el Estatuto Aduanero. Por lo tanto no procede la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma³⁵.

Ahora bien, el texto del numeral 1.1 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 determina que se podrá aprehender una mercancía por esta causal exclusivamente «*Cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional*» (subrayado fuera del texto original).

Para determinar el uso general de las palabras es necesario acudir a su definición gramatical, su sentido natural y obvio o su definición legal en caso de existir. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el verbo ocultar de la siguiente manera:

«Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista».

Así, es preciso señalar que para dar aplicación a la causal de aprehensión 1.1 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, la norma exige que la mercancía deba necesariamente haber sido ocultada o no presentada a la autoridad aduanera.

De esta manera, no podríamos entender que estaba oculta una mercancía que presentaba errores en la descripción de su documento de transporte, pero que viene amparada en tal documento y en todos los otros

34 Artículos 27 y 28 del Código Civil Colombiano y Ley 153 de 1887.

35 Artículo 476 del Decreto 2685 de 1999.

documentos que soportan la operación comercial, ya que no estaba escondida, tapada, disfrazada o encubierta a la vista en un medio de transporte. No podemos olvidar que la Autoridad Aduanera tiene la oportunidad de inspeccionar y realizar la verificación física de la mercancía y que esta corresponda exactamente con lo que determinan las facturas comerciales, el contrato y con la realidad y esta información es puesta a disposición de la administración de aduanas por el transportador. El documento de transporte que ampara la mercancía también es informado mediante el manifiesto de carga y en el informe de descargue e inconsistencias.

La mercancía tampoco puede entenderse entonces como no presentada porque la norma aduanera define legalmente la acepción «*mercancía no presentada*» y la mercancía amparada en documentos de transporte con errores en su descripción no corresponde a ninguna de las posibles formas taxativas en que una mercancía se considera como no presentada, de conformidad con el artículo 232 del Decreto 2685 de 1999.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que el propósito del legislador al establecer la causal de aprehensión 1.1 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 fue sancionar de la forma más contundente los casos de mercancía introducida de contrabando, incluso, como se mencionó, impidiendo en tales casos la posibilidad de legalizar la mercancía no presentada.

Teniendo en cuenta que en este escenario por lo general estamos frente a un error o una omisión involuntaria en la descripción genérica de la mercancía en los documentos de transporte, aplicar la misma causal de aprehensión de los casos de contrabando resulta desproporcionado y estaría violando el principio de legalidad, debido proceso, favorabilidad y buena fe consagrados en la Constitución Política de Colombia y los principios orientadores de justicia y eficiencia de la actuación aduanera consagrados en el Estatuto Aduanero³⁶, como quiera que el Estado no aspira a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma ley pretende o que está indicado en ella.

Se debe reiterar que el error u omisión cometido por el transportador al describir genéricamente la carga transportada en el documento de transporte, no podría considerarse contrabando, ni favorecimiento de contrabando, ni la importación de mercancías prohibidas por las leyes aduaneras, ni la introducción de estas con la intención de no pagar los derechos de aduana a que están sometidos legalmente, pues las mercancías vienen con sus soportes de facturas comerciales donde las mismas se encuentran descritas, y posteriormente la Autoridad Aduanera puede solicitar en el acta

36 Artículo 2 del Decreto 2685 de 1999

de inmovilización de la mercancía los demás documentos soporte de la operación comercial como lo es el contrato que ampara la importación, para saber ciertamente cuales eran las mercancías que se transportaban en los medios de transporte y se introducían al país. Más aún cuando dichas mercancías se informan a la llegada del medio de transporte en los manifiestos de carga e informe de descargue e inconsistencias, relacionando los documentos de transporte que guardan identidad con el peso, valor y dimensiones de las mercancías transportadas.

En consecuencia, un error por parte de la Autoridad Aduanera en la calificación de una mercancía como oculta o no presentada, necesariamente desencadena una consecuencia penal, lo cual indica que si una mercancía ingresa al territorio nacional y no es realmente un contrabando, pero la autoridad aduanera por una interpretación extensiva de la norma o analogía le da el mismo trato, tiene incidencia en el ámbito del derecho penal, infringiendo de esta forma derechos de rango constitucional. Tampoco es dable hacer este tipo de interpretaciones en el ámbito de las infracciones aduaneras y el derecho aduanero sancionatorio.

Por otro lado, cuando las denuncias realizadas por la Autoridad Aduanera por supuestos delitos de favorecimiento de contrabando llegan a la Fiscalía General de la Nación, tienen un debido procedimiento interno para verificar si en efecto se está incurriendo en estas conductas y tienen mérito para realizar una denuncia penal ante la Jurisdicción Ordinaria Penal. Por lo general, estas denuncias no tienen éxito al interior de la Fiscalía y se extinguen en la audiencia de Indagación o interrogatorio de indiciado realizado por la Policía Fiscal Aduanera.

Hay varias razones por las cuales son muy raras las denuncias por el delito favorecimiento de contrabando que prosperan ante la jurisdicción penal. En primer lugar, no es factible que se pueda configurar penalmente este delito, que es un tipo penal en blanco, cuando en el proceso aduanero se ha impuesto una sanción por interpretación extensiva o analogía de la norma aduanera, específicamente a la causal de aprehensión 1.1 del artículo 502 del Estatuto Aduanero, a la cual se remite el correspondiente reenvío normativo al derecho penal.

Un error por parte de la Autoridad Aduanera en la calificación de una mercancía como oculta o no presentada, necesariamente desencadena una consecuencia penal.

37 Fernando Velázquez V. MANUAL DE DERECHO PENAL Parte General. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C. 2010. Págs. 105 y 106.



Recordemos que el derecho penal es garantista³⁷ y da estricto cumplimiento al principio de legalidad y taxatividad, por lo cual no es posible la proscripción de los tipos penales ambiguos, como resulta ser el tipo penal en blanco del favorecimiento de contrabando en los casos de errores de descripción de mercancías. La Constitución Política prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales porque si se permitiera la descripción penal ambigua, entonces el respeto al principio de legalidad perdería gran parte de su sentido garantista, pues los ciudadanos no sabrían con exactitud, y de manera previa, cuáles son las conductas prohibidas.³⁸ Por estas razones, se rechaza la analogía como fuente creadora de delitos³⁹, y por tanto, en caso de duda o ambigüedad, como es el caso de las mercancías amparadas en documentos de transporte con errores en su descripción, el juez deberá abstenerse de imponer una sanción penal y por el contrario deberá dar aplicación al principio de *In dubio Pro Reo* mediante el cual, en caso de duda, se debe resolver a favor del acusado o imputado⁴⁰.

Otra razón por la que no prosperan las referidas denuncias son los errores de procedimiento al interior de la administración aduanera, que no pueden ser aceptados en el procedimiento penal. El principal error de procedimiento se remota a la medida de aprehensión de la mercancía, lo cual en la práctica es un comiso o incautación, porque es la privación de la mercancía que pasa del propietario o consignatario a la DIAN. En el derecho penal un trámite de comiso de bienes se debe realizar con la mediación posterior de un juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado⁴¹. De lo contrario, no puede prosperar un proceso donde además de no haber realizado el debido procedimiento de comiso de mercancía, en la mayoría de los casos no se cuenta con los elementos materiales de la prueba como registros fotográficos de la aprehensión.

En este sentido, el deber de la Administración Aduanera no es únicamente realizar las denuncias penales, también es cooperar con la Fiscalía General de la Nación y/o con la Policía Judicial para respetar los derechos y procedimientos que exige el derecho penal en cuanto a la aprehensión o comiso de mercancías. Es muy importante comprender que los procesos de

38 Corte Constitucional, Sentencia C 559 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Expediente D-2297.

39 Juan Bustos Ramírez. DERECHO PENAL TOMO I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2008. Pág. 429.

40 Corte Constitucional Sentencia C 782 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Referencia: expediente D-5515.

41 Artículo 84 de la Ley 906 de 2004.

aprehensión de mercancías realizados por la Administración de Aduanas, que no se realizan con respaldo de la Fiscalía General de la Nación y/o Policía Judicial y con posterior mediación del juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes, posteriormente en la etapa de investigación y jurisdicción penal difícilmente pueden prosperar, pues desde el inicio no se han respetado los procedimientos que exige el derecho penal para la conservación de la prueba y comiso de las mercancías sobre las cuales se puede configurar un delito de contrabando o de favorecimiento de contrabando.

Estos errores en el proceso administrativo resultan aún más graves, cuando se trata de aprehensiones realizadas por funcionarios de la Administración de Aduanas o de la Policía Fiscal Aduanera, a mercancías que realmente ingresan de contrabando. Como consecuencia de los errores de procedimiento en la aprehensión de la mercancía, y por las garantías que el derecho penal otorga a los imputados ante tales errores, los actores del delito de contrabando no pueden ser judicializados, así hayan ingresado al país mercancías de formas ocultas o por lugares no habilitados. En este sentido, el derecho aduanero y el derecho penal deben cooperar cuando se trate de delitos de contrabando o relacionados, de lo contrario, no será posible que prosperen las denuncias realizadas por la Autoridad Aduanera.

PROYECTO DE ESTATUTO ADUANERO -PROYECCIONES-

El vacío legal que se ha desarrollado en este escrito ha sido detectado por el legislador y la Autoridad Aduanera, por lo tanto, es posible que sea resuelto en el Nuevo Estatuto Aduanero que se está gestionando por el Gobierno de Colombia.

Esta afirmación tiene su fundamento en la exposición de motivos donde constan las circunstancias que dan lugar a expedir un Nuevo Estatuto Aduanero, dentro de las cuales encontramos la siguiente que se cita textualmente: *«Reservar el Decomiso para las mercancías de contrabando, porque actualmente están sometidas a este tratamiento muchas mercancías que, aunque infringen la norma aduanera, no se configura el contrabando, por lo que el decomiso podría resultar excesivo.»*⁴²

La exposición de motivos adicionalmente establece que en las versiones que se han publicado del Proyecto de Estatuto Aduanero *«Las causales de aprehensión fueron reducidas a los casos que realmente constituyen contra-*

42 Exposición de Motivos del Proyecto de Estatuto Aduanero [en línea], disponible en: http://www.coltrans.com.co/uploads/noticias/Motivos_Estatuto_Aduanero_DIAN.pdf, recuperado: 15 de noviembre 2013.



bando, pues actualmente se aplica esta drástica medida a hechos que, si bien constituyen una infracción aduanera, el principio de proporcionalidad indica que otra clase de sanción o tratamiento permiten corregirla.»⁴³

A saber, dentro de los hechos de que trata la exposición de motivos que constituyen una infracción aduanera pero que no son contrabando, precisamente encontramos los errores de descripción de las mercancías en los documentos de transporte.

Es evidente entonces que el vacío legal de la norma aduanera actual, respecto a la causal de aprehensión de las mercancías que arriban a Colombia desde el extranjero con errores de descripción en su documento de transporte, ha favorecido interpretaciones extensivas o analogías de la norma que ocasionan una sanción aduanera desproporcionada para estos casos y ha respaldado la proliferación de decisiones de decomiso y denuncias penales por un delito de favorecimiento de contrabando que no tiene la virtualidad de configurarse como conducta punible. Por esta razón, después de una investigación penal, estos procesos deben resultar archivados en la primera etapa de indagación o interrogatorio de indiciado ante la Fiscalía General de la Nación con apoyo de la Policía Judicial.

Al respecto, la nueva versión del Proyecto de Estatuto Aduanero publicada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 21 de Abril de 2014 ha incluido un nuevo principio, el principio de tipicidad, para aplicar e interpretar la normativa aduanera. De acuerdo con el principio de tipicidad, para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, o dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, deberá estar previsto en el Estatuto Aduanero, y por lo tanto «*No procede la aplicación de sanciones, ni de causales de aprehensión y decomiso, por interpretación analógica o extensiva de las normas.*»⁴⁴

Así mismo, la nueva versión del Proyecto de Estatuto Aduanero establece que la causal de aprehensión 1.1. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, causal 1 del Artículo 573 del Proyecto de Estatuto Aduanero, se aplicará únicamente cuando se trate de mercancías no presentadas o que hayan ingresado al territorio aduanero por lugar no habilitado. Las mercancías no presentadas también están establecidas en la lista taxativa del artículo 224 del Proyecto de Estatuto Aduanero, lista que gracias al princi-

43 Exposición de Motivos del Proyecto de Estatuto Aduanero [en línea], disponible en: http://www.coltrans.com.co/uploads/noticias/Motivos_Estatuto_Aduanero_DIAN.pdf, recuperado: 15 de noviembre 2013.

44 Literal f) del Artículo 2 del Proyecto de Decreto 2685 de 1999. Publicado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 21 de Abril de 2014.

pio de taxatividad no podrá ser objeto de interpretación analógica o extensiva y dentro de la cual no se encuentra la mercancía aparada en documentos de transporte con errores en su descripción.

Se considera positivo y necesario que la Autoridad Aduanera tenga la intención de subsanar este vacío legal, para lo cual resulta oportuno establecer paralelamente procedimientos eficientes dentro de la administración aduanera que permitan la corrección efectiva de los errores de descripción de las mercancías en los documentos de transporte, cuando estas mercancías correspondan a lo descrito en los documentos soporte de la operación comercial y se pueda verificar que en estos casos estamos frente a un error involuntario del transportador de la mercancía. Una adecuada interpretación del actual artículo 98 del Decreto 2685 de 1999 sobre el informe de descargue e inconsistencias y del parágrafo del artículo 73-1 de la Resolución 4240 de 2000 sobre la posibilidad de corregir errores de identificación de las mercancías después de la medida cautelar de inmovilización así lo permite. Bajo este escenario, se evitarían las aprehensiones y decomisos de mercancías innecesarios y la aplicación de una causal de aprehensión por interpretación extensiva u analogía de la norma. De la misma manera, se evitaría el desgaste de la Fiscalía General de la Nación y eventualmente de la Jurisdicción Ordinaria Penal por la información y denuncia superflua de delitos, pues en este caso, no estamos frente a un delito sino frente a un error u omisión que posiblemente desvirtúa la conducta punible del delito de favorecimiento de contrabando.

Al subsanar el mencionado vacío legal, la Administración de Aduanas y la Policía Fiscal Aduanera, podrán enfocar sus esfuerzos en investigar, aprehender y decomisar mercancías que realmente se introducen al país por lugares no habilitados, ocultas o de contrabando como se conoce comúnmente. Para ello las Autoridades Aduaneras deben realizar una labor conjunta con la Fiscalía General de la Nación y/o la Policía Judicial, e incluso con el Juez de Control de Garantías, especialmente al momento de la aprehensión o comiso de la mercancía, para dar estricto cumplimiento al debido proceso que se debe surtir al interior de la Administración, lo cual permite que estos casos prosperen en la posterior etapa de investigación penal y también puedan prosperar en la Jurisdicción Ordinaria Penal, sin obstáculos por vicios de procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Colombiano.

Código Penal Colombiano.



Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Referencia: Expediente: D-7977.

Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: Expediente: D-3860.

Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1998, Magistrado Ponente: Dra. CARMENZA ISAZA DE GÓMEZ. Referencia: Expediente: D-1841.

Corte Constitucional Sentencia C 782 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Referencia: Expediente D-5515.

Corte Constitucional, Sentencia C 559 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Referencia: Expediente D-2297.

Decreto 2685 de 1999.

Diario de Negocios Portafolio, «Estrenan estrategias de fiscalización al contrabando» [en línea], Martha Morales M, disponible en: <http://www.portafolio.co/negocios/estrategias-fiscalizacion-al-contrabando>, Recuperado: Julio 4 de 2013.

Exposición de Motivos del Proyecto de Estatuto Aduanero [en línea], disponible en: http://www.coltrans.com.co/uploads/noticias/Motivos_Estatuto_Aduanero_DIAN.pdf, recuperado: 15 de noviembre 2013.

Fernando Velázquez V. *Manual De Derecho Penal*. Parte General. Cuarta Edición Actualizada. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C. 2010.

Juan Bustos Ramírez. *Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. 2008.

Ley 153 de 1887.

Ley 906 de 2004.

Periódico «El Tiempo». «Presidente Santos anuncia ‘guerra frontal con el contrabando’» [en línea], disponible en: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12896800.html, Recuperado: 26 de Junio del 2013.

Proyecto de Decreto 2685 de 1999. Publicado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 21 de Abril de 2014.

Resolución 4240 de 2000.

Revista Derecho Aduanero • ISSN: 2344-7389
Núm. 6 - Junio de 2014, pág.: 37-64

EL IMPACTO EMPRESARIAL DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO TLC ENTRE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA -RETOS PARA EL LIDERAZGO EMPRESARIAL-*

*Iván Quintero Abaunza***

*Francisco Javier Córdoba Acosta****

*Andrés Forero Medina*****

Fecha de Aceptación: Enero 17 - 2014

Resumen

El resultado de la investigación desarrollada, se sustenta en la evaluación de los principales retos que deben afrontar los líderes empresariales con ocasión de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América en el año 2012. La estructura del Tratado TLC, consta de dos instrumentos internacionales, cuya aprobación en Colombia se dio mediante la Ley 1143 de 2007 para el Tratado y de la Ley 1166 de 2007 para el Protocolo Modificatorio, previo el control constitucional contenido en las Sentencias C- 750/08 y 751/08 de la Corte Constitucional, entró en vigor el 15 de mayo de 2012, mediante decisión de ambos Gobiernos con el canje de notas realizado del 15 de abril de 2012, en la Ciudad de Cartagena de Indias. El tratamiento de la agencia mercantil en la legislación comercial es modificado ahora por los compromi-

* Estudio basado en la Monografía elaborada para especialización en Alta Gerencia - Fundación Universitaria Empresarial - Uniempresarial, Bogotá, D.C., 2013.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Sociedades en la misma Universidad. Posgrado en Derecho de la Empresa Universidad de Buenos Aires UBA. Especialista en Alta Gerencia Uniempresarial. Consultor en Derecho Corporativo. Correo electrónico: ivanquintero@etb.net.co

*** Abogado de la Universidad Nacional. Especialista en Derecho Privado Económico de la misma Universidad. Especialista en Alta Gerencia - Uniempresarial. Asesor en Derecho de la Insolvencia. Correo electrónico: franciscoc@macroproyectos.com

**** Asesor de la Investigación. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Sociedades y en Formulación Gerencia y Evaluación de Proyectos de Desarrollo. Estudios de Maestría Universidad de San Buenaventura Bogotá. Profesor investigador Universitario. Miembro del Consejo Directivo del ICDA y miembro del ICDT. Correo electrónico: aforero@foreromedina.com



sos del Tratado de Libre Comercio y se tramita actualmente una ley que modifica al Código de Comercio, junto con otros temas.

Palabras clave: Tratado de Libre comercio, TLC, Agencia comercial, servicios transfronterizos, inversión, Defensa Comercial.

Abstract

The outcome of this research is based on the evaluation of the main challenges, identified by the research team, that are faced by business leaders during the period of the entry into force of the Free Trade Agreement between the Republic of Colombia and the United States of America in 2012. The FTA Treaty has two international instruments whose approval in Colombia was given by Act 1143 of 2007 to the Treaty and Act 1166 of 2007 to the Amending Protocol. Before the entry into force of the FTA constitutional control was performed by the Constitutional Court through Judgments C-750 / 08 and 751/08. The Treaty entered into force in May 15, 2012, by decision of the two Governments with the exchange of notes in 15 April 2012, at Cartagena de Indias, Colombia. The treatment of mercantile agency in the Colombian Commercial Law is now modified by the commitments of the FTA and is currently being considering a bill that would amend the Colombian Code of Commerce, along with other issues.

Key words: Free Trade Agreement, FTA, mercantile agency, crossborder trade on services, investment, trade defense.

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, se trata de describir las principales regulaciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio TLC, Colombia - Estados Unidos de América, que tienen impactos importantes en la toma de decisiones por parte de los empresarios colombianos interesados en la sostenibilidad y crecimiento internacional de sus proyectos productivos y los ajustes que deben realizarse en la planeación de sus negocios internacionales.

Consideramos, preciso destacar que el denso texto definido por las partes del Acuerdo de Promoción Comercial de Colombia y los Estados Unidos de América, en adelante - Tratado de Libre Comercio TLC - contempla muy diversos temas para el desarrollo del comercio y de la inversión en esta Zona de Libre Comercio, convenidos entre las partes, por lo cual puede resultar complejo para quien carezca de un conocimiento especializado, identificar el impacto y aplicación de esas regulaciones. Este Acuerdo además se encuentra relacionado con múltiples tratados internacionales, como los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio OMC, asunto este que impone al empresario y al investigador trasladarse a muy variadas fuentes externas al mismo acuerdo. Por tanto, a propósito de facilitar su entendimiento, el presente estudio, pretende erigirse en un instrumento

útil para identificar los temas de interés para todos aquellos empresarios interesados en hacer negocios con Estados Unidos de América, bien como importadores o exportadores desde Colombia.

DESCRIPCIÓN DE LAS REGULACIONES DEL TLC

1. Aproximación

El Tratado de Libre Comercio TLC se estructura en XXIII Capítulos que van desde un listado contentivo de las principales definiciones (Generales y Específicas) hasta los Mecanismos para la Solución de Controversias, las Excepciones al Tratado y las Disposiciones Finales. Este Tratado fue adoptado por la legislación colombiana mediante la Ley 1143 del 4 de Julio de 2007 y por la Ley 1166 del 21 de Noviembre de 2007 por parte de la República de Colombia. En los Estados Unidos de América la Public Law 11242 (HR 3078) The United States- Colombia Trade Promotion Agreement Implementation Act.

Se une así el TLC con los Estados Unidos de América a la cadena cada vez mayor de acuerdos comerciales de Colombia, Estado este que tiene un amplio antecedente de Acuerdos y Tratados de Integración Comercial que reconocen el principio de no discriminación, Trato Nacional, y Trato de la Nación mas Favorecida, desde los primeros albores de la independencia de la República de la Gran Colombia, con el primer acuerdo comercial celebrado con el Reino de la Gran Bretaña, desde la administración del Vicepresidente General Francisco de Paula Santander, en 1821.¹

2. Tres grandes bloques

A efectos de facilitar la comprensión del contenido y alcance del Tratado TLC, y únicamente para propósitos académicos, consideramos que su análisis puede distinguirse entre tres grandes bloques, así:

2.1. *Bloque institucional*

En el plano jurídico el bloque institucional determina la compatibilidad entre el TLC y la Comunidad Andina de Naciones CAN y posteriormente incluye las reglas acerca de los aspectos institucionales del Acuerdo, es decir, la administración, los compromisos de transparencia y los Mecanismos para la Solución de Controversias.

1 Forero Medina, Andrés. (2008) El Derecho Aduanero y los Acuerdos de Integración - Un Antecedente Histórico y el Impacto actual en la planeación de las operaciones de Comercio Exterior. Revista del Derecho Colombiano de Derecho Tributario. (58), 119 y ss.

2.2. Bloque de acceso a mercados

Comprende los asuntos que guardan relación con el acceso de productos agropecuarios, industriales y prestación de servicios a los mercados de los Estados Parte del Acuerdo, bloque este que incorpora temas relativos a la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias; preceptos de origen; procedimientos aduaneros y cooperación; defensa comercial y contratación pública (compras públicas).

2.3. Bloque de temas transversales

Contiene las implicaciones generales del Acuerdo, estableciendo las disciplinas a las que deben someterse las actividades comerciales en ambas Partes y prevé la estabilidad de las reglas para los empresarios en diversos sectores.

3. Particularidades

3.1. Primer bloque

En cuanto al bloque que contempla los aspectos institucionales, merece especial mención por una parte, el hecho de que Colombia, como parte del Acuerdo también es miembro de la Comunidad Andina de Naciones CAN y en tal sentido, independientemente de haber firmado el TLC, continúa rigiéndose por las reglas de la CAN, lo cual significa por una parte, que las negociaciones bilaterales en el marco del Acuerdo deben tener en cuenta las sensibilidades de los integrantes de la referida Comunidad y por otra, la necesidad de aplicar el principio de la nación más favorecida y los beneficios que se hayan ampliado en el Acuerdo a los países que conforman la Comunidad Andina.

Adicionalmente, con la finalidad de asegurar que el proceso de puesta en práctica, desarrollo y modificaciones (si a ellas hubiese lugar) se efectúe sin contratiempos, el Acuerdo contempló un órgano de administración que es la Comisión de Libre Comercio entre cuyos deberes se encuentran supervisar la implementación, supervisar el funcionamiento de la totalidad de los comités y grupos previstos en el tratado y buscar la solución a las controversias que se susciten.

En concreto los objetivos institucionales que propone este Acuerdo TLC son entonces los siguientes:

- Establecer una zona de libre comercio entre las partes, dentro del marco establecido para los Acuerdos Regionales de Integración de la OMC.
- Establecer el Comité de Libre Comercio y el Comité para el Fortalecimiento de las Capacidades Comerciales.

- Crear mecanismos para la prevención o solución de controversias (Acerca de la interpretación o aplicación del Acuerdo).
- Definir anexos, apéndices, enmiendas, modificaciones y adhesiones.

3.2. Segundo bloque

En lo que respecta al segundo bloque (Acceso a Mercados) resulta pertinente insistir en que el Acuerdo TLC tiene como finalidad eliminar las barreras (arancelarias y no arancelarias) al comercio tanto de bienes como de servicios, que se traduce en el acceso preferencial y la aplicación del principio de trato nacional, para el acceso y libre circulación de los principales factores de producción, lo cual se concreta en los siguientes propósitos puntuales:

- Comprometer a cada una de las Partes a asegurar los mismos beneficios a las mercancías nacionales y extranjeras.
- Proteger la vida de las personas, animales y vegetales en el territorio de los Estados Parte.
- La puesta en práctica en los Estados Parte del Acuerdo de Medias Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (MSF).
- Abrir, de forma bilateral, el mercado de las compras públicas (Se aplica a contratación pública cubierta de mercancías o servicios o a las dos).
- Establecer el marco jurídico que promueva la inversión mediante la creación de un ambiente estable que proteja al inversionista y su inversión.
- Evitar la adopción de obstáculos innecesarios.
- Eliminar barreras de acceso (Comercio Transfronterizo de Servicios, Servicios Financieros y Telecomunicaciones).

Igualmente, el Acuerdo, en lo relativo al tema de acceso a mercados, consagra las disposiciones aplicables al comercio de mercancías con los propósitos que se relacionan a continuación:

- Definir las características que deben reunir los productos para ser beneficiarios del trato arancelario preferencial.
- Poner en práctica reglas destinadas a la consecución de procedimientos aduaneros transparentes, simplificados y eficientes.
- Incrementar y facilitar el comercio (Evitar que las normas y reglamentos técnicos sean utilizados como barreras no arancelarias).
- Reglamentar la debida aplicación de las reglas de salvaguardia.

3.3. Tercer bloque

Este último bloque alude a los temas transversales, es decir aquellos dirigidos a crear y consolidar condiciones para el acceso real a los mercados en el marco de un trato arancelario preferencial permanente. Al respecto, el Acuerdo TLC contempla disposiciones que fortalecen tanto las disciplinas como la estabilidad en las reglas de juego para los empresarios en muy variados sectores.

Los Capítulos del Acuerdo que conforman este tercer grupo son los siguientes: Propiedad Intelectual; Inversión; Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado; Temas Laborales y Asuntos Medio Ambientales.

3.3.1. *Propiedad intelectual (derecho de rango constitucional - Artículo 61 de la Constitución Política).*

Este Capítulo del TLC contiene los compromisos que en el campo de la Propiedad Intelectual fueron contraídos por los Estados Parte con la ratificación del Acuerdo e incluye las reglas para asegurar una protección adecuada y efectiva de tales derechos, se ocupa de definir lo que es «marca» y de los derechos que otorga a su titular, su protección, contempla preceptos acerca de los nombres de dominio en internet, prevé reglas en punto a los compromisos contraídos respecto de los derechos de autor, menciona el tema de la regulación para la protección de señales portadoras de programas transmitidos por satélite, desarrolla los requisitos para la obtención de una patente, establece disposiciones entorno a productos farmacéuticos y por último, en punto al compromiso de incentivar oportunidades para la cooperación de la ciencia y la tecnología, reseña la posibilidad de realizar proyectos de investigación científica en colaboración.

El objetivo general en las regulaciones sobre la Inversión en el TLC, consiste en establecer un marco jurídico que incentive la inversión, cuyo rasgo distintivo sea la transparencia.

3.3.2. *Inversión*

El objetivo general en las regulaciones sobre la Inversión en el TLC, consiste en establecer un marco jurídico que incentive la inversión, cuyo rasgo distintivo sea la transparencia, mediante la creación de un ambiente estable que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, con lo cual se busca incrementar los flujos de inversión extranjera.

3.3.3. *Política de competencia, monopolios y empresas del Estado*

El Capítulo sobre Competencia en el TLC, consagra la autonomía regulatoria en materia de competencia y al tiempo obliga a los Estados

Parte a contar con una normatividad sobre el particular, con la finalidad de prohibir y erradicar las prácticas no competitivas, incentivando la eficiencia y también el bienestar de los consumidores.

3.3.4. *Temas laborales*

Los Estados Parte del TLC, reconocen sus obligaciones como miembros de la OIT, se comprometen a cumplir la legislación laboral propia de cada uno e igualmente a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, a saber: derecho de asociación; derecho de negociar colectivamente; edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo obligatorio o forzoso; y las condiciones aceptables de trabajo en relación con (salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud ocupacional).

3.3.5. *Asuntos medio ambientales*

La principal obligación asumida por las Partes consiste en respetar y hacer cumplir su legislación nacional en materia medio ambiental al tiempo que se establece un balance entre comercio y medio ambiente, lo cual implica que un mayor flujo comercial no comportará un efecto nocivo para este último.

PRINCIPALES AJUSTES EMPRESARIALES Y LAS ACCIONES GERENCIALES QUE PODRÍAN ADOPTARSE POR LAS EMPRESAS PARA AFRONTAR EL NUEVO ESCENARIO ESTABLECIDO CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ACUERDO TRATADO COMERCIAL DE LIBRE COMERCIO TLC

1. Cronología y evolución del Comercio en Colombia

A partir de la década de los 40 y hasta finales de los años ochenta, el país soportó su política comercial en el modelo caracterizado por la sustitución de importaciones, que privilegió la protección del mercado interno, mediante la fijación un régimen administrativo de comercio exterior de prohibida importación y licencia previa de importación para bienes que tuvieran registrada la producción nacional, conjuntamente con la aplicación de barreras arancelarias, y tarifas arancelarias con dos rasgos distintivos, a saber: altas y muy extendidas tarifas arancelarias, todo lo cual aunado a un intrincado sistema de mecanismos administrativos de control de comercio.

Es pertinente destacar que a mediados de los años 60, el referido modelo fue complementado a través políticas de promoción de exportaciones, a partir del Decreto ley 444 de 1967 y la iniciación de acuerdos de integración como la ALALC y el Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena en 1968.



Al concluir la década de los 80 y particularmente en los albores de los 90 se dio un viraje en la orientación del modelo de integración económica, y a partir de allí la política comercial se apoyó en la reducción de aranceles, la supresión de las restricciones administrativas, la promoción de exportaciones y una marcada tendencia al mercado como asignador de recursos.

El profesor Danilo Torres Reina señala en su obra de Sesenta Años de la Política comercial en Colombia, que: «*Una compleja red de políticas, normas, instituciones, intereses y circunstancias locales e internacionales modelan el desempeño económico y sus resultados.*»²

Los aludidos cambios fueron llamados proceso de apertura y se encuadraron en una importante serie de modificaciones que pusieron en funcionamiento las administraciones de los presidentes Virgilio Barco Vargas y César Gaviria Trujillo, a comienzos de los años noventa, con reformas que abarcaron los ámbitos laboral, comercial, financiero y cambiario y además se concretaron en la descentralización fiscal y en la seguridad social, cambios todos ellos que trajeron consigo modificaciones a la política económica, estas últimas reflejadas también en una nueva Constitución Política en 1991.

Es importante poner de presente que el aludido amplio espectro de reformas regulatorias, aparejado de una liberación comercial, a diferencia de lo que ocurrió en otros países del continente, no se hizo en el escenario de una crisis estructural de la balanza de pagos.

En este orden de ideas es preciso poner de presente que los gobiernos posteriores (Ernesto Samper, Andrés Pastrana, Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos) no profundizaron en la apertura, período dentro del cual no se presentaron reformas significativas en materia de aranceles, por lo cual se mantuvo un esquema proteccionista, comparado con países latinoamericanos y el mundo en general.

La puesta en funcionamiento del proceso estuvo acompañada de múltiples debates, que luego de dejar atrás el tema relativo a la conveniencia o no de la apertura, se centraron en la velocidad del proceso y los alcances del mismo.

Resulta importante dejar sentado que las reformas fueron formuladas para ser desarrolladas de manera gradual y pese a ello el proceso generó una polarización.

2 Torres Reina, Danilo. (2011). Sesenta Años de la política comercial en Colombia, Del Letargo de la protección al salto al vacío de la apertura. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

El otro asunto que suscitó serias controversias fue el relativo a la universalidad del proceso, debido fundamentalmente a que algunos sectores estimaban que debía prodigárseles un trato especial, lo cual dio lugar, en un principio, a que se exceptuara la agricultura, sector que fue progresivamente incorporado al proceso, aun cuando con posterioridad medidas discrecionales lo favorecieron.

No obstante durante la administración Pastrana, 1998-2002 se renovaron las estrategias de un plan estratégico exportador, y a nivel regulatorio se adoptó un nuevo estatuto aduanero Decreto 2685 de 1999 y los instrumentos de promoción al comercio exterior liderados por el INCOMEX y posteriormente desde el Ministerio de Comercio Exterior, sobre instrumentos de sistemas especiales de importación- exportación Plan Vallejo, las Zonas Francas, las Sociedades de Comercialización Internacional, la exportación del servicios, el CERT, el fortalecimiento de Proexport y Bancoldex y la reiniciación de negociaciones comerciales para tener acceso a las preferencias del origen más allá de ALADI y de la CAN.

EVALUACIÓN DEL IMPACTO EMPRESARIAL DE LAS PRINCIPALES ORIENTACIONES SEÑALADAS DESDE EL EL TLC

1. La Agencia Comercial como forma de hacer negocios internacionales y reformas propuestas desde los compromisos del TLC

El acuerdo del TLC comportó el compromiso de Colombia de modificar su legislación mercantil, particularmente en lo que concierne al contrato de la agencia comercial. Previamente a detenernos en las modificaciones negociadas en el TLC en punto al contrato de agencia comercial, resulta pertinente detenerse en la noción de dicho instituto contractual, para lo cual se impone acudir al Estatuto Mercantil que lo regula, desde el Decreto 410 de 1971, nuestro Código de Comercio, así:

1.1. Noción

«Artículo 1317. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente».

1.2. Rasgos distintivos

Con fundamento en la aludida noción, el contrato de agencia comercial en Colombia actualmente cuenta con los siguientes rasgos distintivos desde su creación normativa, en la cual participaron además juristas y comerciantes tan reconocidos como el profesor Aurelio Ignacio Cadavid López, en representación del gremio de los comerciantes de Fenalco³.

1.2.1. Es una especie de mandato

Según el Código de Comercio, el contrato de agencia comercial al igual que los contratos de comisión y preposición, es considerado como una especie de mandato, habiendo sido clasificado dentro del Título XIII (referente al mandato) del libro IV.

El contrato de mandato comercial a turno, es un contrato típico que se encuentra previsto en el artículo 1262 del Código de Comercio, del siguiente tenor:

«Artículo 1262.- El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán las normas del capítulo II del título I de este libro.»

Como fluye de la simple lectura de la disposición transcrita, el mandato comercial tiene por objeto la celebración o ejecución de actos de comercio por cuenta de otra persona. En esencia, el mandato consiste en un encargo de realizar un acto de comercio.

Así las cosas, es claro que la agencia comercial es una especie de mandato, toda vez que se trata de un encargo para promover un acto de comercio, que en el evento de la agencia se evidencia en la promoción o explotación de los negocios de un empresario.

1.2.2. El contrato es ejecutado por un comerciante

El agente comercial debe tener la calidad de comerciante, es decir, que debe ser una persona que habitual y profesionalmente se ocupe de la realización de alguna de las actividades que la ley califica como mercantiles. Por tanto el agente comercial es sin lugar a dudas una persona calificada dentro del ámbito de los negocios.

1.2.3. El agente comercial es independiente

Una de las principales características del contrato de agencia comercial es la independencia, al punto que si el agente no fuera independiente

3 Cadavid López, Aurelio. (2011). Escritos y Crónicas, la sociedad del Futuro, Colección Tomás Moro. Bogotá D. C.: Kimpress.

en la ejecución del contrato, este contrato se adentraría en el campo del derecho laboral y no en el campo del derecho mercantil.

1.2.4. El contrato tiene vocación de permanencia en el tiempo

El contrato de agencia es un contrato que no se agota con un solo acto, y es este rasgo distintivo, es decir la permanencia, el que lo diferencia del mandato mercantil, donde el mandatario se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del mandante, sin necesidad de que el contrato deba continuar en el tiempo, puesto que en este último caso el mandato se agota con la ejecución del acto o actos de comercio encargados.

1.2.5. El objeto del contrato es promover o explotar negocios de un determinado ramo, dentro de una zona prefijada en Colombia.

El contrato de agencia comercial es una especie de mandato cuyo objeto fundamental, se reitera, es la promoción o explotación por parte del agente, de negocios de un determinado ramo dentro de una zona prefijada del territorio nacional, que es la diferencia específica entre este contrato y otros tipos de mandato.

1.2.6. El mandato se ejecuta a título de representante o de agente, bien sea de un empresario (colombiano o extranjero) o como fabricante o distribuidor de productos de dicho empresario.

1.3. Elementos esenciales

De conformidad con lo establecido en el artículo 1501 del Código Civil, se entiende como elementos esenciales de un contrato aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en otro diferente.

A continuación se relacionan los elementos esenciales del contrato de agencia, a saber:

1.3.1. Independencia

El agente comercial es un profesional que ejerce su oficio de manera independiente (no subordinada).

1.3.2. Estabilidad

Sin la concurrencia de este elemento, el contrato de agencia podría derivar en una comisión, un corretaje o en un mandato simple.

A este respecto a Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Sentencia del 2 de Diciembre de 1980 manifestó:

«Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el cargo de manera estable, con ello precisó que este se diferencia «del simple mandatario, ya que el segundo no tiene encargo duradero, carece de

estabilidad, desde luego que el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato, en tanto que el agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad, lo que también lo diferencia del comisionista, que es la persona a quien se encomienda la ejecución de uno o varios negocios en el ramo a que se dedica profesionalmente, los que debe celebrar a nombre propio, pero siempre por cuenta del comitente.»

1.3.3. Encargo de promoción o explotación

Este encargo aparece como un elemento diferenciador de otras figuras contractuales como el mandato y la comisión.

Al respecto el Dr. Hernando Cardozo Luna sostiene: *«El encargo de promocionar o explotar un negocio implica, necesariamente, una modalidad de intermediación diferente a la del mandato y la comisión. En la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena a través de la cual se persigue vincular una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, etc., al paso que en el mandato las relaciones entre el mandatario y cliente es ocasional y esporádico (sic) ya que finalizado el encargo termina su relación con mandante y cliente».*

1.3.4. Actuación por cuenta de otro

Sobre el particular el profesor José Armando Bonivento Jiménez resaltó que la propia Corte Suprema de Justicia consideró la actuación por cuenta de, como elemento esencial del contrato de agencia así:

«... la Corte, en sentencia del 31 de octubre de 1995, aludió directamente a la actuación por cuenta de como elemento tipificador de la entidad contractual en cuestión:

[...]

«Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de su actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de «promover o explotar negocios» del empresario «en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional» (artículo 1317 C.Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona....»

1.4. Cambios señalados desde la negociación del Acuerdo TLC Colombia - Estados Unidos de América para el desarrollo del contrato de agencia comercial y sus implicaciones para dicho contrato en Colombia

Para este propósito nos detendremos en el Anexo 11-E del Acuerdo, Tratado de Libre Comercio TLC contentivo de los compromisos específicos asumidos por Colombia y los Estados Unidos en punto a la agencia comercial.

A continuación se relacionan los aspectos más sobresalientes que hemos examinado, del acuerdo a saber:

1.4.1. Compromiso bilateral

Como se observa de la simple lectura del texto, finalmente el equipo negociador norteamericano accedió a la solicitud del equipo negociador colombiano en el sentido de que de hacerse un compromiso en lo que respecta a agencia comercial, este compromiso debía ser bilateral.

Resulta pertinente hacer énfasis en que el compromiso específico asumido por Colombia y por los Estados Unidos es aplicable solo para normas que las Partes mantengan en el «nivel central de gobierno» y por tanto este compromiso, en el caso de Estado Unidos, es aplicable únicamente para normas a nivel federal y no a nivel estatal.

En tal sentido debe resaltarse que, como los Estados Unidos no cuenta en su legislación con una norma que regule la agencia comercial, el contenido íntegro del texto del Compromiso Específico del Anexo 11-E sobre agencia comercial, será aplicable a los Estados Unidos para cualquier contrato en que una Parte acuerde distribuir bienes comerciales (incluyendo software) para otra parte. (Literal b) del numeral 5 del texto del Anexo 11-E).

Aunque para el momento en que se hizo la negociación los Estados Unidos de América no tenía normas en el nivel central de gobierno que pudieran asimilarse a la agencia comercial colombiana, el texto del compromiso específico en materia de agencia comercial impedirá que en el futuro que los Estados Unidos adopte frente a Colombia, una norma federal que sea similar a alguna de las disposiciones sobre agencia comercial consagradas actualmente en el Código de Comercio, que fueron objeto de compromiso dentro del tratado.

1.4.2. Compromiso de modificación para la prestación comercial - Inciso primero, artículo 1324 del Código de Comercio de Colombia

Las Partes del Acuerdo se comprometieron a que si en sus niveles centrales de gobierno se mantiene una medida que otorgue al agente el derecho a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal o (empresario) le pague una suma equivalente a una porción de la comisión,

regalía o utilidad recibida en virtud del contrato por el agente, esa Parte deberá modificar esa medida haciendo que el otorgamiento del derecho al pago, sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y, de acuerdo con la interpretación conjunta de la Partes, de mantenerse una norma similar debe modificarse o derogarse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Acuerdo.

Sin embargo, en nuestra opinión, el compromiso en cuestión no impide que, como consecuencia de la terminación del contrato atribuible (a mala fe o violación a los términos del mismo), los propios países o las partes de un contrato introduzcan o mantengan como consecuencia de la terminación injustificada, un pago por parte del incumplido, medida que en todo caso no podrá ser igual o similar a la prestación comercial actualmente prevista en el Código de Comercio.

Aunque el anterior compromiso menciona solo al «contrato de agencia comercial», este contrato fue definido en el Acuerdo como se menciona a continuación.

1.4.3. Definición del Contrato - En el Acuerdo

1.4.3.1. Dentro del compromiso para Colombia

Como un contrato de agencia comercial según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio (cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales).

1.4.3.2. Dentro del compromiso para Estados Unidos

Como cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte.

Por ende el compromiso es aplicable para la agencia comercial colombiana y también para los contratos de distribución de bienes comerciales norteamericanos que sean reglamentados a nivel central de gobierno.

1.4.4. Compromiso de modificación para la indemnización equitativa - Inciso segundo, artículo 1324 del Código de Comercio

Las Partes se comprometieron a que si alguna de ellas mantiene una medida, en el nivel central de gobierno, exigiendo que en el evento en que el principal (empresario) termine un contrato de agencia comercial sin justa causa o el agente termine un contrato de agencia comercial por justa causa provocada por el principal (empresario), el principal deba pagar una indemnización equitativa al agente como retribución a los esfuerzos de este último para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto de un contrato de agencia comercial, dicha Parte deberá modificar o derogar la

medida en un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia del Tratado.

A título ilustrativo es importante mencionar que el literal b) del numeral segundo del compromiso traza los lineamientos a seguir en caso de que una parte mantenga una medida en el nivel central de gobierno que responda a lo establecido en el literal b) del numeral primero. Lo anterior, para efectos de que esa Parte modifique dicha medida o la derogue dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado, pautas que se relacionan a continuación:

1. El requerimiento de pagar la indemnización equitativa será inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial.
2. En su lugar, se hará que cualquier indemnización derivada de la terminación por parte del principal (empresario) de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal, se determine de acuerdo con:
 - i. Los principios generales del derecho contractual (por ejemplo, daño emergente, lucro cesante y detrimental reliance⁴, y en el evento en que las partes lo acuerden expresamente,
 - ii. Las estipulaciones voluntariamente acordadas entre el principal (empresario) y el agente en un contrato de agencia comercial, en la medida que sean compatibles con las leyes aplicables.

4 Detrimental Reliance es un término legal existente dentro de la legislación de los Estados Unidos. El equipo negociador norteamericano sugirió incluir este término dado que es un concepto aplicable en materia de indemnización dentro de su legislación y en razón a que el compromiso en materia de agencia comercial es de naturaleza bilateral y aplica también a los Estados Unidos.

Por la anterior razón, para los Estados Unidos era importante que el término «detrimental reliance» quedará incluido como uno de los parámetros con base en el cual se puede determinar una indemnización derivada de la terminación por parte del principal de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal.

En todo caso, consideramos que este término solo podría ser aplicable para el caso de un contrato de agencia comercial regulado por la ley de los Estados Unidos, pues en Colombia es un concepto inexistente.

En cuanto a su definición, el término «Detrimental Reliance» hace alusión a la confianza o dependencia de una persona hacia otra, especialmente cuando está combinada con una acción basada en dicha confianza, y cuando esta acción basada en la confianza, le causa un perjuicio a la persona que confía.

En consecuencia, lo anterior implica para Colombia que dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del tratado, el Congreso debió por una parte, modificar el artículo 1324 del Código de Comercio para derogar la indemnización equitativa, y por otra, consagrar que la indemnización que resulte de la terminación sin justa causa de un contrato de agencia comercial, se fije según el daño causado, es decir, daño emergente y lucro cesante y, solo en el caso de ser aplicable, de conformidad con las estipulaciones que hayan convenido voluntariamente las partes dentro de su contrato, siempre y cuando tales estipulaciones resulten compatibles con la legislación vigente, lo cual en nuestro concepto procura la claridad necesaria en busca de determinar la indemnización originada en la terminación sin que medie justa causa.

1.4.5. Compromiso de cambio en términos de la «exclusividad» del contrato de agencia comercial acordado en el TLC

El compromiso señalado del término de «Exclusividad», en cuestión se refiere concretamente al artículo 1319 del Estatuto Mercantil Colombiano, que consagra la exclusividad en favor del agente en los siguientes términos:

«Artículo 1319.-En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.»

La interpretación generalizada del artículo 1319 del Estatuto Mercantil colombiano se encamina a la existencia de una presunción de exclusividad a favor del agenciado o empresario, en razón a que el referido artículo hace expresa alusión a la posibilidad de que se pacte la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios que sean competidores.

En relación con el contrato de Agencia Comercial el literal c) del numeral primero del Anexo 11-E contempla: *«si una Parte mantiene una medida en el nivel central de gobierno estableciendo que un contrato de agencia comercial crea una agencia exclusiva salvo pacto en contrario; esa Parte deberá modificar la medida o derogarla de conformidad con el párrafo segundo, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este Tratado».*

A su turno, el numeral segundo establece en su literal c), lo siguiente: *«Una Parte deberá modificar una medida descrita en el párrafo 1 (c) estableciendo que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para el mismo ramo de actividades o productos, salvo que el contrato de agencia comercial disponga lo contrario».*

Así las cosas, lo acordado se resume en el compromiso de modificar la regulación interna en Colombia para pasar de una presunción de exclusividad

a favor del agenciado, a una presunción de no exclusividad del agente, salvo pacto en contrario.

Finalmente, si bien es cierto el compromiso prevé el deber de expedir una norma que consagre la presunción de no exclusividad del agente, respecta la autonomía de las partes, permitiendo que esa presunción se desvirtúe si las partes del contrato de agencia deciden voluntariamente consagrar la exclusividad del agente dentro del respectivo contrato de agencia comercial.

1.4.6. Derechos adquiridos: compromisos frente a la prestación comercial y la presunción de exclusividad. Exclusión de la indemnización equitativa

En materia de derechos adquiridos, el numeral tercero del Anexo 11-E del Acuerdo TLC establece:

«3. Nada en este Anexo impedirá que continúe la aplicación, en la medida en que sea requerida por la Constitución Política de una de las Partes, de una medida descrita en el párrafo 1 (a) o (c) a contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar este Anexo.13»

El análisis este compromiso, de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de Colombia, implica que continuarán su aplicación, respecto de los contratos de agencia comercial suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar este compromiso específico, las medias que se describen los numerales 1 (a) y 1 (c), referentes a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y a la exclusividad a favor del agenciado del artículo 1319 del Código de Comercio, en su orden.

La referida mención obedece a que de acuerdo con el artículo 58 de la Carta Política colombiana los derechos adquiridos deben ser respetados, por lo cual el equipo negociador colombiano dejó en claro que no alentaría la renegociación de los contratos de agencia comercial celebrados previamente a la ley que llegase a modificar la legislación para el contrato de agencia comercial.

No obstante lo anterior, el estudio del anexo 11 E y particularmente del numeral 2b del mismo permite concluir que el compromiso asumido, para la indemnización equitativa, aplicaría a partir de que se expida la ley que implemente dicho compromiso, inclusive a los contratos de agencia comercial celebrados con anterioridad a la expedición de dicha ley, lo cual en nuestra opinión encuentra asidero en la doctrina y legislación colombiana. Veamos:

1.5. Doctrina

El profesor Juan Pablo Cárdenas niega que la indemnización tenga por objeto compensar la clientela, el good will adquirido por el empresario



gracias al agente, porque en su opinión esta es la función propia de la «cesantía comercial» y porque la indemnización solo procede en caso de incumplimiento. Y en relación con los factores que según la norma deben ser tenidos en cuenta por los peritos para fijar su valor, sostiene que son apenas una guía suministrada por el legislador para tasar el valor del daño emergente y del lucro cesante. Es decir, este autor considera que la indemnización del artículo 1324 no es otra que la ordinaria de perjuicios. (Subrayado fuera del texto).

1.6. Ley

La indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio encuadra en la segunda excepción contemplada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, vigente en Colombia.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece lo siguiente:

«Artículo 38: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.» (La subraya no es del texto)

1.7. Compromisos en materia de bienes y servicios.

El compromiso asumido por las Partes comprende únicamente bienes comerciales incluyendo el software y no se hace extensivo a servicios.

1.8. Negociación del contrato de agencia comercial - Logros de Colombia

Los compromisos asumidos por Colombia, como resultado de la negociación en el ámbito del contrato de agencia comercial, permiten destacar logros significativos frente a la negociación efectuada por los países centroamericanos en el marco del CAFTA.

Entre los logros más relevantes consideramos importante hacer mención a los siguientes:

1.9. Derechos adquiridos

CAFTA

Países como Costa Rica y Guatemala se comprometieron a «alentar» a las partes de los contratos de distribución a «renegociar» dichos contratos para efectos de sujetarlos al compromiso específico consagrado en el tratado.

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS)

Colombia dejó establecido en forma explícita dentro del compromiso que se preservarían los derechos adquiridos de conformidad con lo consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, lo cual significa que nada tiene la virtud de impedir que se sigan aplicando las medidas descritas en el numeral 1, literales a) y c), a los contratos de agencia comercial celebrados previamente a la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para poner en práctica este compromiso.

Fecha de terminación de los contratos de agencia comercial

CAFTA

Costa Rica, República Dominicana y Honduras se comprometieron a establecer como justa causa de terminación de los contratos, la fecha de terminación de los mismos.

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

De acuerdo con la legislación colombiana, la terminación de un contrato en la fecha estipulada no puede calificarse como justa o injusta, sino sencillamente señala el momento en que debe terminar el contrato, pues las partes así lo convinieron en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad privada. Por tanto, es decir, por no ser aplicable ni necesario el equipo negociador no aceptó hacer una declaración en tal sentido.

Reciprocidad del compromiso

CAFTA

Los países centroamericanos efectuaron compromisos unilaterales en relación con su ordenamiento jurídico.

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS)

Colombia logró que los Estados Unidos también asumiera el compromiso en su nivel central de gobierno y en consecuencia se restringió la capacidad regulatoria del Congreso de Estados Unidos en virtud del «commerce clause» para regular temas de comercio.

En nuestra opinión este es sin lugar a dudas un logro significativo si se tiene en cuenta que los Estados Unidos de América en principio presentaron este como un compromiso unilateral que debía ser contraído por Colombia, al igual que ocurrió, lo cual se observa con nitidez en el caso del compromiso específico sobre el contrato de agencia comercial.

Reciprocidad en materia de bienes comerciales

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

Gracias a la posición defensiva del equipo negociador, Colombia logró obtener reciprocidad en materia de agencia comercial, en lo relacionado con contratos de distribución de bienes comerciales incluyendo software.

Discrecionalidad para expedir medidas aplicables a la terminación sin justa causa del contrato de agencia comercial.

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

Sobre este particular se impone reiterar que el hecho de que Colombia haya asumido el compromiso de modificar o derogar una medida en su nivel central de gobierno que otorgue el derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal (empresario) le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato (esto equivale a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio), de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia entraña una limitación a su discrecionalidad para expedir medidas que impliquen pagos a la terminación del contrato cuando la terminación sea sin justa causa.

Consideramos que esto significa que Colombia podrá mantener o expedir regulación que exija hacer pagos (que no sean pagos similares a la prestación comercial), cuando un contrato de agencia comercial termine por mala fe o por incumplimiento de sus términos; o que las partes de un contrato de agencia comercial podrán pactar voluntariamente consecuencias pecuniarias cuando se presente la terminación del contrato sin justa causa, desde que estos pagos no respondan a los parámetros establecidos para determinar la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio (pie de página 11 del literal a) del numeral 1 del Anexo 11-E), originado en, como se ha dicho, la autonomía de la voluntad privada, lo cual equivaldría a las disposiciones conocidas en Estados Unidos como (doble damages y treble damages).

Entrada en vigencia del Acuerdo

CAFTA

Los compromisos efectuados en el marco del Tratado de libre Comercio entre Estados Unidos - Centro América y República Dominicana empezaron a regir para los países centroamericanos desde el momento de entrada en vigencia del acuerdo para contratos de distribución.

TLC - (COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

Aunque los Estados Unidos de América, solicitaron que Colombia asumiera un compromiso inmediato en materia de agencia comercial a partir de la entrada en vigencia del tratado, el equipo negociador de Colombia logró un plazo de seis (6) meses a partir de la entrada en vigencia del acuerdo, para efectos de que el compromiso para los contratos de agencia comercial empiece a regir considerando que es competencia del Congreso de la República la expedición y reforma de los Códigos, como es el caso del Código de Comercio. La anterior solicitud colombiana fue hecha en razón a que para poder implementar los compromisos adquiridos en la negociación en materia de agencia comercial, Colombia requerirá expedir legislación tendiente a modificar las disposiciones pertinentes del Código de Comercio. Actualmente se debatía en el Congreso un proyecto de ley sobre la materia sin que hasta la fecha se haya aprobado reforma al régimen de la agencia mercantil. El proyecto de ley No 146/12 Cámara y No. 256/13 Senado, por el cual se regulaba la agencia comercial de bienes, que se tramitaba en el Congreso Nacional, fue radicado el 21 de Septiembre de 2012, y recibió los cuatro debates reglamentarios, pero al estar sometido a conciliación sin que se hubiere realizado por parte de las comisiones del Senado y Cámara, en el tránsito de legislatura el 20 de Junio de 2014 el proyecto de ley fue archivado. Corresponde nuevamente al Gobierno someter al congreso un nuevo proyecto de ley para avanzar en la implementación del TLC.

2. Revisión jurídica de la prestación de servicios profesionales transfronterizos bajo el acuerdo TLC

2.1. Aproximación

La dinámica del comercio exterior en el campo de los servicios, tiene una dimensión mucho mayor a la del comercio de bienes, lo cual tiene su explicación en la caída de los precios de transporte, el auge en la tecnología de comunicaciones y el constante desarrollo de internet, aspectos estos que facilitan la circulación de los intangibles que aunados a la regulación con un acceso preferencial y sin obstáculos al mercado de los Estados Unidos de América, hace que dicho renglón resulte particularmente atractivo para nuestro país que cuenta con un enorme potencial en el comercio de muy variados servicios.

Los objetivos de Colombia en punto a la negociación de servicios se encausaron a la promoción de la competencia, garantizar la autonomía del gobierno en lo relativo al diseño de la política de seguridad social y la eliminación tanto de las barreras de acceso como de los aranceles de los

productos digitales y los impuestos así como el acceso a los incentivos a el comercio de los servicios como los Sistemas Especiales de Importación y Exportación y las exenciones tributarias.⁵

2.2. Propósito del Acuerdo TLC

En este aspecto el Acuerdo pretende evitar que tanto los gobiernos, como las autoridades centrales, regionales y/o locales y las instituciones no gubernamentales investidas de las atribuciones que les hayan sido deferidas por la Ley, adopten o conserven medidas que puedan afectar:

- La producción, comercialización, distribución, venta o suministro de un servicio.
- La compra o uso de un servicio, o el pago del mismo.
- La presencia en el territorio de un proveedor de servicios de la otra parte.

2.3. Principios consagrados

En el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios GATS de la OMC, este acuerdo TLC de Colombia y Estados Unidos de América, procura proteger el comercio transfronterizo de servicios, entendido como el suministro de un servicio: Del territorio de una Parte al territorio de otra Parte; En el territorio de una Parte, por un proveedor de esa parte, a una persona de otra parte y finalmente por una nacional de una Parte en el territorio de otra parte, el Acuerdo consagró los siguientes principios:

Trato Nacional a los proveedores de servicios: Este principio significa que cada país dará a los proveedores de otro país un trato no menos favorable que el que le dé su propios proveedores en circunstancias similares, trato nacional que también se traduce en que cada uno de los Estados de los Estados Unidos de América otorgará a los proveedores de servicios colombianos el trato más favorable que prodiga, en circunstancias similares, a cualquier proveedor de servicios de Estados Unidos de América.

Trato de la nación más favorecida: La aplicación de este principio comporta el deber de cada Parte de otorgar a los proveedores de servicios de la otra Parte un trato no menos favorable del que les otorgue a los

5 Forero Medina, Andrés. (2006). El Plan Vallejo y la Maquila de Materias Primas. Principales efectos aduaneros y cambiarios en desarrollo de los instrumentos de promoción de Exportaciones. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. (56). 91 y ss.

proveedores de servicios de cualquier otro país que no sea Parte del Tratado, en circunstancias similares.

Acceso a los mercados: Este principio se erige en una obligación para las Partes de no mantener o adoptar medias que restrinjan el número de proveedores de servicios, el número total de las transacciones o activos, el número total de operaciones de servicios, la cantidad total de producciones de servicios o de personas naturales que puedan ser empleadas en un determinado sector de servicios, o que un proveedor de servicios pueda emplear, principio que implica que las Partes no podrán igualmente adoptar medias que limiten los tipos de forma asociativa o empresa que suministra servicios.

Presencia local: Quiere decir que las Partes no podrán exigir a los proveedores mantener o establecer oficinas de representación u otra forma de empresa o ser residente en su territorio, como requisito para el suministro transfronterizo de servicios.

2.4. Autorizaciones para la prestación de un servicio por un proveedor de otro Estado

Una vez revisados los principios incorporados en el Acuerdo TLC, debe destacarse que si bien cada uno de los Estados Partes puede exigir autorizaciones para la prestación de un servicio por parte de un proveedor de otro Estado, estas deben basarse en un criterio objetivo e imparcial, como la competencia y habilidad para prestar un servicio e informar acerca de la decisión de la autorización en un tiempo razonable, de modo que las reglas no se constituyan en una barrera u obstáculo para el suministro del servicio.

En tal sentido si bien es cierto los países son autónomos para establecer los requisitos para el reconocimiento (homologación) de títulos, no lo es menos que habida cuenta que el acápite de servicios hace especial referencia a la prestación de servicios profesionales transfronterizos que precisan acreditación y licenciamiento, se creó un grupo de trabajo (el cual forma parte de la institucionalidad del Acuerdo), por iniciativa de Colombia, cuya agenda de trabajo está enfocada a la fijación de estándares de licenciamiento y certificaciones con el reconocimiento recíproco de agremiaciones profesionales.

Finalmente, Colombia logró negociar una de las mejores reservas culturales en cualquier TLC, en el sentido que se preservan los derechos constitucionales sobre los territorios de los grupos étnicos y el Gobierno conserva la discrecionalidad para legislar en favor de dichos grupos y se destaca que se preservó la legislación vigente en materia de televisión.

3. Mecanismo de protección y estímulo a la inversión extranjera en Colombia y Colombiana en el exterior en el marco del TLC

3.1. Garantías a la inversión extranjera en el Acuerdo TLC

Mediante la consagración de los principios de trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato y tratamiento en caso de contienda el Acuerdo, se dota de protección a los inversionistas y las inversiones cubiertas procedentes de la otra Parte.

A continuación nos ocuparemos de los dos últimos mencionados, así:

Nivel mínimo de trato: Se refiere a conceder a las inversiones un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, lo cual involucra un trato justo y cobertura plena en lo referente a seguridad.

Tratamiento en caso de contienda: Significa que en el evento en que, debido a contiendas civiles o conflictos armados, se evidencien pérdidas en las inversiones, los inversionistas tendrán derecho a un trato no discriminatorio entorno a las medias que adopte el Estado. (V. gr. Expropiación o por la destrucción de la inversión), tendrán derecho a la restitución, compensación o ambas, por la pérdida.

Es pertinente hacer énfasis en que dentro del ámbito del Tratado las causales de expropiación previstas en nuestra Carta Fundamental serán las que se apliquen respecto de un inversionista en Colombia.

Adicionalmente, es pertinente hacer énfasis en que dentro del ámbito del Tratado las causales de expropiación previstas en nuestra Carta Fundamental serán las que se apliquen respecto de un inversionista en Colombia.

Expuesto lo anterior es de resaltar que la expresión «inversión cubierta» alude a todo activo propiedad de un inversionista o por él controlado bien de manera directa o indirectamente, siempre y cuando cumpla con las características de una inversión, esto es, el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener utilidades, o la asunción del riesgo.

3.2. Respeto de los derechos del inversionista sobre sus inversiones

Lo establecido en el Acuerdo se encuentra acorde con todas las restricciones consagradas por nuestra Constitución Política en la materia y contempla normas sobre estabilidad jurídica que nos que imponen una mutua disciplina institucional. Se reconocen excepciones por motivos de orden público, el mantenimiento de los monopolios rentísticos del estado y el control de capitales.

También se logró aclarar que los motivos de expropiación previstos en nuestra Constitución son los que se aplicarán para medir cuando ocurre dicha situación respecto de un inversionista en Colombia. Así mismo, se logró acotar la cobertura de la deuda pública al trato nacional y al trato de la nación más favorecida y que su simple incumplimiento no dé lugar a reclamación bajo del tratado.

Así mismo, se logró limitar la cobertura de la deuda pública al trato nacional y al trato de la nación más favorecida de manera que su simple incumplimiento no dé lugar a reclamación bajo del tratado.

3.3. *Síntesis*

El acápite de inversión contemplado en el Acuerdo se ocupa de los siguientes aspectos:

- El trato no discriminatorio para el inversionista
- El trato mínimo al inversionista (Que garantice su protección física y jurídica).
- Libre transferencia de capitales (Relacionados con la inversión).
- Ausencia de requisitos en lo que respecta al desempeño de las inversiones y requisitos de nacionalidad para los directivos y/o administradores de las inversiones.
- Respeto a los derechos del inversionista respecto de sus inversiones.

4. **Medidas de defensa comercial de los empresarios colombianos en el TLC**

4.1. *Medidas de salvaguardia*

Si la reducción o eliminación del arancel aduanero acarrea un daño grave o constituye una amenaza a un determinado sector de la producción Colombiana similar o competidor directo con el producto respecto del cual se redujo o eliminó el arancel, Colombia podrá aplicar medidas de salvaguardia. Dicha medida podrá consistir en:

- 4.1.1. *Suspender la reducción futura de la tasa arancelaria que se consagró en el Acuerdo.*
- 4.1.2. *Aumentar la tasa arancelaria para la mercancía a un nivel que no supere el menor de:*
 - a. La tasa arancelaria de nación más favorecida aplicada en el momento en que se aplique la medida y
 - b. La tasa arancelaria aplicada la nación más favorecida el día anterior a la entrada en vigor del Acuerdo.

Es importante poner de presente que la Parte que aplique la salvaguardia deberá proporcionar la compensación acordada con el otro Estado Parte de liberalización comercial en forma de concesiones que tengan efectos equivalentes al valor de los impuestos adicionales que se esperan como efecto de la medida.

4.2. Límites a la salvaguardia

La medida de salvaguardia únicamente podrá ser adoptada por la Parte luego de una investigación que realice la autoridad competente, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo sobre Salvaguardias y, en todo caso, ninguna Parte podrá mantener la media de salvaguardia:

- Excepto en la medida y durante el período necesario para prevenir o remediar el daño grave y facilitar el ajuste.
- Por un periodo que exceda dos años; excepto que este período se prorrogue por dos años adicionales, si la autoridad competente determina, de conformidad con los procedimientos estipulados en el Artículo 8.3, que la medida sigue siendo necesaria para evitar o remediar un daño grave y facilitar el ajuste y que existe evidencia que la rama de producción nacional se está ajustando; o
- Con posterioridad a la expiración del periodo de transición.

4.3. Antidumping y derechos compensatorios

En este punto ambas Partes mantienen los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas con ocasión del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, establecido en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo cual quiere decir que cualquiera de los Estados Parte cuenta con atribuciones para adoptar medidas contra la importaciones de productos, cuyo precio de exportación sea menor a su precio normal en el mercado interno del país que realiza la exportación, por lo cual tal proceder acarrea un perjuicio a un sector de la producción nacional.

Por tanto, dentro de este escenario, el Acuerdo contempla las reglas para establecer si un producto está siendo objeto de dumping así como para determinar la aplicación y duración de las medidas antidumping, entre otros.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

No puede ignorarse que el panorama regulatorio colombiano en aspectos comerciales ha sido modificado sustancialmente con la entrada en

vigencia desde el 15 de Mayo de 2012, del Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos de América, con la Ley 1143 de 2007 y la Ley 1166 de 2007, en aspectos que generan necesarias adaptaciones para las empresas y los negocios tanto del mercado interno como del Comercio Internacional.

Es necesario realizar a la par con la nueva regulación vigente, los correspondientes ajustes en los proyectos empresariales considerando el impacto generado en materia aduanera, acceso preferencial, requisitos arancelarios, barreras sanitarias y técnicas y los aspectos comercial y contractual.

Aspectos como el acceso preferencial a los mercados con el cumplimiento de requisitos y reglas de origen, los compromisos para realizar reformas al régimen del contrato de la Agencia Comercial, el comercio de los Servicios Transfronterizos, las medidas de defensa comercial, el cumplimiento de los requisitos sanitarios fitosanitarios y reglamentos técnicos con certificaciones de calidad, constituyen herramientas importantes que deben ser consideradas por el conjunto de los empresarios colombianos, para la adecuada planeación de sus negocios internacionales, con los Estados Unidos de América en el nuevo escenario generado por el Tratado de Libre Comercio. Las herramientas de la asociatividad empresarial con los empresarios en el mercado interno y con los empresarios en el mercado internacional, y el aprovechamiento del Tratado de Libre Comercio, implican una revisión permanente y asumir ajustes conforme a la regulación establecida que garantice nuevas condiciones de seguridad y estabilidad a largo plazo en los negocios internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Londoño, Luis Fernando. S.J. (2005). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Bouza, Roberto (2007). *Después de Doha: La Agenda emergente del sistema de Comercio Internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- Cadavid López, Aurelio (2011). *Escritos y Crónicas, la sociedad del Futuro*. Colección Tomás Moro. Bogotá: Kimpress
- Lozano Ortiz, María Clara. y Barbosa Mariño, Juan David (2011) *Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos*. Edición Bilingüe (1a. ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Forero Medina, Andrés (2006). *El Plan Vallejo y la Maquila de Materias Primas. Principales efectos aduaneros y cambiarios en desarrollo de los instrumentos de promoción de Exportaciones*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. (56) 91 y ss.

- Forero Medina, Andrés (2008). El Derecho Aduanero y los Acuerdos de Integración - Un Antecedente Histórico y el Impacto actual en la planeación de las operaciones de Comercio Exterior. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. (58). 119 y ss.
- González, Flavio Floreal (2001). *Dumping y Subsidios en el Comercio Internacional*. Buenos Aires. Ad- Hoc.
- Lozano Ortiz, María Clara y Barbosa Mariño, Juan David (2011). *Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos - Edición Bilingüe (1a. ed.)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Martínez Neira, Néstor Humberto (2009). *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. Bogotá: Abeledo Perrot.
- Parra, José Eurípides (2005). *Sociedades Extranjeras y Negocios Internacionales*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Sorel, Jean Marc (2004). *Resolución de Litigios en la OMC*. Buenos Aires, Argentina.
- Torres Reina, Danilo (2011). *Sesenta Años de la política comercial en Colombia. Del Letargo de la protección al salto al vacío de la apertura*. Bogotá: Universidad de Bogotá: Jorge Tadeo Lozano.

EL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL: LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y EL COMERCIO EXTERIOR COLOMBIANO

Camilo Castrillón Velasco¹
Andrea Rojas Rozo²

Fecha de Aceptación: Mayo 15 - 2014

Resumen

Las Sociedades de Comercialización Internacional constituyen una de las diferentes herramientas de comercio exterior existentes en el país enfocadas en fortalecer las exportaciones nacionales. Desde su creación con la ley 67 de 1979 y a partir del año 2012 su régimen ha sido objeto de diferentes modificaciones; normativas que preocupan no solo por la disminución alarmante de compañías operando bajo esta figura, sino también porque el enfoque del régimen actual, como sucede con otras figuras de promoción del comercio exterior, tiende a que cada vez menos personas, naturales o jurídicas, puedan acceder a sus beneficios, impactando de forma directa el comercio exterior nacional.

Palabras clave: Sociedades, comercialización, promoción, exportaciones.

Abstract

Among the different foreign trade mechanisms currently existing in Colombia, the International Trading Companies (ITC's) are focused in strengthening the Colombian export sector. Since the rules created by law 67 from 1979, and the first quarter of 2012 and by means of the issuance of certain regulations by the Colombian Tax and Customs Authority, the number of ITC's operating within the country have dropped dramatically. This situation is creating certain concerns in the customs and foreign trade industry as fewer companies devoted to pull the exports of the country are

- 1 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en temas aduaneros, cambiarios y de comercio exterior.
- 2 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana.

operating under that special figure due to the hardening of the requirements to access it.

Key words: Trading, companies, foreign, trade, exports.

El régimen de las Sociedades de Comercialización Internacional (en adelante C.I's) surgió a la vida jurídica en el año de 1979 con la expedición de la Ley 67 del 26 de diciembre de tal año, Ley Marco de las sociedades de comercialización internacional. Dicha norma fue desarrollada por el Decreto 1470 de 1994 y por el Decreto 093 de 2003, entre otras regulaciones³, siendo este último aquel que fijó los derroteros esenciales para el desarrollo de la misma en pro del desarrollo del comercio exterior colombiano.

En su génesis las C.I's fueron concebidas como formas de colaboración y asociatividad empresarial, como compañías que contribuirían a la formalización de las exportaciones del país permitiendo que pequeñas y medianas empresas, de forma asociada o como proveedores en la cadena, accedieran a la realización de exportaciones a los mercados internacionales a través de un tercero especializado en el manejo de este tipo de operaciones contando, adicionalmente, con una relación comercial directa y estable con compradores del exterior.

En esencia las C.I's han estado fundadas bajo pilares similares a pesar del paso del tiempo. Específicamente estas sociedades han contado con definiciones en tres normas, a saber: la Ley 67/1979, el Decreto 1740 de 1994 la reforma del Decreto 093 de 2003 y, en la actualidad, mediante el Decreto 380 de 2012 que modifica y adiciona el Decreto 2685 de 1999 Estatuto Aduanero vigente, en esta materia. Esta última norma las define como *«las personas jurídicas que tienen por objeto social principal la comercialización y venta de productos colombianos al exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas»*⁴.

3 Además de estas normas las C.I's estuvieron desarrolladas entre otras regulaciones por las siguientes: Decreto 4721 de 2005, Resolución 1894 de 2003, Resolución 053 de 2004, Concepto 001 de 2003 DIAN.

4 La Ley 67 de 1979 hoy en día vigente y coexistente con el Decreto 380/13, define las C.I's de la siguiente forma: « (...) **Artículo primero.** Con el fin de fomentar las exportaciones de conformidad con los términos de la presente Ley y en desarrollo del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Gobierno podrá otorgar incentivos especiales a las sociedades nacionales o mixtas que tengan por objeto la comercialización de productos colombianos en el exterior. Entre sus actividades dichas compañías podrán contemplar también la importación de bienes o insumos, bien sea para abastecer el mercado interno o para la fabricación de productos exportables.»

Vale la pena resaltar que la definición del Decreto 380 de 2012, zanjó una discusión que previamente había sido objeto de pronunciamientos por parte de la DIAN⁵ y el Ministerio de Comercio Exterior⁶, relacionada con la posibilidad de que sociedades cuya participación accionaria mayoritaria o en el capital social fuese de inversionistas extranjeros pudiesen estar amparadas bajo el régimen de las C.I's⁷. Hoy en día con la definición vigente es claro que el requisito principal para obtener esta habilitación es que se trate de una «*persona jurídica*» sin importar si su composición social mayoritaria es de nacionales o extranjeros.

Al margen de lo anterior y entrando en materia, el régimen de las C.I's fue objeto de estigmatización en el año 2011 por cuanto la figura fue utilizada en abuso del derecho, y fraudulentamente para desfalcar al Estado mediante la simulación de exportaciones y operaciones de compras internas inexistentes, solicitando cuantiosas devoluciones del impuesto IVA sin justificación real ni legal. Como consecuencia directa de este escándalo públicamente difundido, la DIAN, en vez de incrementar su actividad en desarrollo de sus funciones de fiscalización, como hubiera sido lo más adecuado, determinó que la solución era cerrar al máximo el acceso a la figura a través de la modificación cada vez más restrictiva de su régimen y regulación.

Lo anterior se explica cuando es la entidad encargada del recaudo tributario es a la vez la misma que a su vez tiene a cargo el manejo y coordinación de algunas de las herramientas de promoción del comercio exterior más importantes del país, generando una contradicción interna. Valga la pena en este paréntesis señalar cómo desde el año 2005⁸ con el traspaso de diferentes funciones de promoción de exportaciones del Ministerio de Comercio Industria y Turismo a la DIAN, algunas herramientas de comercio exterior vitales para el desarrollo del país como las Zonas Francas, el Plan Vallejo y las mismas C.I's, pasaron a ser administradas y reguladas por tal entidad, eliminando, en criterio de los autores de este artículo, la finalidad para la cual fueron creadas, toda vez que su propósito de negocio y promoción de las exportaciones colombianas fue modificado, lastimosamente, por una visión centrada en el control y la fiscalización de las actividades de comercio exterior.

5 Concepto 530001-26 del 19 de abril de 2007.

6 Memorando OJ 1214 de 2003 y OJ 0084 de 2004.

7 Esto por cuanto la definición del Decreto 093 hacía referencia a que las C.I's podían ser sociedades nacionales o mixtas, y era de entendimiento de la DIAN que la referencia a sociedades mixtas eran aquellas con inversionistas extranjeros en los términos de la decisión 291 de la CAN y no mixtas en el sentido del Código de Comercio colombiano, que era el entendimiento adecuado.

8 Decretos 4269 y 4271 del 23 de Noviembre de 2005.

En razón de lo anterior, con la renovación de una regulación mas restrictiva (en el entendido de la DIAN) del régimen de las C.I's, el Decreto 380 incluyó un artículo (Art. 15 hoy derogado) que estableció la necesidad de que las C.I's existentes debiesen homologarse a fin de poder seguir realizando sus actividades y obtener los beneficios⁹ propios de dicha calificación. En este sentido, el artículo 15 estipulaba nuevas condiciones para operar:

«las sociedades de comercialización internacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto ya se encuentren inscritas, deberán adelantar el trámite de homologación cumpliendo los requisitos previstos en este decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a su vigencia».

Sin embargo, no satisfecho el legislador gubernamental con este mandato, estableció que:

«La inscripción de las sociedades de comercialización internacional que no adelanten el trámite de homologación, quedará sin efecto sin necesidad de acto administrativo que así lo declare.»

Como se ve, el mensaje de la Administración era claro, o las C.I's se adaptaban a los nuevos requisitos del Decreto 380, que creaba un oneroso régimen de garantías, además de exigir patrimonios líquidos y montos de exportación mínimos¹⁰, o estas perdían la calificación como tal. Solamente grandes exportadores habrían de tener acceso a los beneficios de la figura dejando a las pequeñas y medianas empresas excluidas.

Para la época, de acuerdo con pronunciamientos de la DIAN, existían más de 3600 C.I's en el país. En la actualidad, basados en la información pública disponible¹¹, a abril de 2014 existen tan solo 202 C.I's vigentes.

9 En la Actualidad las C.I's cuentan con las siguientes prerrogativas: (i) Cuando el gobierno lo determine podrán obtener el Certificado de Reembolso Tributario, CERT, por las exportaciones realizadas. La distribución del certificado de reembolso tributario deberá ser acordada con el productor. (ii) Comprar o adquirir bienes en el mercado nacional exentos del pago de IVA en los términos previstos en los artículos 479 y 481 del E.T, siempre y cuando estos sean exportados dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de expedición del correspondiente CP. (iii) No están sometidos a la retención en la fuente establecida en los artículos 5 del decreto 1512/85 y 2 del decreto 3715/86, los pagos o abonos en cuenta que efectúen las C.I, por concepto de compras con destino a la exportación, siempre y cuando estas expidan el respectivo CP.

10 Al 6 año se deberán acreditar exportaciones por valor de quinientos mil dólares (USD500.000) realizadas en el mencionado año, o el mismo valor, como promedio anual de las realizadas durante los últimos tres (3) años.

11 <http://www.dian.gov.co/dian/15servicios.nsf/a27988eda7d5ed3305256ef6007ee0c5/eb84436bafa289b5052574e8005c0440?OpenDocument>

Esto quiere decir que del 100% de las C.I's existentes en el país a inicios de 2012, tan solo quedó en operación un 5.6% de esas entidades de promoción asociativa de las exportaciones. Esta es una cifra alarmante que puede ser leída de varias formas, una de ellas en el sentido de mostrar la aparente ineficiencia de esta figura en su aporte al comercio exterior nacional, toda vez que esta disminución repentina comprobaría la poca eficacia de dicha herramienta en el acceso de productos colombianos a mercados externos. Sin embargo, también podría argumentarse que el ajuste normativo realizado por el Decreto 380, so pretexto de depurar los usuarios de la figura, terminó por limitar el acceso a una figura de comercio exterior de vital importancia para el desarrollo de las exportaciones del país a muchas cadenas productivas que ya no tienen acceso a sus beneficios.

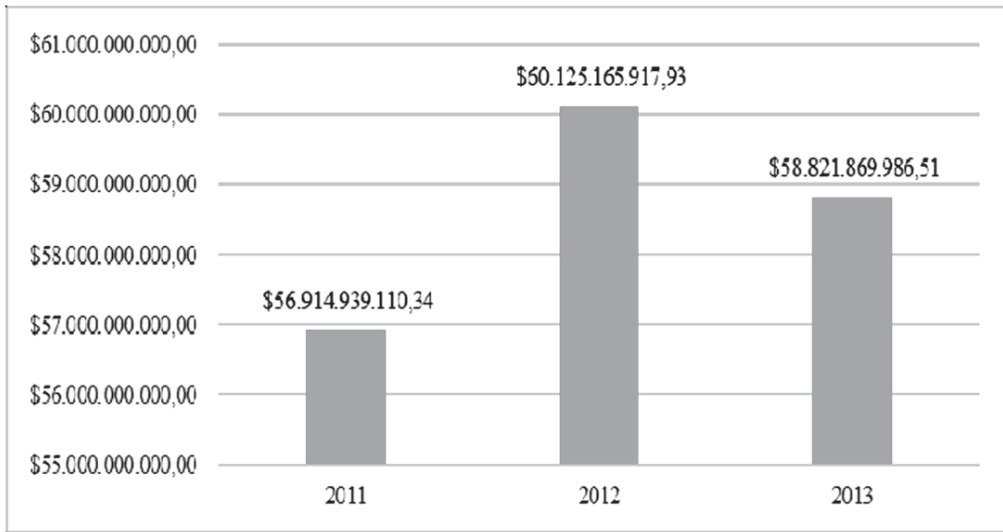
Tras revisar cifras proporcionadas por Proexport Colombia¹² sobre el monto en valores FOB de las exportaciones totales realizadas en Colombia por parte de C.I's, durante los años 2011, 2012 y 2013 (esto es, en fechas previas y posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 380), es posible afirmar que la entrada en vigor del Decreto 380 y sus diferentes disposiciones reglamentarias han tenido un impacto negativo en el comercio exterior colombiano, en particular relacionado con la disminución de las C.I's y la cadena de las exportaciones indirectas.

En efecto, queremos resaltar como desde el año 2011 los montos de exportación de las C.I's han descendido de forma constante. Así, se pasó en el 2011 de exportar COP 4.928.831.529 a COP 4.534.878.805 en 2012 y COP 4.421.615.520 en 2013. Estas cifras son una muestra real del impacto de los ajustes realizados por las regulaciones y controles de la DIAN al régimen de las C.I's y plantean un debate importante sobre el impacto legislativo en el desarrollo del comercio exterior del país.

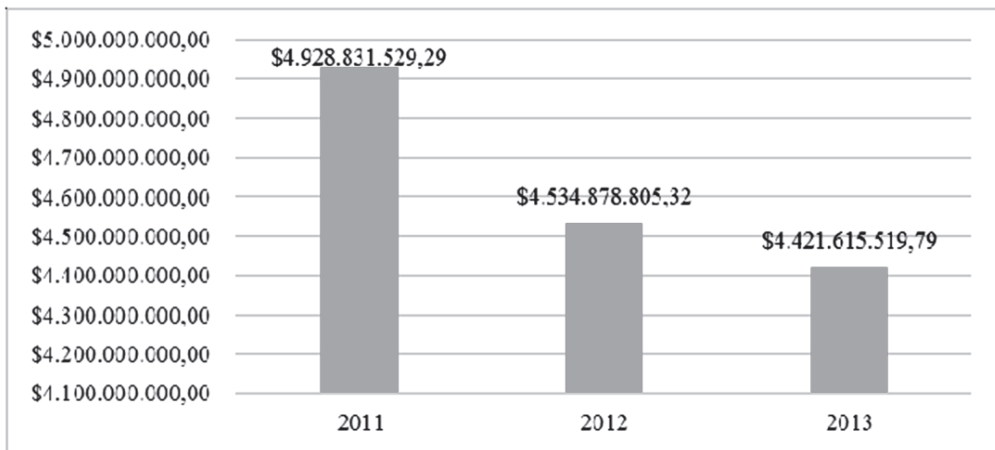
La gráfica 1 permite visualizar la tendencia de las exportaciones totales colombianas hacia el resto del mundo, durante los años 2011 a 2013. La gráfica 2 permite visualizar la tendencia de las exportaciones realizadas a través de C.I's durante el mismo periodo de tiempo.

Teniendo en cuenta únicamente el valor FOB de las exportaciones totales, es claro que la tendencia de las exportaciones totales de Colombia hacia el resto del mundo no justifica la disminución de las exportaciones realizadas a través de las C.I's. Por el contrario, demuestra que la utilización de la figura para realizar las exportaciones ha disminuido considerablemente desde el 2012.

12 Basadas en cifras del DANE.



Gráfica 1. Valor FOB USD de las exportaciones totales.



Gráfica 2. Valor FOB USD de las exportaciones realizadas a través de CI.

Al margen de lo anterior, el régimen de homologación y, en mayor medida, la gravísima consecuencia de no realizar dicha actuación ante la administración tuvo un tratamiento bastante particular a nivel normativo por parte el Gobierno como mostraremos a continuación:

En primer lugar, con posterioridad a la entrada en vigencia¹³ del Decreto 380 de 2012 que otorgaba 6 meses para realizar la homologación de

13 Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48345. 16, febrero 2012., pág. 2.

la calificación, esto es hasta el 17 de agosto del año 2012, se emitió el Decreto 1727 el 16 de agosto de 2012 (un día antes de vencerse el término otorgado) el cual modificó el plazo de homologación de requisitos inicialmente establecido, de 6 a 9 meses. Por lo tanto, el plazo para perder la condición de C.I de «*pleno derecho*» en los términos del Art. 15 del Decreto 380 vencía el día 17 de noviembre de 2012. En este punto queremos resaltar que cualquier C.I en el país, que no hubiese presentado la solicitud de homologación antes del 17 de noviembre de 2012, perdería su calificación como tal *ipso jure con un decaimiento del acto administrativo que la autorizaba*.

Teniendo claridad sobre lo anterior, y ante la preocupación derivada de las pocas homologaciones presentadas que prácticamente eliminaban a los usuarios del acceso a este régimen, el Gobierno emitió el Decreto 2766 del 28 de diciembre de 2012, que incluyó un muy particular artículo 3 que establecía:

«Artículo 3. Derógase el artículo 15 del Decreto 380 del 16 de febrero de 2012, modificado por el artículo 2 del Decreto 1727 de 2012. En consecuencia, las Sociedades de Comercialización Internacional que se encontraban autorizadas con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 380 de 2012, continuarán vigentes sin necesidad de homologación.

Parágrafo. Las solicitudes de homologación que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto se encuentren en trámite, serán archivadas.» (Subrayado fuera del texto original)

La naturaleza de este artículo presenta un verdadero reto en relación con la aplicación de las reglas de aplicación de las normas en el tiempo ya que su efecto retroactivo derogó de tajo una norma que a su vez ordenaba finalizar «*de pleno derecho*» una calidad aduanera especial en caso de no haberse presentado, en término, una solicitud de homologación de la misma. En otras palabras, el artículo 3 regresó a la vida las C.I's que por descuido (dejar vencer un término) o por mera voluntad habían dejado de existir al no haber presentado su solicitud homologación ante la DIAN antes del 17 de noviembre del año 2012.

El gran problema de una norma como esta planteada es que premia a los incumplidos, toda vez que su calificación como C.I quedó incólume a pesar de su incumplimiento a los deberes legales, y terminó castigando a aquellos sujetos que siguiendo el contenido de la norma, habían decidido, voluntariamente, no continuar operando como C.I's y por lo tanto, desde el 18 de noviembre de 2012 (día en que de pleno derecho ya no eran C.I) habían empezado a ejercer su objeto social sin dar cumplimiento a las exigencias



propias del régimen de estas sociedades. Así las cosas, es posible ver como compañías que siguiendo al pie de la letra el contenido del artículo 3 del Decreto 2766 de 2012 comenzaron a hacer compras a proveedores locales sin la expedición de los certificados al proveedor, hoy en día cuentan con sanciones por incumplimiento de las obligaciones propias de dicho régimen.

Normas como el artículo 3 precitado dan muestra de la improvisación de la Administración Aduanera para darle curso a las herramientas de comercio exterior vigentes, y constituyen una «pequeña-gran» muestra de la inseguridad jurídica a la que se encuentran sometidos los usuarios de los servicios aduaneros en el país orientados a la actividad exportadora. Sin embargo, el viacrucis padecido (no encontramos otro término más adecuado) de las C.I.'s no para allí. Como veremos a continuación, el régimen de garantías impuesto para estas sociedades, tras interpretación de la DIAN sobre su aplicación se ha convertido en un elemento restrictivo para el desarrollo de sus operaciones y como consecuencia para el sector exportador nacional que opera a través de esta figura.

RÉGIMEN DE GARANTÍAS

En la actualidad, las C.I.'s a fin de poder operar en el país deben contar con una garantía global que ampare el riesgo del incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que se generen en ejercicio de las actividades propias de estas sociedades. El Decreto 380 de 2012 (artículo 2, que adicionó el artículo 40-3 al Decreto 2685/99) reguló todo lo relacionado con dicha garantía exigida por el Decreto 2766 de 2012 y modificada por el Decreto 112 de 2013 que nuevamente amplió el plazo de uno a tres meses mas para presentar la póliza de Garantía ante la DIAN. La renovación de la póliza antes mencionada está regulada por el artículo 501 de la Resolución 42420/00 que consagra:

En la actualidad, las C.I.'s a fin de poder operar en el país deben contar con una garantía global que ampare el riesgo del incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que se generen en ejercicio de las actividades propias de estas sociedades.

«Artículo 501. Término para la renovación de las garantías globales. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Resolución 904 de 2004.> Para la renovación de las garantías globales, estas deberán ser entregadas por el obligado a la dependencia competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a más tardar dos (2) meses antes del vencimiento de su vigencia.

<Inciso modificado por el artículo 6 de la Resolución 11375 de 2010>
Si la renovación de la garantía no se presenta antes del vencimiento de su vigencia, la inscripción, reconocimiento, autorización o habilitación quedará sin efecto a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento de la garantía aprobada, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare.» (Subrayado fuera del texto original)

Con base en la redacción de esta norma, en especial de su primer párrafo, la DIAN ha interpretado que el término de los dos meses para presentar la renovación respectiva es perentorio y no indicativo para los administrados. Esta situación ha traído nefastas consecuencias para el desarrollo de las actividades por parte de las C.I's, toda vez que dicha entidad entiende que toda renovación de la garantía entregada después de los dos meses (aún antes del vencimiento de su vigencia) constituye un incumplimiento del artículo 501, por lo cual procede la «suspensión» de la calificación como C.I. Como consecuencia de lo anterior, el sistema MUISCA queda automáticamente bloqueado y la compañía entra en un estado de «muerte temporal» hasta cuando la Administración decida de fondo la solicitud de renovación, lo cual puede tomar meses en caso de que se emita un acto de solicitud de información adicional.

A la luz de lo anterior, queremos resaltar la inadecuada interpretación que la DIAN está dando a este artículo, toda vez que los dos meses mencionados por la norma constituyen una mera invitación para que las C.I's presenten la renovación de su garantía global antes del término señalado, de otra forma como se explica la redacción del inciso de dicho artículo, el cual dispone que la sanción correspondiente a «dejar sin efecto» la habilitación otorgada aplica «*si la renovación de la garantía no se presenta antes del vencimiento de su vigencia*». Como se observa, no se hace ya referencia a los dos meses del primer párrafo, por lo cual tal renovación podría presentarse hasta al último día de vigencia de la garantía sin que se afecte la vigencia de la calificación.

La interpretación antes realizada está soportada, no solo desde la literalidad de la norma, sino también desde el análisis histórico de la misma, ya que antes de su modificación en el año 2010 (artículo 6 de la Resolución 11375) establecía en su inciso segundo que si la renovación de la garantía no se presentaba «*a más tardar un (1) mes antes del vencimiento de su vigencia, la inscripción, reconocimiento, autorización o habilitación quedará sin efecto a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento de la garantía aprobada*». Es decir, en ese momento sí se imponía un término perentorio de un (1) mes para realizar la presentación de la renovación de la garantía antes de su vigencia, de ahí que la modificación del mismo en el sentido de no

señalar ninguna limitación en el tiempo ampara la presentación en cualquier tiempo antes del vencimiento de la garantía global.

Finalmente, Mediante Concepto No. 077054 del 29 de Noviembre de 2013 Rad. 100202208 1785 de la misma fecha, la Dirección de Gestión jurídica de la DIAN dió respuesta a la solicitud de la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero de la DIAN, relacionado con el tratamiento e interpretación sobre la exigencia de constitución de las garantías para las sociedades de Comercialización Internacional. En reciente concepto No. 0284661 del 9 de Mayo de 2014 y Rad 100202208 536 del 8 de Mayo de 2014, la misma Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN confirma la posición asumida, según la cual «el término de 4 meses previsto por el artículo 4 del Decreto 2766 de 2012, modificado por el artículo 1 del Decreto 112 de 2013 es de carácter perentorio; es decir, su incumplimiento acarrea para la Sociedad Comercializadora Internacional la consecuencia nociva descrita en el artículo 82 del Decreto 2685 de 1999, esto es, la ineficacia instantánea de su autorización, (negrilla fuera de texto), « la expresión resaltada alude a la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo de autorización por el cumplimiento de la condición resolutoria a que se encuentra sometido, que no es otra que el incumplimiento en la constitución y entrega de la garantía fijada por el artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, en los términos consignados por el artículo 4 del Decreto 2766 de 2012».

Frente a esta doctrina oficial asumida por la DIAN, el acceso a la constitución y renovación de las comercializadoras internacionales quedan sometidos a la aprobación de las garantías exclusivamente y al seguimiento y renovación de las pólizas y los requisitos señalados por la Resolución 19 de 2013 de la DIAN. Finalmente, queremos llamar la atención sobre la sanción de «suspensión» que arbitrariamente impone la DIAN en los casos en que la renovación de la garantía se presenta con posterioridad a los dos meses antes de la expiración de su vigencia, toda vez que no existe un fundamento legal para su aplicación. Adicionalmente, el detrimento económico generado por su imposición es incalculable e irreversible, toda vez que, detiene las compras por parte de las C.I's, ya que no tienen acceso al sistema informático a fin de expedir los Certificados al proveedor así como para desarrollar de forma ordinaria sus labores empresariales y de comercio exterior.

OBJETO ÚNICO DE LAS CI'S Y DESARROLLO DOCTRINAL

Como lo mencionamos previamente, el Artículo 40-1 del Estatuto Aduanero, adicionado por el Decreto 380 de 2012, es la norma que define las

C.I's, sus características y en particular su objeto social. Alrededor de este tema se ha presentado una discusión que radica en la posibilidad de que las C.I's puedan recibir mercancías destinadas a la exportación amparadas en un contrato que no configure un título traslativo de dominio, como es el caso de un contrato de mandato o de consignación.

De conformidad con el Artículo 40-1, el objeto social principal de las C.I's es la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, que hayan sido adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores que sean sus socios. Sobre el objeto social secundario o auxiliar, el artículo simplemente hace referencia a que debe contemplar actividades que guarden relación con la anterior función o que estén encaminadas a permitir la sostenibilidad económica y financiera de la sociedad. Adicionalmente, estas podrían realizar importaciones de bienes o insumos para abastecer el mercado interno o para la producción de bienes exportables.

Las regulaciones aduaneras no han establecido prohibiciones particulares en cuanto a la posibilidad de que las C.I's realicen operaciones en las cuales reciban bienes al amparo de contratos en los cuales no haya la transferencia de dominio de los bienes a ser exportados. Si bien tales operaciones no podrían quedar enmarcadas dentro del objeto social principal, pues a todas luces únicamente se refiere a la adquisición de bienes para exportarlos, tendrían cabida en el objeto social secundario como actividades auxiliares de la primera.

No obstante lo anterior, la DIAN ha mantenido en sus conceptos una tesis doctrinal muy restringida en relación con las actividades que pueden ser desarrolladas por parte de las C.I's. En estos la DIAN ha concluido que es un requisito para la aplicación de los beneficios de la figura, que las C.I's sean titulares del derecho de dominio sobre las mercancías a ser exportadas, pues de lo contrario se estaría extralimitando el objeto social permitido por la norma para estas sociedades.

Uno de dichos pronunciamientos de la Administración es el concepto 46831 del 24 de julio del 2012, en el cual la DIAN manifestó:

«De las normas que se citan se evidencia con claridad que las Sociedad de Comercialización Internacional solamente se encuentran autorizadas para adquirir mercancías en el mercado nacional que posteriormente van a ser exportadas. Es decir que su objeto social implica de manera inobjetable que las mercancías que reciba la Sociedad de Comercialización Internacional deben estar amparadas en un contrato de compraventa; razón por la cual las disposiciones citadas señalan de manera expresa

que su objeto social está circunscrito a la adquisición o compra de mercancías que posteriormente van a ser exportadas.

Esta condición tiene su razón de ser en el hecho que para el proveedor se presume la exportación desde el momento en que la Sociedad de Comercialización Internacional recibe las mercancías y expide el Certificado al Proveedor, procediendo en consecuencia la solicitud de los beneficios tributarios a que hacen referencia los artículos 479 y 481 del Estatuto Tributario».

Conforme a la anterior interpretación de la DIAN, una C.I no podrá recibir una mercancía por virtud de un contrato de intermediación. Dicha posición fue confirmada mediante el concepto 21844 de 2013, cuya reconsideración fue solicitada a la luz de algunas consecuencias prácticas de la restricción, que son las siguientes:

1. La interpretación reduce el objeto social de las C.I's.
2. La DIAN está desconociendo los instrumentos de intermediación que permiten cumplir con la finalidad de las C.I's.
3. Exigir la transmisión del derecho de dominio sobre los bienes a ser exportados implica que se transmiten obligaciones tributarias y mercantiles que no hacen parte de la razón de ser de las C.I's.
4. La derogatoria de la prohibición de la transferencia a cualquier título de mercancías entre C.I's tiene como finalidad que se faciliten y agilicen las operaciones de comercio exterior.

Aun cuando estos cuatro puntos, que son suficientes para que la Administración hubiese reconsiderado su posición restrictiva, en lugar de hacerlo la confirmó haciendo una interpretación que en nuestra opinión, no es aplicable a la discusión antes planteada.

Haciendo un análisis de la obligación aduanera descrita en los Artículos 3 y 4 del Estatuto Aduanero de cara a la finalidad de las C.I's en Colombia, la DIAN concluyó que en la medida en que no existe una norma que habilite a estas para actuar como mandatarios de los proveedores para figurar como declarantes, entre ellas siempre deberá existir una transferencia de dominio de las mercancías a ser exportadas. Esta tesis confunde la intermediación aduanera, propia de las agencias de aduanas, con la intermediación desde el punto de vista contractual y comercial.

Además de estos dos pronunciamientos, mediante el concepto 65122 de octubre 11 de 2013, la DIAN señaló que si una C.I realizaba la expedición de Certificados al Proveedor, al recibir bienes o mercancías amparadas en un contrato de intermediación y no en un título traslativo de dominio, estaba

cometiendo la infracción aduanera contemplada en el Artículo 501-2¹⁴ por tratarse de una compra inexistente.

La tesis doctrinal anteriormente expuesta podría ser revisada atendiendo a algunos análisis que permitirían armonizar la finalidad de la expedición del Decreto 380 de 2012, con la eficiencia de la figura. Por ejemplo, valdría la pena replantear esta posición restrictiva a la luz de las legislaciones comerciales que rigen la constitución de una sociedad, en particular la determinación de sus estatutos sociales en donde debe quedar plasmado el objeto social. El Artículo 99 del Código de Comercio, estableció que *«la capacidad de una sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto»*. De allí se deriva que se establezca un *«objeto social principal, que son todas las actividades que puede desarrollar una empresa, y un objeto social secundario, compuesto por los actos que sirven como medio para cumplir sus actividades principales»*. Ahora bien, en el objeto social secundario podría contemplarse que las C.I's puedan recibir mercancías amparadas en relaciones de intermediación, todo lo cual ha sido ignorado por las interpretaciones de la Administración.

Adicionalmente, incluso atendiendo la situación coyuntural que impulsó al gobierno a tomar medidas para controlar las irregularidades que se estaban presentando alrededor de la figura, tales decisiones establecieron limitaciones que no tienen sentido desde el punto de vista de la realidad comercial de estas sociedades. Si bien tales restricciones podrían eliminar las distorsiones e irregularidades, están restando utilidad a la figura, lo cual crea incentivos negativos para la creación de nuevas C.I's, afectando la política de comercio exterior en Colombia.

Operaciones de compraventa entre C.I's

Con la expedición del Decreto 380 de 2012, se prohibió que entre estas sociedades se transfiriera el dominio de las mercancías que eran objeto de

14 «ARTÍCULO 501-2. INFRACCIONES ADUANERAS DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo adicionado por el artículo 12 del Decreto 380 de 2012.> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las Sociedades de Comercialización Internacional y las sanciones asociadas con su comisión son las siguientes:

(...)

1.4 Expedir Certificados al Proveedor por compras inexistentes.

(...)

Para las infracciones previstas en los numerales 1.1 a 1.7, la sanción a imponer será de cancelación de la autorización como Sociedad de Comercialización Internacional, sin perjuicio de la aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional de la respectiva autorización.»

exportación. En caso en que lo hicieran, la consecuencia era la comisión de la infracción estaba contemplada en el numeral 1.6 del Artículo 501-2¹⁵ del Estatuto Aduanero. Esta infracción no solamente era calificada como gravísima, sino que además era sancionada con una multa equivalente al 100% del valor señalado en el Certificado al Proveedor.

Algunos meses después de la expedición del Decreto 380 de 2012, el gobierno expidió el Decreto 2677 de 2012, que por virtud del Artículo 1° derogó la prohibición antes descrita y su correspondiente sanción.

Teniendo en mente que la derogatoria tuvo lugar tan solo diez meses después de la expedición de la disposición, cabe cuestionar cuál fue la razón por la cual se tomó esta decisión, pues la finalidad del Decreto 380 de 2012 fue la de controlar algunas prácticas fraudulentas de algunos operadores de comercio exterior que se estaban adelantando a través de la figura de las C.I.

Sobre el particular, existen dos razones vagamente expuestas por el gobierno nacional, tanto en el considerando del Decreto 2677 de 2012, como en la doctrina de la DIAN para justificar tal derogatoria. En el considerando del Decreto, se señaló que *«la diversidad de los mercados internacionales, conlleva a que estas sociedades efectúen operaciones de tipo comercial entre ellas, con el fin de suplir demandas de los productos requeridos, por lo que se hace necesario levantar la prohibición para transferir mercancías objeto de exportación entre estas sociedades.»*

Por su parte, la DIAN mediante concepto 57187 del 10 de septiembre de 2013 señaló lo siguiente:

«el objetivo de las normas en comento era prohibir a las personas jurídicas autorizadas como Sociedades Comercializadoras Internacionales, la transferencia de mercancías objeto de exportación a otras Sociedades de Comercialización Internacional bajo cualquier título,

15 Numeral derogado por el Decreto 2776 de 2012. Antes de su derogatoria establecía lo siguiente: «ARTÍCULO 501-2. INFRACCIONES ADUANERAS DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo adicionado por el artículo 12 del Decreto 380 de 2012.> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las Sociedades de Comercialización Internacional y las sanciones asociadas con su comisión son las siguientes:

(...)

1.6 Transferir a cualquier título a otras Sociedades de Comercialización Internacional, mercancías adquiridas, respecto de las cuales hubieren expedido Certificado al Proveedor;

(...)

Para las infracciones previstas en los numerales 1.1 a 1.7, la sanción a imponer será de cancelación de la autorización como Sociedad de Comercialización Internacional, sin perjuicio de la aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional de la respectiva autorización.»

pues se entendía que la producción o fabricación de bienes se orientaba al cumplimiento del objeto principal, esto es, la venta de productos a mercados externos.» (El resaltado es nuestro)

A la luz de las anteriores razones, puede afirmarse que la actualización del marco normativo de las C.I's trajo como consecuencia la pérdida de flexibilización de la figura, y en consecuencia, la disminución de parte del valor agregado que estas sociedades ofrecían al comercio exterior del país.

OPERACIONES ENTRE C.I'S Y USUARIOS DE ZONAS FRANCAS

Con anterioridad a la expedición del Decreto 380 de 2012, la DIAN sostuvo dos posiciones distintas en relación con las operaciones realizadas entre C.I y usuarios de Zonas Francas.

En la doctrina incorporada en el concepto 78 de 2005, la DIAN en principio afirmó que las ventas que haga un proveedor instalado en una Zona Franca a una C.I, es una venta al resto del territorio aduanero nacional y en consecuencia es considerado una importación. Esta posición fue replanteada en el concepto 040403 de mayo 19 de 2009, en el cual la DIAN analizó nuevamente estas operaciones, teniendo en cuenta no solamente las regulaciones vigentes en ese momento (Decreto 1740 de 19993 y Decreto 093 de 2003), sino también la finalidad de las C.I, como mecanismo para promover las exportaciones de productos colombianos.

En esta oportunidad la DIAN analizó el problema jurídico planteado a la luz de la presunción establecida para los proveedores, en la que una vez estos entreguen los bienes de exportación a las C.I's, para ellos se presume efectuada la exportación. Teniendo en cuenta lo anterior, como el destino de los bienes es el mercado externo y no la comercialización de los bienes en el mercado interno, se concluyó que la operación discutida era una exportación. La DIAN lo expresó en los siguientes términos:

«si bien de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 399 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 383 de 2007, se considera importación la introducción al resto del territorio aduanero nacional de bienes procedentes de la zona franca, debiéndose someter a las normas y requisitos exigidos a las importaciones, lo cierto es que los bienes procedentes de un usuario de zona franca que se entreguen a una sociedad de comercialización ubicada en el territorio aduanero nacional, no tienen como destino el territorio aduanero nacional sino los mercados externos y se presume efectuada la exportación una vez se entregue la mercancía a la sociedad y esta expida el certificado al proveedor correspondiente.» (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, con la expedición del Decreto 380 de 2012 hoy en día las operaciones que tengan lugar entre un usuario de una Zona Franca y una C.I, son consideradas como importaciones y en consecuencia, no solamente deberán dar cumplimiento a las regulaciones aduaneras y cambiarias aplicables a este tipo de operaciones sino que también sobre ellas no será posible expedir un certificado al proveedor.

Los anteriores cambios de posición no son solo un reflejo de la falta coherencia que rodea la legislación aduanera colombiana, sino también la falta de seguridad jurídica que impide en hacer un uso eficiente de las herramientas jurídicas establecidas para llevar a cabo operaciones de comercio exterior.

La situación actual de la figura del C.I que permitiría a la industria colombiana, en especial a las pequeñas y medianas empresas, aprovechar más eficientemente la inserción de la economía al comercio global, parece ir en contra de estos propósitos.

El efecto práctico del Decreto 380 en este caso sería que una sociedad que sea un usuario industrial de bienes, que desarrolle su objeto social en una Zona Franca, y que realice sus exportaciones a través de una C.I, no tendría derecho a la devolución bimestral de IVA prevista por el Artículo 481 del Estatuto Tributario.

Esta situación desconoce el funcionamiento de los negocios en la actualidad, en especial en los casos en los que las zonas francas juegan un papel meramente manufacturero y otras compañías se encargan de la comercialización de los productos en el exterior. Sin embargo, el control excesivo de la administración y el afán por cerrar cualquier brecha a un uso óptimo de las herramientas de comercio exterior existentes, impide que operaciones normales como esta puedan desarrollarse en el país.

REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Colombia es un país que en las últimas dos décadas ha implementado políticas destinadas a la inserción de la economía doméstica en el mercado internacional, haciendo uso de distintas políticas, como la liberalización de su comercio. No obstante, se ha reservado la posibilidad de fomentar sus exportaciones a través de figuras como las C.I, cuyo propósito ya lo hemos explicado a lo largo del presente escrito. Sin embargo, la situación actual de esta figura que permitiría a la industria colombiana, en especial a las pequeñas y medianas empresas, aprovechar más eficientemente la inserción de la economía al comercio global, parece ir en contra de estos propósitos.

En el caso de las C.I's, esta contradicción se ve reflejada principalmente en la falta de consistencia en la legislación que rige la figura cuyo resultado es generar un ambiente de inseguridad jurídica que hace imposible la planeación a largo plazo de estas compañías y de sus proveedores. Así mismo, en aquellos casos en que la autoridad ha mostrado una línea doctrinal clara, como sucede con el objeto social de las C.I, lo cierto es que esta posición genera una restricción en el desarrollo de la figura, pues la circunscribe únicamente a un tipo específico de operación contractual.

A la luz de lo anterior, no es de extrañar que veamos en el corto plazo cómo esta figura, además de las demás herramientas de promoción al comercio exterior a cargo de la DIAN, reduzca su campo de acción y jueguen un rol cada vez más marginal en el desarrollo del comercio exterior colombiano.

IMPLEMENTACION DEL TLC CON LOS ESTADOS UNIDOS -LA EXPERIENCIA PERUANA-

Julio Guadalupe Bascones¹

Fecha de Aceptación: Febrero 24 - 2014

Resumen

Este artículo, denominado «Implementación del TLC con los Estados Unidos - La Experiencia Peruana», constituye un análisis del contenido y alcances del Capítulo V de este Acuerdo y los profundos cambios que éste desencadenó en la normativa aduanera peruana. El hecho que el Perú haya quedado obligado a generar un mecanismo que garantice el retiro de las mercancías de los recintos aduaneros dentro del plazo de 48 horas al arribo del medio de transporte internacional obligó al replanteamiento del sistema aduanero peruano en su conjunto. A consecuencia de ello, fueron reguladas (o perfeccionadas) una serie de «herramientas facilitadoras» tales como el despacho anticipado como regla general, el sistema de garantías aduaneras, la figura del operador económico autorizado, las resoluciones anticipadas sobre temas aduaneros. Al haber sido recogidas las disposiciones de este Acuerdo (en materia de procedimientos aduaneros y de facilitación del comercio) en la Ley General de Aduanas se aseguró que las mismas resulten de aplicación general sin importar el país de origen o de procedencia de la mercancía. Tras el cambio de la ley, ahora resta el cambio de mentalidad tanto de la Aduana como de los operadores de comercio exterior proceso que aún está en marcha.

Palabras clave: TLC, Simplificación Aduanera, Seguridad Jurídica, Gestión del Riesgo, Sistema Aduanero Peruano, Herramientas Facilitadoras.

Abstract

This article, named Implementation of the Free Trade Agreement (FTA) with the United States of America - The Peruvian Experience, is an analysis of the content and scope of Chapter V of this agreement and the profound changes it unleashed in the Peruvian customs regulations. The fact that Peru has been forced to create a mechanism to ensure the removal of goods from the customs premises within 48 hours of arrival of the means

1 Abogado. Miembro de número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero.

of international transport, forced the rethinking of the Peruvian customs system as a whole. As a result, were regulated (or improved) a series of «facilitation tools» such as the advance clearance as a general rule, the system of customs bonds, the figure of authorized economic operator, advance rulings on customs matters. The incorporation of the provisions of this Agreement (regarding customs procedures and trade facilitation) in the Customs Act ensured that its content becomes in a general rule applicable regardless of the country of origin or provenance of the goods. After the change in the law, what is needed now is the change in mindset of both Customs Authority and foreign trade operators, a process that is still underway.

Keywords: FTA (Free Trade Agreement), Customs Simplification, Legal certainty, Risk Management, Peruvian Customs System, Facilitation Tools.

I. INTRODUCCIÓN

Desde nuestro punto de vista, la normativa aduanera peruana no sufrió nunca un cambio tan sustancial, desde sus cimientos, como aquél que operó a consecuencia de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos (al que llamaremos simplemente «TLC» por lo difundida que se encuentra tal denominación)².

Veremos más adelante la forma en que dicho cambio se produjo y los retos que de él surgen. Por ahora, diremos que los cambios fueron tan significativos que no solo obligaron al replanteamiento de procesos operativos (efectiva reingeniería en muchos casos), sino también, y como no es extraño en este tipo de situaciones, generaron destemplados ataques y tenaz resistencia de algunos operadores de comercio exterior y gremios empresariales quienes veían en la suscripción de un Acuerdo de esta naturaleza una amenaza directa, o indirecta, para ciertos sectores productivos nacionales, amén de algunos afanes políticos que encontraban la oportunidad perfecta para generar notoriedad y titulares tratando de revivir discursos trasnochados y probadamente obsoletos.

En el caso peruano, las negociaciones del TLC se iniciaron durante el gobierno del presidente Toledo y culminaron (con la suscripción del Acuerdo) durante el gobierno del presidente García. Pocas veces los peruanos

2 El TLC fue aprobado por Resoluciones Legislativas 28766 y 29504 y entró en vigencia el 1 de febrero de 2009 con sujeción a lo establecido en el Decreto Supremo 009-2009-MINCETUR.

nos habíamos librado, como ocurrió en este caso, de las consecuencias nefastas del «péndulo de la historia»; esto es, la irresistible tentación de los gobernantes de turno de ganarse la aprobación del electorado recurriendo al facilismo de oponerse a todo lo que empezó e impulsó el gobierno anterior (sea malo o bueno) para empezar desde cero a «escribir la historia».

Lo rescatable del TLC es que fue una de las pocas oportunidades en que las cosas positivas continuaron (más allá de egoísmos políticos). En efecto, la suscripción del TLC se convirtió en una política de Estado más que en una política de gobierno. Primaron los intereses del país antes que

Lo rescatable del TLC es que fue una de las pocas oportunidades en que las cosas positivas continuaron (más allá de egoísmos políticos).

los particulares y se sentaron las bases para esbozar, y luego definir, una política de apertura comercial que encontró en el estrechamiento de vínculos con nuestros principales socios comerciales la piedra angular sobre la cual empezó a edificarse y consolidarse dicho proceso.

A la fecha, y con más de 15 Acuerdos Comerciales en vigencia (China, Canadá, Corea, Japón, la Unión Europea, etc.) y una interesante lista de otros Acuerdos más en cartera (India, Rusia, etc.), podemos afirmar que en el Perú (y salvo contadas excepciones que siempre existirán) prácticamente ya nadie cuestiona no solo las bondades y ventajas competitivas que supone la suscripción de este tipo de Acuerdos, sino tampoco la necesidad de continuar con el proceso de apertura comercial hacia nuevos mercados y/o nuevos nichos de mercado.

Comentario aparte merece el excelente equipo negociador formado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) conformado por eficientes y comprometidos profesionales altamente calificados, quienes, desde el primer momento, y en base a mucho esfuerzo y dedicación, tuvieron la importante tarea de sacar adelante el TLC, así como de sentar las bases para futuras negociaciones.

Por supuesto que el nivel de especialización requerido para la administración de estos Acuerdos ha requerido mantener cuadro técnicos muy solventes en diferentes tópicos, tales como reglas de origen, procedimientos aduaneros, facilitación del comercio exterior, etc. Asimismo, ha sido necesario conformar equipos de trabajo coordinado entre MINCETUR y la Autoridad Aduanera, así como implementar mecanismos de transparencia y acceso a la información (orientación al contribuyente) y de absolución de consultas relacionadas con la materia.

La «ola de tratados internacionales» trascendió el ámbito netamente público y empresarial para empezar a posicionarse en los ámbitos

académicos, prueba de ello es la gama de especialidades que hoy se ofrecen en las principales universidades peruanas relacionadas con el comercio exterior y los procedimientos aduaneros asociados, así como la consolidación y modernización de la currícula de cursos de pregrado sobre estas materias. Todo ello, ha generado una interesante rama de especialización en continua ebullición que es el resultado directo de las oportunidades laborales que se presentan en los diferentes eslabones de la cadena logística internacional.

II. EL CAPÍTULO V DEL TLC - ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y FACILITACIÓN DEL COMERCIO

Dentro del marco de la «nueva política comercial» a la que nos hemos referido, el TLC constituye un convenio de «última generación» que va mucho más allá del comercio de bienes y el otorgamiento de preferencias arancelarias (como eran normalmente concebidos los acuerdos internacionales anteriores) ya que contempla otros importantes temas como el comercio de servicios, inversiones, protección a la propiedad intelectual, etc.

Dentro de los capítulos del TLC, el de los temas aduaneros reviste especial importancia dada la interconexión existente entre el comercio exterior y lo aduanero (debido al obligado paso por fronteras - ingreso y salida - de las mercancías que son objeto de comercio).

Es precisamente del análisis del contenido del Capítulo V del TLC (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio) que podemos apreciar la transformación que el tema aduanero ha tenido en el plano internacional a lo largo de las últimas décadas pasando de una noción controlista a ultranza y netamente recaudadora a una noción enfocada en la facilitación del comercio exterior.

No obstante, dicho enfoque hacia la facilitación no debe ser mal entendido siendo concebido como un concepto que agota sus alcances en la agilización de procesos y flujos comerciales, pues lo que queda claro tras revisar el TLC es que si bien deberá ahondarse en esfuerzos para que dicha agilización sea efectiva y se traduzca en beneficios concretos (reducción de costos del comercio exterior), la consabida facilitación deberá ser direccionada y aplicada en operaciones de «comercio legítimo» y no servir de plataforma que propenda, o por lo menos no procure impedir, el fraude comercial y el tráfico ilícito de mercancías.

Lo mencionado precedentemente tiene que ver con el denominado «control aduanero»; pero con un *«control aduanero responsable»*, concepto que

también fluye con mucha claridad del análisis del Capítulo V del TLC y en base al cual se busca sopesar adecuadamente los conceptos de «facilitación» y «control aduanero» para permitir que el comercio exterior peruano, fluya de una manera ágil pero segura.

Por lo expuesto, podemos afirmar que el TLC (puntualmente su Capítulo V) constituye en el ámbito aduanero y del comercio exterior peruano, un instrumento jurídico indispensable a raíz de los cambios que, a raíz de él, se generaron en la legislación aduanera tal como analizaremos más adelante.

Los grandes mensajes del Capítulo V del TLC

A continuación haremos una síntesis de los que, a nuestro criterio, son los principales mensajes que subyacen al texto del Capítulo V del TLC:

Simplificación aduanera	«Retirar las mercancías de inmediato o casi de inmediato».
Seguridad jurídica	«Evitemos sorpresas»
Gestión del riesgo	«Focalicemos los controles»
Uso de tecnologías de la información	«Automaticemos los procesos»
Envíos de entrega rápida	«Generemos procedimientos expeditos que permitan reducir tiempos».

Analizaremos a continuación cada uno de estos «grandes mensajes» por separado:

1. «Retiremos las mercancías de inmediato o casi de inmediato»

En el siguiente cuadro se exponen en forma gráfica las principales disposiciones tanto del Capítulo V del TLC como de la Nueva Ley General de Aduanas del Perú (NLGA) relacionadas con el tema de la «*Simplificación Aduanera*».

«*Simplificación Aduanera*».

TLC	NLGA
Despacho en no más de 48 horas	Libre disposición dentro de las 48 horas siguientes al término de su descarga (Art. 167). Sistema de Despacho Anticipado como Regla General (Art. 130). Sistemas de Garantías Globales y Específicas (Art. 180).

Despacho en el Punto de llegada
llegada sin traslado temporal
a depósitos u otros recintos

Definición de «Punto de Llegada»
(Glosario).
Entrega de mercancías en Punto de
Llegada sin obligatoriedad de trasla-
do temporal a otros recintos que no
sean considerados Puntos de Llegada
(Art. 113).
Supone utilización del Sistema Anti-
cipado (Art. 114).

Retgiro de mercancías antes de
decisión final

Autorización del Levante en el Punto de
Llegada antes de la determinación final
del monto de obligaciones (Art. 172).
Supone presentación de garantía
(sustitución de prenda aduanera).

En nuestra opinión, el principal mensaje del Capítulo V del TLC es muy claro y está relacionado directamente con el necesario proceso de simplificación de la normatividad aduanera: *«permitir que las mercancías sean retiradas de los recintos aduaneros en un plazo máximo de 48 horas»*.

En otras palabras, hacer posible que los consignatarios retiren las mercancías (*retiro incondicional que supone su libre disposición*), en forma inmediata o casi inmediata al arribo del medio de transporte internacional. Labor nada sencilla si tenemos en consideración los tiempos promedio de permanencia de las mercancías en los recintos aduaneros que se venían manejando en el Perú (entre 4 a 8 días dependiendo del canal de control asignado).

Así, del análisis de las disposiciones en materia de «Simplificación» se puede apreciar con claridad el cambio de sistema aduanero suscitado, el mismo que, como veremos más adelante, ha dejado de ser uno sustentado en el arribo de la mercancía al país con traslado obligatorio a un Terminal de Almacenamiento y la constitución de prenda aduanera sobre dicha mercancía, y como premisas esenciales; a ser uno sustentado en el despacho anticipado sin obligatoriedad de ingreso de las mercancías a depósitos temporales y la constitución de garantías globales o específicas (en sustitución de la prenda aduanera), como premisas fundamentales.

La NLGA también ha definido al «Punto de Llegada» como «aquellas áreas consideradas zona primaria³ en las que se realicen operaciones

3 De acuerdo al Glosario de Términos de la NLGA se entiende por «zona primaria» la «parte del territorio aduanero que comprende los puertos, aeropuertos, terminales

vinculadas al ingreso de mercancías al país», definición amplia que concibe al denominado «Punto de Llegada» como un espacio físico y ya no como un operador de comercio exterior, corrigiéndose así, desde nuestro punto de vista, el error cometido en la Ley de Facilitación de Comercio Exterior⁴.

La NLGA señala también que la mercancía (con deuda tributaria aduanera garantizada) podrá ser retirada, previa autorización de Levante, en el Punto de Llegada si necesidad que el despacho aduanero haya culminado. Esta medida también constituye una medida innovativa en la legislación aduanera peruana, dado que ya no habrá que esperar a que el especialista de aduanas culmine con las acciones de control concurrente al despacho aduanero a fin que la autorización de levante respectiva pueda ser autorizada.

2. «Evitemos sorpresas»

En el siguiente cuadro se exponen en forma gráfica las principales disposiciones tanto del Capítulo V del TLC como de la NLGA relacionadas con el tema de la «*Seguridad Jurídica*».

«Seguridad Jurídica»

TLC	NLGA
Publicación de legislación	Publicación de todo documento que constituya norma exigible (Art. 9). Publicación de Resoluciones de Clasificación y Anticipadas (Art. 9).

terrestres, centros de atención en frontera para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o despacho de las mercancías y las oficinas, locales o dependencias destinadas al servicio directo de una aduana. Adicionalmente, puede comprender recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres, predios o caminos habilitados o autorizados para las operaciones arriba mencionadas. Esto incluye a los almacenes y depósitos de mercancía que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y hayan sido autorizados por la Administración Aduanera.

- 4 Con sujeción al artículo 4 de la Ley de Facilitación del Comercio Exterior, el «Punto de Llegada» era concebido como «el Terminal designado por el transportista o por el consignatario en el caso de carga marítima o terrestre, para la entrega de la carga a los consignatarios». Por su lado, mediante el Decreto Supremo 022-2008-EF (Reglamento de la Ley de Facilitación del Comercio Exterior) se establecieron las «obligaciones del Punto de Llegada», en forma concordante con la naturaleza que le había sido atribuida (operador independiente).

Punto de consulta y publicación de procedimientos para formular consultas	La Administración mantendrá puntos de contacto que puedan ser electrónicos o virtuales para la atención de consultas y publicará por Internet el procedimiento para la atención de las consultas (Art. 13).
Prepublicación	En la medida de lo posible SUNAT publicará por adelantado cualesquiera regulaciones de aplicación general y brindará oportunidad para hacer comentarios (Art. 9).
Resoluciones anticipadas	Resoluciones anticipadas relacionadas con clasificación, valoración, aplicación de devoluciones, suspensiones y exoneraciones, reimportación de mercancías reparadas o alteradas (Art. 210). Plazo: Dentro de 150 días calendario (Art. 211).

Como se aprecia, lo que se pretende es que las consecuencias de las operaciones de comercio exterior en el ámbito aduanero sean «razonablemente predecibles». Para ello, se han establecido una serie de mecanismos y herramientas orientadas no solo a conocer en forma anticipada la forma en que la autoridad aduanera interpretará, y por ende, aplicará la legislación aduanera en casos particulares; sino también a conocer en forma anticipada el texto con que sería aprobada normativa aduanera de aplicación general.

Para que estas disposiciones cumplan su finalidad, y de este modo sea debidamente implementado el TLC, las Resoluciones Anticipadas deben contar con carácter vinculante y la denominada «pre publicación» de la normativa aduanera debería ser considerada como una obligación más que como algo recomendable (por lo menos en el caso de normativa aduanera relevante: Reglamento de la NLGA, Procedimientos Operativos m importantes, etc.).

3. «Focalicemos los controles»

En el siguiente cuadro se exponen en forma gráfica las principales disposiciones tanto del Capítulo V del TLC como de la NLGA relacionadas con el tema de la «*Gestión del Riesgo*».

«Gestión del Riesgo»

TLC

Incidir controles en mercancías de «alto riesgo» y simplificar movimiento de mercancías de «bajo riesgo»

NLGA

Control Aduanero: uso de técnicas de Gestión de Riesgo para focalizar las acciones de control en aquellas actividades o áreas de alto riesgo, respetando la naturaleza confidencial de la información obtenida para tal fin (Art. 163).
Reconocimiento físico: 4% pudiendo aplicar porcentajes mayores no superiores a 15% (Art. 163).
Figura del Usuario Aduanero Certificado (Art. 44).

Por «gestión del riesgo» entendemos el proceso en base al cual la Aduana «cuantificará» el nivel de inseguridad o de exposición al peligro que un cargamento (contenedor, bulto, carga suelta) pueda conllevar.

Al respecto, es importante precisar que a nivel mundial el rol de la Aduana ha sido redefinido⁵. La Aduana moderna es concebida como un ente que debe ejercer control (aduanero) orientado a los fines de la facilitación del comercio exterior. En otras palabras, los recursos escasos con que cuenta la autoridad aduanera (personal, tiempo, dinero y tecnología) deben ser utilizados de modo eficiente, efectuando acciones de control aduanero (reconocimiento físico de contenedores y/o revisión documentaria de operaciones) solo en aquellos casos en que ello sea realmente necesario. Ello pasa por el manejo de indicadores de riesgo fiables y permanentemente actualizados, así como por la labor de inteligencia que pueda efectuar la

5 Documentos tales como el denominado «Marco Normativo para asegurar y facilitar el Comercio Global» expedido por la Organización Mundial de Aduanas - OMA y el «Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (conocido como «Convenio de Kyoto Revisado») señalan con claridad que la Aduana moderna debe implementar mecanismos orientados al aseguramiento de la Cadena Logística Internacional pero sin que ello suponga generar trabas al comercio exterior. La Aduana ya no es concebida más como un organismo meramente recaudador de impuestos o como uno exclusiva y únicamente relacionado con las actividades de control en frontera.

Aduana en base a la cooperación internacional con autoridades aduaneras de otros países.

Así, las acciones de control aduanero deben estar enfocadas a la lucha frontal contra el terrorismo internacional (impidiendo que el comercio internacional sea utilizado como canal para dichos fines), el narcotráfico, el contrabando, la piratería y demás actividades ilícitas. Empero, las operaciones vinculadas con el denominado «comercio legítimo» deberían ser beneficiadas con la flexibilización de los controles aduaneros con la finalidad que, en estos casos (que representan la gran mayoría de operaciones de comercio internacional) la mercancía pueda ser realmente retirada «de inmediato o casi de inmediato» luego de su arribo.

Por ello, la figura del «Operador Económico Autorizado» (que encuentra su antecedente más próximo en la figura del «Operador Económico Autorizado utilizada en los países de la Unión Europea») resulta más que interesante, necesaria ya que permitiría que los operadores de comercio exterior en general (y ya no solo los buenos contribuyentes) puedan, tras obtener una calificación de «Socio Fiable», contar con facilidades relacionadas con la flexibilización de los controles aduaneros (canal verde - sin revisión física ni documentaria - generalizado o casi generalizado) y con la simplificación aduanera (declaraciones aduaneras sumarias, etc.).

Si tenemos en cuenta que los grandes llamados a obtener esta certificación deberían ser los denominados «importadores frecuentes», es decir, aquellas empresas que registran los más elevados volúmenes de carga importada, podremos tener una idea de la forma en que el comercio exterior se vería «facilitado» y beneficiado si es que dichas empresas reducen sustancialmente el nivel de riesgo en sus operaciones. Ello, iría aparejado a la consecuente descongestión de instalaciones portuarias (lo cual ante la actual falta infraestructura resulta fundamental) y de la reducción de costos operativos (lo cual debería redundar en una reducción del precio venta al consumidor final).

4. «Automaticemos los procesos»

En el siguiente cuadro se exponen en forma gráfica las principales disposiciones tanto del Capítulo V del TLC como de la NLGA relacionadas con el tema de la *«Uso de Tecnologías de la Información»*.

«Uso de Tecnologías de la Información»

TLC	NLGA
Envío de data electrónica antes de llegada del envío	Transmisión electrónica de data por los transportistas antes del arribo de la nave (Art. 103). Destiación Aduanera transmitida por medios electrónicos (Art. 134). Figura del Despacho Anticipado (Art. 130).
Sistemas electrónicos para el análisis y direccionamiento de riegos	Control Aduanero: Uso de técnicas de Gestión de Riesgo para focalizar las acciones de control en aquellas actividades o áreas de alto riesgo, respetando la naturaleza confidencial de la información obtenida para tal fin de canales (Art. 163).
Uso de normas internacionales	Prestación del servicio aduanero debe alcanzar estándares internacionales sobre sistemas de gestión de calidad con énfasis en los procesos (Art. 7).
Sistemas electrónicos accesibles por los usuarios de aduanas	La Administración Aduanera deberá disponer medidas para que el intercambio de datos y documentos entre la autoridad aduanera y los operadores se realicen por medios electrónicos (Art. 5).

La revolución informática en materia de procesamiento de datos y el manejo de la información es una realidad que no puede escapar del ámbito aduanero. Por ello, se suele hablar de la «Aduana Digital», concepto relacionado con la implementación y administración de procesos virtuales que permitan un flujo dinámico y seguro de información relevante para los fines del control aduanero y de la activación de los indicadores de riesgo correspondientes.

Esto requiere de una necesaria inversión económica no solo por parte de la Aduana sino también por parte de los operadores de comercio exterior, quienes se verán en la obligación de contar con mecanismos informáticos que les permitan una adecuada y oportuna interconexión con la autoridad aduanera, así como la utilización correcta y eficaz de herramientas facilitadoras del comercio

exterior como la denominada Ventanilla Única de Comercio Exterior - VUCE⁶.

5. «Generemos procedimientos expeditos que permitan reducir tiempos»

En el siguiente cuadro se exponen en forma gráfica las principales disposiciones tanto del Capítulo V del TLC como de la NLGA relacionadas con el tema de la «*Envíos de Entrega Rápida*».

«Envíos de Entrega Rápida»

TLC	NLGA
Se crearán procedimientos expeditivos	Se incorporará concepto (Glosario) y se crea un nuevo régimen aduanero de excepción (Art. 98). Se crea un nuevo operador (Art. 35). Se creará un procedimiento separado y expedito (Art. 168).
Presentar y procesar data antes del arribo del envío	Figura del Despacho Anticipado (Art. 130).
Despacho con mínimo de documentación	Guía de envíos de entrega rápida (Glosario).
Despacho en 6 horas sin límite de peso ni valor	En circunstancias normales se permitirá el despacho aduanero dentro de las 6 horas siguientes a la presentación de documentos siempre que el envío haya arribado (Núm. 168). Sin límite de peso ni valor (Glosario).
Envío por menos US\$200 no tributan	Están infectas del pago de derechos arancelarios las mercancías ingresadas como envíos de entrega rápida hasta por valor de US\$200 (Art. 147).

6 En el artículo 2 del Decreto Legislativo 1036 (norma que establece los alcances de la Ventanilla Única de Comercio Exterior) se señala que «la VUCE es un sistema integrado que permite a las partes involucradas en el comercio exterior y transporte internacional gestionar a través de medios electrónicos los trámites requeridos por las entidades competentes de acuerdo con la normatividad vigente o solicitados por dichas partes para el tránsito, ingreso o salida del territorio nacional de mercancías».

La regulación en la NLGA del denominado «Servicio Expreso» o «Envíos de Entrega Rápida» es consecuencia directa de las disposiciones que sobre el particular están contenidas en el Capítulo V del TLC.

Ello, ha originado la creación de un nuevo operador de comercio internacional regulado por la Aduana peruana denominado «empresa de servicio de entrega rápida», el mismo que presenta la particularidad de actuar como operador logístico integral que realiza distintas actividades que normalmente son desarrolladas por operadores distintos e independientes (actúa como transportista, agente de carga internacional, almacén aduanero, despachador de aduana y consignatario).

En estos casos, en forma acorde con el TLC, se ha dispuesto que estos operadores puedan transportar carga sin límite de peso ni valor (circunstancia que claramente los diferencia del denominado servicio «courrier» o de mensajería internacional). Nótese que en estos casos deberá permitirse que las mercancías sean retiradas dentro de las 6 horas luego de la presentación de la documentación pertinente, circunstancia que resultaría acorde con el carácter urgente que, por definición, presenta el traslado de estas mercancías.

III. IMPACTO DEL TLC EN LA NUEVA LEY GENERAL DE ADUANAS

Sin temor a equivocarnos, podríamos esbozar hasta aquí una conclusión preliminar: si el TLC no hubiera sido finalmente aprobado, la NLGA no existiría, o por lo menos, no con el texto que actualmente tiene.

A propósito de ello, y con la finalidad de entender de una mejor manera los cambios suscitados en el sistema aduanero peruano a consecuencia de la suscripción del TLC conviene analizar los antecedentes en el ámbito de la normativa interna del Perú.

Antecedentes

A los efectos de entender a cabalidad las disposiciones de la NLGA y, por ende, la veracidad de lo afirmado precedentemente, debemos remontarnos a su antecedente directo⁷, esto es, la «Ley de Facilitación del

7 Aunque la denominada «Ley de Simplificación Aduanera» - Ley 29176, fue aprobada con fecha posterior (el 3 de enero de 2008) a la de publicación de la Ley de Facilitación del Comercio Exterior, no hacemos mención a ella debido a que la misma solo implicó

Comercio Exterior» aprobada por Ley 28977 (publicada el 9 de febrero de 2007 y hoy derogada en gran parte), de cuyo análisis podremos concluir que la misma tuvo por finalidad: (i) establecer un marco legal adecuado para agilizar trámites aduaneros para el ingreso y salida de mercancías (levante dentro de las 48 horas conforme a lo establecido en el TLC); y (ii) implementar medidas para asegurar el cumplimiento de disposiciones sobre facilitación del comercio exterior contenidas en Convenios Internacionales (aunque la alusión es indirecta, existe entendimiento generalizado en el sentido que dicha disposición está relacionada con el cumplimiento genérico de las disposiciones del TLC).

Aunque la Ley de Facilitación del Comercio Exterior fue muy criticada (principalmente por la creación del «Terminal Punto de Llegada» concebido como un nuevo operador de comercio exterior), consideramos que la misma reviste especial importancia debido a que, de un lado, supuso el primer esfuerzo real por procurar acondicionar nuestra legislación a las disposiciones del Capítulo V del TLC (que en esos momentos se encontraba en plena negociación); y de otro, constituyó, en el fondo, un reconocimiento formal por parte del Gobierno Peruano en el sentido que *el comercio exterior peruano «es complicado» y, que por ende, era necesario «facilitarlo»*. Un reconocimiento oficial de tal magnitud trajo consigo la percepción (correcta desde nuestro punto de vista) por parte de la población en el sentido que existía una genuina voluntad política, en firme, orientada hacia la facilitación del comercio exterior y a una necesaria reducción de los costos generados en dichas operaciones, situación que estaba directamente relacionada con temas, más de fondo, tales como la competitividad y promoción de la imagen del país como un destino atractivo para las inversiones, la generación de empleo, etc.

Teniendo esto como antecedente, y bajo el influjo directo del TLC⁸, el 27 de junio de 2008 fue publicado el Decreto Legislativo 1053 mediante el cual se aprobó la NLGA, la misma que, en nuestra opinión, esta llamada a convertirse en un «punto de quiebre» (un antes y un después) en materia del comercio exterior peruano. Ello, debido a las drásticas modificaciones

un cambio no trascendente o de «maquillaje» del Decreto Legislativo 809 (Ley General de Aduanas anterior), relacionado con modificaciones muy puntuales relativas a la exportación definitiva, la exportación temporal y el régimen de reposición de mercancías en franquicia.

8 Si bien el TLC entró en vigencia el 1 de febrero de 2009, esto es, en forma posterior a la entrada en vigencia de la NLGA, su entrada en rigor quedó condicionada a que el Perú acreditara que previamente había cumplido con acondicionar su normativa interna a las disposiciones que habían sido negociadas y aprobadas. Por ello, la normativa peruana tuvo que ser modificada como requisito previo a la entrada en vigencia del TLC.

que la misma introdujo en relación a la forma en que los elementos de la «ecuación aduanera» se interrelacionan entre sí.

Adicionalmente, la NLGA tuvo la importante misión de constituir aquella herramienta jurídica que permitiese una cabal implementación Capítulo V del TLC, situación que resulta del todo relevante si tomamos en consideración el hecho que el TLC constituyó el modelo en función al cual otros Acuerdos Internacionales fueron negociados por el Perú.

En este contexto, como es de ver, el cabal conocimiento, interpretación y aplicación de la NLGA resulta indispensable para asegurar: (i) el funcionamiento de la dinámica y operativa propia del comercio exterior (en lo relativo, de un lado, al control aduanero ejercido al ingreso y a la salida de mercancías al y desde el país, y de otro, a la facilitación y simplificación de los procesos involucrados); (ii) un nivel de cumplimiento adecuado de las disposiciones del TLC en materia de procedimientos aduaneros y de facilitación del Comercio Exterior; y (iii) un nivel de competitividad que nos permita, como país, consolidarnos como un destino atractivo para las inversiones foráneas y nacionales, así como en un centro de distribución logística internacional («Hub»).

Entendiendo la «Ecuación Aduanera»

En término simples, podríamos afirmar que en las actividades aduaneras interactúan tres elementos: (a) los sujetos (autoridad aduanera y operadores de comercio exterior); (b) el objeto (la mercancía que ingresa o sale del país); y (c) el canal comunicante (mecanismo que permite que los «sujetos» puedan relacionarse, de un lado, con el «objeto», y, de otro, entre ellos mismos).

Dicha «ecuación aduanera» podría ser graficada como sigue:



En esta línea podríamos hacer un símil con la ecuación aritmética, en la cual para obtener el resultado final deberán confluir todos y cada uno de sus respectivos elementos; todos ellos importantes y necesarios. La falta de alguno de ellos originaría la imposibilidad de cumplir con el cometido establecido (despejar una incógnita matemática, en este caso).

En el ámbito aduanero, los elementos de la ecuación no solo deberán estar presentes, sino también, y esto resulta igual de importante, deberán

interactuar entre sí en la forma debida y prevista por la norma. Esta interacción, supone, de un lado, una relación intersubjetiva (contacto entre los «sujetos») y, de otro, una relación fáctica en relación con la mercancía (contacto con el «objeto»).

El aludido «canal comunicante» en esta ecuación, supone la existencia y el necesario cumplimiento de aquellas normas de procedimiento previstas para que la información aduanera relevante⁹ pueda fluir en un sentido y en otro (a nivel de relación inter-sujetos) de manera segura y confiable. Como se aprecia, el «canal comunicante» está íntimamente relacionado con la tecnología que esté a disposición de los sujetos (uso de medios informáticos).

De otro lado, nótese que dicho «canal» no tiene que ser el mismo para todos los operadores de comercio exterior, ya que la forma en que cada uno de ellos pueda o deba relacionarse con la autoridad aduanera variará en función a las características propias de la operación a su cargo, a la posición que ocupe en la cadena logística internacional de mercancías (eslabón específico de dicha cadena), al tipo de información aduanera relevante que le sea requerida y la oportunidad en que la misma deba ser presentada, al nivel de riesgo que su actuación genere respecto de las operaciones de comercio exterior en las que participe¹⁰, etc.

Lo dinámico o no que, en la práctica, pueda resultar el flujo comercial internacional de mercancías dependerá, en buena medida, de lo efectiva que resulte la interrelación entre los elementos de la «ecuación aduanera», la cual a su vez dependerá (sería determinada como consecuencia) del sistema aduanero adoptado como modelo por el legislador.

Cambio estructural del Sistema Aduanero Peruano

Por «sistema aduanero» entendemos, en términos generales, aquel conjunto de normas y disposiciones que regulan el ingreso y salida del territo-

9 Entendemos por «información aduanera relevante» aquella data necesaria para que la autoridad aduanera pueda efectuar un debido control aduanero tanto en lo relativo a la administración del riesgo (técnicas de gestión del riesgo con sujeción a estándares internacionales), como a nivel de las acciones que puedan ser llevadas a cabo en el despacho aduanero (control concurrente relacionado con la inspección física y/o la revisión documentaria) o en forma posterior a él (control posterior relacionado con los operativos de fiscalización llevados a cabo en los locales de los operadores de comercio exterior).

10 Manejo de indicadores de riesgo relacionados con la calificación de «socio fiable» que podrían otorgar certificaciones como la figura del «operador económico autorizado» por ejemplo.

rio aduanero de personas, medios de transporte y mercancías, así como la forma como se materializa el control aduanero a cada uno de estos niveles.

Antes de la dación de la NLGA, el sistema aduanero peruano se sustentaba en la figura del «Despacho Ex - Post», es decir, en el inicio de procedimientos y trámites luego que las mercancías arribaban al país. Esta era la regla de aplicación general. Siendo ello así, la «ecuación aduanera» era estructurada en función a una lógica que suponía la constatación de un presupuesto fáctico (arribo de mercancías al país) cuya existencia era indispensable para el inicio de los procedimientos aduaneros respectivos.

Bajo este esquema, el interesado tenía que esperar a que la mercancía llegara al país para recién poder presentar la «Declaración Aduanera» mediante la cual se proveía información relevante («Destinación Aduanera») relativa con el régimen aduanero al que deseaba sean sometidas las mercancías. Antes de ello, la Aduana solo contaba con información relacionada con el transporte internacional de la mercancía (proveída por el transportista), la misma que solo servía para los fines de constatar el arribo lícito de la mercancía al país pero que resultaba insuficiente, en sí misma, para establecer el tratamiento aduanero que debía darse a la mercancía en el país. Así, bajo este esquema, antes del arribo de la mercancía, la «ecuación aduanera» estaba incompleta.

Ahora bien, es cierto que la regla general mencionada contaba con una excepción que consistía precisamente en el hecho de permitir el inicio de procedimientos y trámites con anterioridad al arribo de las mercancías al país. No obstante, esta figura, que recibía el nombre de «sistema anticipado de despacho aduanero» (concepción de un «Despacho Ex - Ante») funcionaba, en la práctica, de modo residual debido a que el mismo solo estaba previsto para aquellas personas que pudiesen calificar como «buenos usuarios aduaneros», debiendo para ello acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos (filtros para el acceso a este mecanismo) bastante rígidos¹¹ que no contribuyeron a su utilización generalizada.

11 La Resolución 079-2006/SUNAT/A establecía como requisito para acceder al Sistema Anticipado de Despacho Aduanero (SADA), entre otros, registrar como mínimo 10. Declaraciones Únicas de Aduanas (DUA) en los regímenes de importación, admisión temporal, importación temporal y/o depósito de aduana dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la transmisión de la DUA. En función a ello, resultaba imposible poder acceder al SADA antes que transcurriesen 12 meses desde el mes de numeración de la primera DUA (debía transcurrir obligatoriamente este periodo), aún en caso que el importador (o beneficiario del régimen aduanero en particular) hubiese podido registrar en dicho periodo 10, 15 ó 20 veces más del número mínimo de DUAs exigido por la norma. Como se aprecia, si la intención era otorgar el beneficio del despacho anticipado a aquellas personas que sean «conocidas» por la Aduana y dicho nivel de «conocimiento» (en cuanto

El sistema aduanero concebido antes de la NLGA, además de estar sustentado en una fórmula de «Despacho Ex - Post», lo estaba también en: (i) la obligación de ingresar temporalmente las mercancías arribadas al país a lugares físicos delimitados y autorizados por la aduana (concedidos como «zona primaria aduanera») denominados «Terminales de Almacenamiento»¹²; (ii) la aplicación de la figura de la «Prenda Aduanera», en función a la cual las mercancías arribadas al país constituían garantía del pago de los derechos y tributos de importación que su ingreso al país generaban o podían generar; y (iii) la conceptualización del «Levante Aduanero» como el acto en función al cual culminaba el «Despacho Aduanero».

Como es de ver, un sistema aduanero sustentado en los elementos antes mencionados, generaba una serie de «tiempos muertos», los mismos que, finalmente, se traducían en una considerable demora en cuanto el retiro de las mercancías de los recintos aduaneros. Ello, como es de suponer, también generaba sobrecostos en las operaciones de comercio exterior (mayores pagos por almacenaje, seguro, sobreestadía de contenedores, etc.) con los consabidos perjuicios que ello irroga no solo a los usuarios del sistema (operadores de comercio exterior), sino también al consumidor final (a quien se le trasladarán estos mayores costos).

al nivel de complejidad o riesgo de la operación, las posibilidades de incurrir en infracciones y, por ende, ser sancionados, etc.) pasaba por el hecho de haber llegado (o superado) al mínimo de operaciones efectuadas (DUAs numeradas) establecido por la norma, carecía totalmente de sentido darle importancia al «elemento tiempo», ya que el nivel de «conocimiento» al que hemos hecho referencia estaba dado, como es lógico, por el número de operaciones sometidas a control aduanero. Así, la Aduana podría «conocer» mejor y, por ende, «confiar mas» en una persona que numeraba 70 DUAs en tan solo 3 meses que en aquella que numeraba 10 DUAs en 12 meses. No obstante, y en esto radicaba lo absurdo y lo rígido, el beneficio era otorgado por la autoridad aduanera en el segundo caso (menos conocimiento y menos posibilidad de confiar) que en el primero (mayor conocimiento y mayor posibilidad de confiar).

- 12 De acuerdo con el Glosario de Términos de la Ley General de Aduanas aprobada por el Decreto Legislativo 809 (Ley General de Aduanas anterior) se entiende por Terminales de Almacenamiento a los «Almacenes destinados a depositar la carga que se embarque o desembarque, transportada por vía aérea, marítima, terrestre, postal, fluvial y/o lacustre. Deberán ser considerados para todos los efectos como una extensión de la Zona Primaria de la jurisdicción aduanera a la que pertenecen, por tanto en ella se podrán recibir y despachar las mercancías que serán objeto de los regímenes y operaciones aduaneros que establece la ley general de aduanas». La NLGA ya no hace alusión al concepto de «Terminal de Almacenamiento» sino al de «Depósito Temporal», el mismo que es conceptualizado como el «local donde se ingresan y/o almacenan las mercancías pendientes de autorización de levante por la autoridad aduanera», con la gran diferencia, en relación con el Decreto Legislativo 809, que dicho ingreso ya no es obligatorio (esquema de levante anticipado garantizado sin culminación del despacho aduanero).

Con la dación de la NLGA lo que era la excepción pasó a ser la regla general, es decir, el despacho regular (normal) es ahora uno sustentado en una «fórmula anticipada de despacho» en función a la cual se permite, como ya se mencionó, el inicio de procedimientos y trámites antes que las mercancías arriben al país. De este modo, la Aduana podrá ser proveída, con anticipación a la llegada de la mercancía, de aquella información relevante que resulta indispensable para poder activar la maquinaria aduanera (y el control aduanero implícito en ella) en forma antelada, permitiéndose así que los elementos de la «ecuación aduanera» inicien su respectiva interacción en forma anticipada. La mercancía llegaría al país contando ya con su respectiva «partida de nacimiento» (destinación aduanera, asignación de canal de control, etc.).

Adicionalmente a la consagración como regla general de un «Despacho Aduanero Ex - Ante», la NLGA también ha introducido dos modificaciones del todo relevantes: (i) el no ingreso temporal obligatorio de las mercancías arribadas al país a Terminales de Almacenamiento o Depósitos Temporales; (ii) la creación de un sistema de «Garantías Globales o Específicas» que sustituyan a la tradicional «prenda aduanera»; y (iii) la posibilidad de otorgar el «Levante Aduanero» antes que el «Despacho Aduanero» haya culminado¹³.

En base a lo expuesto precedentemente, podemos afirmar que la NLGA ha originado el cambio estructural del sistema aduanero, debido a que ha cambiado la lógica de la «ecuación aduanera», situación que, a su vez, ha originado, que cada uno de sus elementos deban relacionarse de modo distinto a los efectos de servir debidamente a los propósitos del nuevo sistema¹⁴.

«Herramientas Facilitadoras» establecidas en la NLGA

A continuación, haremos referencias a algunas disposiciones introducidas en la NLGA a consecuencia del TLC que están llamadas a convertirse en los soportes de la reforma aduanera.

13 Mecanismo innovador que tiene por finalidad agilizar el proceso del levante a efectos de poder retirar las mercancías, en la mayor medida de posible dentro de las 48 horas siguientes al término de la descarga (cumplimiento de las disposiciones del TLC).

14 Con sujeción a la NLGA se redefinieron los alcances puntuales de cada régimen aduanero (armonización con las disposiciones del Convenio de Kyoto (Revisado) y de la Decisión 671 de la CAN), se crearon nuevos operadores de comercio exterior (Empresas de Servicio de Entrega Rápida, se redefinieron las obligaciones de cada uno de los operadores de comercio exterior y, consecuentemente, se redefinió también el esquema de sanciones aplicables al incumplimiento de dichas obligaciones.

Dado el carácter innovativo (sin antecedentes en la legislación aduanera peruana) de dichas disposiciones (a las que denominamos «herramientas facilitadoras») existe mucha expectativa aún respecto a la forma en que dichas medidas impactarán el comercio exterior peruano, lo cual dependerá directamente no solo de los textos aprobados de la normativa reglamentaria sino, también, en la forma en que tanto la autoridad como los operadores de comercio exterior apliquen estas herramientas.

Nuevo sistema de Garantías Aduaneras¹⁵ [Simplificación Aduanera]

De manera preliminar, debemos hacer referencia al concepto clásico de la denominada «*prenda aduanera*», la misma que tenía (y tiene) por finalidad garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones aduaneras a cargo del dueño o consignatario de la mercancía que se desea ingresar al país.

En base a esta figura (aún en vigencia en la NLGA) la mercancía que arriba al país queda automáticamente constituida en garantía (prenda) del debido cumplimiento de las obligaciones del declarante. Esta garantía deviene en una prenda legal (constituida por mandato legal) que deberá mantenerse vigente hasta que la Aduana autorice el levante de las mercancías (autorización de retiro de recintos aduaneros), luego de haber verificado el cumplimiento de las obligaciones administrativas y tributarias a cargo del declarante.

Debemos hacer referencia al concepto clásico de la denominada «*prenda aduanera*», la misma que tenía (y tiene) por finalidad garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones aduaneras a cargo del dueño o consignatario de la mercancía que se desea ingresar al país.

En un esquema como el descrito, resulta comprensible que el funcionario aduanero tuviese una tendencia natural a mantener en custodia la mercancía constituida en prenda durante todo el tiempo en que debiese incurrir para verificar el debido cumplimiento de la normatividad aduanera. Esto es, todo el tiempo que tomasen las acciones de control documentario y/o físico que, en función al canal de control asignado, tuviesen que ser desarrolladas respecto de la mercancía extranjera objeto de declaración aduanera.

Ello, como es lógico, tenía impacto directo en los tiempos que la mercancía permanecía en los almacenes aduaneros (esperando la autorización de levante), así como en los consecuentes mayores costos (almacenaje, seguro, etc.) que los operadores debían soportar; circunstancia que, como resulta

15 Artículo 160 y demás conexos de la NLGA.

evidente, encarecía las operaciones de comercio exterior. En otras palabras, y en términos del régimen de importación definitiva, el despacho de importación no solo resultaba lento sino que, además, resultaba muy caro.

Teniendo esto en consideración, y en línea con los objetivos trazados, la NLGA instauró un nuevo mecanismo optativo de utilización de garantías previas a la numeración de la declaración (en adelante «el nuevo sistema de garantías») en base al cual se podrá garantizar el 100% de la deuda tributaria aduanera sustituyendo la tradicional prenda aduanera (constituida sobre la mercancía que arribaba al país y cuya aplicación, en la mayoría de los casos y como ya se mencionó, no había más que dilatar los tiempos de despacho aduanero).

Fundamentalmente el nuevo sistema permitirá: (i) poder retirar la mercancía de los recintos aduaneros dentro de las 48 horas siguientes al arribo del medio de transporte; (ii) obtener el levante antes de la determinación final del monto de la deuda tributario aduanera; y (iii) que la obligación tributaria aduanera se torne exigible recién al vigésimo primer día calendario del mes siguiente de la fecha del término de la descarga (despacho anticipado) o de la fecha de numeración de la declaración (despacho excepcional o no anticipado¹⁶). Para ello, se han previsto dos modalidades, la garantía «específica» (aplicable, en particular, a declaraciones aduaneras seleccionadas por el beneficiario) y la «global» (aplicable por periodos anuales renovables) para asegurar el cumplimiento de obligaciones vinculadas con una o varias declaraciones o solicitudes de regímenes aduaneros, respectivamente.

De momento, las únicas garantías que el común de operadores puede presentar para estos fines son la carta fianza y la póliza de caución, circunstancia que genera cierta inquietud por el hecho que estas garantías no necesariamente podrían ser las más idóneas para poner en marcha el nuevo sistema de garantías (lo tornarían oneroso), máxime si este se sustenta en el sistema americano de los «*customs bonds*» el mismo que funciona a manera de «seguro a las importaciones»¹⁷.

De otro lado, es importante mencionar que el nuevo sistema de garantías permitirá unificar en una sola las diversas garantías por obligaciones

16 En el que, en oposición al «despacho anticipado», los trámites aduaneros son iniciados con posterioridad al arribo del medio de transporte internacional.

17 Al respecto, es de mencionar que está siendo objeto de estudio el sistema de «seguro a las importaciones» utilizado en los Estados Unidos, mecanismo en función al cual se podrían garantizar las operaciones de importación mediante la contratación de una póliza de seguro (expedida por las compañías aseguradoras) que tenga por finalidad cubrir (asegurar a la Aduana) contra eventuales incumplimientos derivados del no pago de la deuda tributaria aduanera («siniestro») a cargo del sujeto obligado (importador).

tributarias que ya existían, nos referimos a las garantías para los regímenes de admisión temporal para reexportación en el mismo estado y de admisión temporal para perfeccionamiento activo; garantías por declaraciones provisionales del valor aduanero (en aquellos casos, por ejemplo, de pagos por concepto de regalías asociadas con mercancías importadas; de vinculación entre el importador y el proveedor extranjero, etc.); y garantías por impugnación de deuda tributaria aduanera («dudas razonables»).

De otro lado, es de señalar que a nivel de la NLGA, aún se mantiene la distinción entre las garantías por obligaciones tributarias y las garantías por obligaciones administrativas (para los almacenes aduaneros, por ejemplo). Esta situación, en nuestra opinión, debería ser revisada más adelante ya que el sistema de garantías aduaneras debería ser aplicado en función al «operador» (personas que efectúan operaciones aduaneras) y no al «estamento» (operación o régimen puntual llevado a cabo); ello con la finalidad de no seguir manteniendo «garantías ociosas» que no hacen más que encarecer las operaciones de comercio exterior.

Figura del Operador Económico Autorizado¹⁸ [Gestión del Riesgo]

La NLGA también ha creado la figura del Operador Económico Autorizado (OEA) a modo de una certificación, por parte de la Aduana, en el sentido que un determinado operador le resulta confiable. Como consecuencia de esta certificación, dicho operador se hará acreedor a ciertos beneficios (aún por definir de manera integral para los operadores de comercio exterior que interactúan en la cadena logística internacional de mercancías), en lo relativo al control aduanero y a la simplificación de procedimientos. En cuanto al «control» resultaría razonable que los beneficios estén orientados hacia la reducción del nivel de riesgo en las operaciones de comercio exterior (asignación generalizada de canal verde, por ejemplo), la posibilidad de poder efectuar despachos anticipados mediante el uso de garantías nominales (sin costo financiero), etc. En cuanto a la «simplificación» resultaría razonable que los beneficios estén orientados hacia la prioridad en cuanto el retiro de la mercancía, declaraciones simplificadas para los trámites aduaneros, etc.

La NLGA también establece que la referida certificación podrá ser obtenida solo por aquellas personas que cumplan determinados requisitos relacionados con una trayectoria satisfactoria; solvencia financiera y patrimonial; un nivel de seguridad adecuado, entre otros. Las normas de implementación de la figura del OEA que se vienen elaborando, aún

18 Artículo 44 y siguientes de la NLGA.

mantienen un desbalance entre el nivel de exigencia para el acceso a la certificación (requisitos) y los beneficios tangibles que tal certificación irrogará a las empresas que la obtengan. De momento, se han iniciado programas piloto, fundamentalmente, con algunas empresas exportadoras cuyos resultados concretos aún no se conocen con exactitud. Lo cierto es que, en términos generales, el empresariado peruano aún viene viendo a la Certificación del OEA más como una costo adicional que como una inversión; situación que deberá ser revertida para que la herramienta realmente funcione a cabalidad.

De otro lado, es de señalar que la reglamentación de esta figura debería estar en consonancia con certificaciones internacionales similares. Tenemos, por ejemplo, la figura del *Operador Económico Autorizado* utilizada por los países de la Unión Europea. Esta certificación, al igual que la peruana, está relacionada con temas de seguridad (control), simplicidad (reducción de costos) o ambas a la vez. Lo interesante es que esta figura constituye un reconocimiento internacional de la condición de «Socio Fiable» del operador de comercio exterior. Como vemos, si de lo que se trata es de procurar la seguridad integral de la Cadena Logística Internacional («Cadena Logística Segura») resulta coherente que una misma certificación sea reconocida tanto por la Aduana del país de exportación como por aquella del país de importación.

Así, sobre la base de una armonización de requisitos de acceso al beneficio; de la estandarización de la gestión del riesgo (indicadores de riesgo comunes); de una necesaria cooperación entre autoridades aduaneras («Aduana Global» con responsabilidades compartidas); así como la estandarización de procesos por dichas autoridades, no solo se podría efectivamente orientar el control aduanero hacia las operaciones de alto riesgo («comercio ilegítimo» o «riesgoso») y flexibilizar sustancialmente dicho control en las operaciones de bajo riesgo (concepto de «comercio legítimo» implícito en la figura del «Socio Fiable»), sino también permitir que las operaciones aduaneras puedan verse drásticamente simplificadas.

Ello, como fácilmente puede apreciarse, originará, de un lado, la reducción de costos en las operaciones de comercio exterior (a un nivel de cadena logística); y, de otro, la generación de un interesante plus de valor agregado en la oferta exportable en la medida que los exportadores del país certificante contarían con un reconocimiento internacional en torno a su «fiabilidad» que redundaría en el aporte de su respectiva «cuota de seguridad» a la cadena logística internacional, situación que lo tornaría en más competitivo respecto de exportadores de otros países que no cuenten con una certificación de tal naturaleza.

Como vemos, la figura del OEA es positiva. No obstante, la misma debería ser regulada de un modo tal que permita su «internacionalización» en el mediano plazo.

Resoluciones Anticipadas¹⁹ [Seguridad Jurídica]

Las Resoluciones Anticipadas tienen por objeto obtener un pronunciamiento oficial de la Autoridad Aduanera respecto a la aplicación, en un caso en particular, de la normativa técnica y tributaria aduanera respectiva.

No queda duda que la importancia de contar con un sistema de Resoluciones Anticipadas estriba en la necesidad del sector empresarial de dotar de seguridad a sus operaciones. Esto es, evitar o mitigar contingencias futuras actuando en sujeción a un pronunciamiento vinculante de la Autoridad el cual es producto del legítimo derecho del administrado de buscar absolver dudas en aquellos casos en los que la aplicación de la normativa aduanera genera posibles diversas interpretaciones.

Así, y a consecuencia del TLC, a las tradicionales consultas en materia de clasificación arancelaria se sumó la posibilidad de obtener este tipo de pronunciamientos en materias como valoración aduanera, devoluciones, suspensiones y autorizaciones de aranceles aduaneros, reimportación de mercancías reparadas o alteradas y asignación de cuotas.

En relación con las características de las Resoluciones Anticipadas es de señalar que:

- (i) No pueden versar sobre el sentido y alcance de las normas [solo caben consultas puntuales relacionadas con casos concretos];
- (ii) Se consideran válidas y eficaces sobre la base de los hechos, documentación, muestras y/o información proporcionada por el solicitante, siempre que los mismos no hayan cambiado al momento de realizarse la importación.
- (iii) Las modificaciones o rectificaciones solo proceden cuando se produce un cambio en los hechos y las circunstancias que fueron analizadas por la Autoridad Aduanera;
- (iv) Cabe la «revocación retroactiva» solo si la Resolución Anticipada es expedida sobre la información incorrecta o falsa.

¹⁹ Artículos 210 y 211 de la NLGA.

- (v) Se debe contar con la Resolución antes de efectuar la importación de las mercancías [la Autoridad Aduanera cuenta con un plazo de 150 días calendario para emitir la resolución].
- (vi) La Resolución es eficaz desde su emisión (u otra fecha establecida en ella) y sirve para otras transacciones futuras siempre que: (a) el importador sea el mismo; y (b) las circunstancias y condiciones sean las mismas
- (vii) No cabe su emisión: a) si no se trata de un importador, exportador o productor; b) respecto de casos que se encuentren sujetos a acción de control; y c) respecto de casos que sean materia de un procedimiento contencioso tributario en trámite.
- (viii) Deberán publicarse en el portal de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria del Perú (SUNAT), salvo que por indicación expresa del interesado la información proporcionada para su emisión tenga el carácter de confidencial.

Como se aprecia, lo que busca este mecanismo es contar con una herramienta que pueda ser oponible por el importador ante la Autoridad Aduanera en caso que esta, en forma posterior, intentase interpretar, y consecuentemente aplicar, la normativa de aduanera a un caso concreto en forma distinta. Así, si por alguna razón la Autoridad Aduanera cambiara de criterio dicha diferente interpretación resultaría aplicable para el futuro pero no debería afectar las operaciones anteriores llevadas a cabo mientras estuvo vigente el criterio posteriormente modificado.

Detrás de esta consecuencia jurídica subyace el elemental principio de Buena Fe²⁰ en función al cual los administrados recurren a la Autoridad para obtener pronunciamientos fundados en derecho y bajo la elemental premisa que la Autoridad «no se equivoca». Dicho accionar de buena fe es el que, creemos, sustenta no solo el efecto vinculante que estas resoluciones tienen para la Autoridad Aduanera, sino también la forma en que los particulares encaucen sus operaciones y orienten sus decisiones de negocio.

En relación con ello, es importante tener presente que el efecto vinculante de las Resoluciones Anticipadas resulta de aplicación solo para el caso de operaciones idénticas a aquella examinada por la Autoridad Aduanera como sería, por ejemplo, el tratamiento sobre valoración adua-

20 Al respecto, es importante mencionar que conforme a lo señalado en el artículo 8 de la NLGA «los principios de buena fe y de presunción de veracidad son base para todo trámite y procedimiento administrativo aduanero de comercio exterior».

nera de aquellas importaciones efectuadas bajo los alcances de un contrato de distribución matriz del que se desprenden múltiples órdenes de compra estructuradas de la misma manera.

Empero, no queda claro a partir de qué momento algo «idéntico» al esquema analizado previamente dejará de serlo. Esto es, si para que se pierda la «identidad» bastaría solo con modificar cualquier elemento del esquema inicial o solo aquellos que sean considerados como «esenciales». Si bien lo segundo resultaría lo razonable, creemos que mucho dependerá del criterio en base al cual actúe la Administración Aduanera en cada caso en particular. En todo caso, si se perdiese el efecto vinculante de este tipo de resoluciones debido a la modificación de los elementos característicos de una situación en concreto, tales pronunciamientos de la autoridad aduanera siempre proporcionarían un criterio válido de soporte y orientación para proceder en casos similares.

Finalmente comentar que, desde nuestro punto de vista, existe diferencia (que pareciera no quedar clara para los operadores de comercio exterior) entre las consultas que puedan ser absueltas por la Aduana en los lugares («puntos de contacto») establecidos para tal fin y las Resoluciones Anticipadas que sean expedidas por la Aduana ante preguntas sobre temas puntuales como la valoración aduanera, por ejemplo.

En efecto, consideramos que las consultas en los puntos de contacto están relacionadas con preguntas puntuales sobre temas operativos concretos que inciden en el día a día de la actividad del operador de comercio exterior. En estos casos, se esperaría (por ser ello razonable) que dichas consultas sean atendidas (es decir, contestadas) en el mismo instante en que son formuladas o, en todo caso, en un tiempo prudencial (que no debería pasar de uno o dos días, salvo complejidad demostrada de la consulta formulada). Las opiniones vertidas en base a estas consultas, por cierto, no resultan vinculantes para la Autoridad Aduanera dado su carácter meramente informativo.

En cambio, las Resoluciones Anticipadas están relacionadas con asuntos legales, «per se» complejos, que requieren una definición concreta y expresa por parte de la autoridad aduanera (ya sea por un vacío legal, por oscuridad de la norma, por dualidad de criterios, etc.) Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas consultas relacionadas con las implicancias aduaneras de operaciones complejas de gran envergadura o esquemas de negocio complejos que requieren a ser implementados. Es por esta razón que tanto el TLC como la NLGA han establecido que estas Resoluciones deberán ser expedidas en un plazo no mayor a los 150 días calendario siguientes a la presentación de la respectiva solicitud.

IV. EL GRAN RETO -LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA MENTALIDAD FACILITADORA-

En nuestra opinión, el cambio del sistema aduanero al que hemos hecho referencia no es suficiente. Ello, debido a que la realidad no cambia porque cambia la ley, sino por que cambian las personas (su forma de pensar y de entender la realidad).

En esta línea, un problema concreto que deberá ser afrontado y solucionado está relacionado con el «choque cultural» existente entre el modelo americano (utilizado de base para la negociación y aprobación del TLC y que, como ya vimos, influyó de modo determinante en el texto de la NLGA) y el tradicional sistema aduanero peruano.

Nos explicamos, el modelo americano está sustentado en la buena fe en cuanto al accionar del operador del comercio exterior, es decir, en un nivel alto de confianza por parte de la autoridad aduanera en relación a lo que le es declarado por dicho operador. Aunque un accionar sustentado en la «buena fe y en la presunción de veracidad» constituye principio rector de las actividades aduaneras (ello, como ya señalamos se encuentra expresamente señalado por la NLGA), estimamos que para la autoridad aduanera peruana la aplicación de este elemental principio no podría resultarle del todo sencillo.

En efecto, desafortunadamente en el Perú nos hemos acostumbrado a vivir (y convivir) en una «cultura de la desconfianza», en donde la palabra empeñada y la declaración efectuada aún no han encontrado el posicionamiento y respeto que se merecen. La prueba más palpable de ello es que la normativa aduanera de índole reglamentaria y procedimental (aprobada por la propia autoridad aduanera) está plagada de regulaciones que pecan de un excesivo «controlismo» y que, por ende, no contribuyen a facilitar sino, por el contrario, dificultan las actividades de comercio exterior.

Ello, es consecuencia («mea culpa») de la actuación desleal y fraudulenta de algunos operadores de comercio exterior (que en efecto existen y cuyo accionar desafortunadamente empaña y genera un tamiz de duda en la actuación de aquellos otros que actúan correctamente -a mi entender, la gran mayoría-).

Es por ello que, desde nuestro punto de vista, la única forma que el cambio del sistema aduanero pueda acarrear un efecto positivo para el comercio exterior peruano es que este vaya acompañado de una verdadera «Mentalidad Facilitadora» en base a la cual las disposiciones reglamentarias y de procedimiento sean finalmente aprobadas, interpretadas y aplicadas por las autoridades competentes. Para ello, será necesario que los

operadores de comercio exterior también jueguen debidamente el rol que les toca, el cual es el agotar esfuerzos por proveer a la autoridad aduanera de datos exactos y veraces que permitan que las acciones de control aduanero y la indispensable generación de indicadores de riesgo fiables pueda ser llevada de una forma adecuada y transparente.

Es preciso orientar nuestras acciones, desde el ámbito público o privado, hacia la generación de una «cultura de la confianza» que nos eleve, como personas y como país, a un nivel superior de convivencia y de generación de progreso y desarrollo.

V. CONCLUSIONES

- Los cambios introducidos en la NLGA como consecuencia de la implementación del TLC, que en esencia podrían parecer simples, han originado un cambio profundo del sistema aduanero peruano debido a que se ha modificado la forma en que los elementos de la «ecuación aduanera» se relacionan entre sí.
- Estos cambios no solo han sentado las bases para que la implementación del Capítulo V del TLC pueda llevarse a cabo de una manera eficiente, sino, además, apuntan a modernizar la legislación aduanera peruana sobre la base de estándares internacionales aplicables en países o bloques de países con un mayor nivel de desarrollo que el nuestro.
- Figuras como las del sistema de Garantías para el pago de la deuda tributaria aduanera (en sustitución a la prenda aduanera), el no ingreso obligatorio de la mercancía a Depósitos Temporales y la del Levante sin la culminación del Despacho Aduanero permitirían el retiro de la mercancía de los recintos aduaneros «de inmediato o casi de inmediato» en sujeción al principal mensaje que emana del TLC.
- La gestión adecuada del riesgo en las operaciones de comercio exterior, el manejo debido de indicadores de riesgo fiables y permanentemente actualizados, así como la creación de la figura del Operador Económico Autorizado («Socio fiable» concebido como un gran generador de confianza), resultan indispensables a los efectos de orientar el control aduanero a los fines de la facilitación

Los cambios introducidos en la NLGA como consecuencia de la implementación del TLC, que en esencia podrían parecer simples, han originado un cambio profundo del sistema aduanero peruano

(redefinición del rol de la Aduana moderna en el plano internacional con orientación hacia una «control aduanero responsable»). De esta manera, los recursos escasos con los que dispone la autoridad aduanera podrían ser empleados en aquellas operaciones consideradas como de «alto riesgo» (vinculadas con la figura del «comercio ilegítimo»), limitando, si no eliminando, su utilización en aquellas operaciones consideradas como de «bajo riesgo» (vinculadas, por oposición, con la figura del «comercio legítimo»).

- La posición oficial de la Autoridad Aduanera plasmada a través de las Resoluciones Anticipadas servirá para dotar de seguridad jurídica a las operaciones llevadas a cabo por los particulares. El efecto vinculante de dichas resoluciones resulta indispensable para ello. Dicho efecto, en principio, no debería perderse por modificaciones menores de esquemas operativos.
- El cambio del sistema aduanero instaurado como consecuencia de la dación de la NLGA no es suficiente para modificar el «status quo». Se requiere necesariamente la implementación de una «mentalidad facilitadora» que sea sustentada en la generación de una «cultura de la confianza» en sujeción a la cual los principios de «buena fe» y de «presunción de veracidad» cobren su real dimensión y se conviertan verdaderamente en pilares fundamentales de este cambio.

EL «EXAMEN DE NO ATRIBUCIÓN»: UN ANÁLISIS TRADICIONAL Y PROSPECTIVO DE SU APLICACIÓN EN INVESTIGACIONES ANTIDUMPING¹

Luis Carlos Ramírez Martínez²

Fecha de Aceptación: Abril 29 - 2014

Resumen

En el presente artículo se realiza un breve estudio del «Examen de No Atribución», aplicable en investigaciones de Defensa Comercial, especialmente, en Antidumping. Se analizan sus características generales, su incidencia en el manejo del mecanismo Antidumping, no solo como mecanismo de Defensa Comercial, sino en relación con los derechos antidumping como herramientas de Política Industrial, así como sus aplicaciones en el caso de la Política Comercial. En la primera Política se destaca el deseable y tradicional carácter garantista del ENA en la administración de dicho mecanismo, de tendencia proteccionista y/o promotora de las industrias, especialmente en ciclos económicos de crisis. En el caso de la segunda Política se destacan algunos elementos de prospectiva para el ENA en relación con el caso colombiano, en desarrollo de sus crecientes esquemas de integración económica. Finalmente, se concluye que i) el ENA ofrece su mayor utilidad al mantenerse como garantía procesal y jurídica de equilibrio en la administración del mecanismo Antidumping, especialmente, como instrumento de Política Industrial, ii) sin perjuicio de su utilidad frente al mecanismo como instrumento de Política Comercial y iii) de que las condiciones de su futura aplicación se mantendrán ligadas a la suerte del mecanismo en el sistema multilateral y al uso al que lo orienten los gobiernos.

Palabras clave: Antidumping, Examen de No Atribución, Relación de Causalidad, Política Comercial, Política Industrial.

- 1 Artículo preparado como trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho, de la Universidad Sergio Arboleda.
- 2 Abogado (Colombia). Asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Las ideas y planteamientos del presente artículo pertenecen y son de exclusiva responsabilidad de su autor y en nada comprometen la posición u opiniones de los mencionados Oficina y Ministerio.

Abstract

This paper is a brief study of the «Non-Attribution Test», applicable in investigations of Trade Remedies, especially in Antidumping. Its general characteristics are analyzed, its impact on the handling of the Antidumping mechanism, not only as Trade Remedies, but as an Industrial Policy tool and its applications in the case of Trade Policy. While in the first Policy it is highlighted the traditional desirable and guarantor character of NAT in the handling such a mechanism, which has a protectionist tendency and / or promoter of local industries, especially in cycles of crisis, in the case of the second kind of policy some prospective elements are highlighted for the NAT, too, in connection to the case of Colombia, in furtherance of its growing Economic Integration schemes. Finally, we arrive to some conclusions, like that i) NAT provides its most useful when remaining as a legal guarantee of balance in handling the Antidumping mechanism, as an instrument of Industrial Policy, ii) besides its usefulness for the mechanism as a tool of Trade Policy and iii) that the conditions of its future application will remain tied to the fate of the mechanism at the trading system and its usage by governments.

Key words: Antidumping, Non-Attribution Test, Causal Link, Industrial Policy, Trade Policy.

INTRODUCCIÓN

Las medidas Antidumping no son solo «*remedios*» para combatir prácticas desleales en Comercio Internacional. Su aplicación trasciende este concepto y las convierte en herramientas de Política Industrial y Comercial, cuyos efectos deben ser correctamente controlados. En este escenario, los ENAs no solo propenden por la correcta aplicación de los derechos Antidumping como «*remedios*» en Comercio internacional, sino que fungen como garantías de equilibrio en su uso como herramienta de Política Comercial y de Política Industrial por los gobiernos.

Desde ya conviene decir que, en punto de la regla general de liberación y no discriminación en el Comercio Internacional, la correcta aplicación de los derechos Antidumping, como excepción a dicha regla general, se garantiza, principalmente, por la consagración legal y desarrollo doctrinal del *Examen de No Atribución*, ENA, exigido a cada miembro de la OMC, de manera que la aplicación de dicha excepción no entrañe un disimulado o expreso proteccionismo de industria.

Más bien, el ENA puede fungir como la fórmula de balance entre la Política Industrial, protectora y promotora, de un país y su Política Comercial, aperturista e integradora.

El ENA, de génesis más o menos reciente³, sirve para garantizar mantener la naturaleza excepcional y la correcta aplicación de los derechos Antidumping⁴ en el Derecho del Comercio Internacional, al coincidir, o no, tal aplicación con la Política Industrial (abierta o cerrada) de un gobierno, y preservar los principios de Nación Más Favorecida y No Discriminación, pilares de la Organización Mundial del Comercio, OMC.

Además, los efectos de su aplicación también pueden apreciarse en relación con la Política Comercial de un país, aspecto que se destacará en este artículo, en relación con la existencia misma del mecanismo Antidumping y su importancia en las negociaciones comerciales.

Sin perjuicio de que no se reconozca abierta y expresamente, para algunos autores⁵, las medidas Antidumping se vienen usando cada vez más

3 En los acápites posteriores se detallará un poco más sobre su evolución desde el Acuerdo General sobre Tarifas y Aranceles, GATT (por sus siglas en Inglés) hasta la actual Organización Mundial del Comercio, OMC.

4 Los derechos Antidumping, Compensatorios y medidas de Salvaguardia son mecanismos de defensa legal en el Comercio Internacional. Son una protección excepcional pero de aplicación legalmente permitida a los países miembros de la OMC. Desde el GATT y sus rondas hasta la creación de esta Organización se adoptaron provisiones sobre estos mecanismos. En especial, en los acuerdos constitutivos de la OMC, en 1994, se reconoció la existencia de este tipo de prácticas de competencia desleal y fenómenos complejos en el Comercio Internacional y se previeron los correctivos legales aplicables a cada una de ellas. Los gobiernos utilizan estos mecanismos de defensa para prevenir o corregir distorsiones en las condiciones de competencia, que suelen presentarse entre empresas del exterior (país exportador) y aquellas que conformen una Rama de Producción local (país importador), respecto de un determinado producto (mercancía).

5 De acuerdo con Hindley y Messerlin, «...The arguments that support antidumping legislation are at least superficially plausible...Is the antidumping drive addressing a real problem or is it just protectionism in drag? A related proposition, however, does not need extended discussion: even those who maintain that antidumping measures have a proper role can hardly deny it. It is that antidumping can easily degenerate into protectionism...Each of this arguments is superficially plausible, and each [one] give persons not actively involved in international trade or antidumping a sense that antidumping is a fully justified measure of public policy...» [Traducción al español: Los argumentos que apoyan la legislación antidumping son, al menos superficialmente plausibles [...] ¿Está el Antidumping comportando un problema real o es solo proteccionismo en avance? Una propuesta relativa a esto, sin embargo, no necesita discusión extendida: hasta los que sostienen que las medidas antidumping tienen un papel apropiado difícilmente pueden negar esto. Esto es, el antidumping puede degenerar fácilmente en proteccionismo...Cada uno de estos argumentos es superficialmente plausible, y cada [uno] da a las personas que no participan activamente en el comercio internacional o en las medidas antidumping una sensación de que las medidas antidumping son unas medidas totalmente justificadas de las políticas públicas...» (Véase HINDLEY, Brian and MESSERLIN, Patrick. A. «Antidumping Industrial Policy: Legalized Protectionism in the WTO and What to do About it». American Enterprise Institute for Public Research Press. Washington, 1996. Págs. 1-3).

como herramientas de la Política Industrial de gobiernos, tanto de países desarrollados como de países en desarrollo. Esto en la medida en que su aplicación puede orientarse a la defensa de sus sectores productivos estratégicos frente a la competencia foránea, en las condiciones de altos volúmenes y bajos precios en las importaciones. En este sentido, se estima que la efectiva aplicación de un ENA resulta esencial para evitar que el uso de las medidas Antidumping materialice, por parte del Estado, el indeseable Proteccionismo mencionado y, a su vez, comporte casos de Abuso del Derecho por parte de los productores nacionales en desmedro de los derechos de los importadores, exportadores y consumidores del producto.

En cuanto a la Política Comercial de un país, de apertura e integración con el mundo, la utilidad del ENA se estima viable al garantizar que las investigaciones y los derechos Antidumping se desarrollen y apliquen de manera justa y legal.

Si bien en el plano de la Política Industrial, los ciclos de crisis incrementan las investigaciones y medidas Antidumping, además de las otras causas o tipos de Dumping⁶, en el plano de la Política Comercial las preferencias negociadas en acuerdos de libre comercio pueden configurarse como catalizadores de su aplicación. Vale decir que los estados los celebran a diario en este nuevo orden globalizador de las economías.

Se estima que los gobiernos pueden tranquilamente hacer uso de los derechos antidumping, siempre que, mediante los ENA, ofrezcan a los consumidores y a sus actuales y potenciales socios comerciales una garantía adicional y legal de su no aplicación desbordada o indebida, tal que reviva o mantenga las indeseables y proscritas prácticas proteccionistas de los mercados nacionales.

6 Tradicionalmente, se distingue entre el i) Dumping Esporádico, cuando se trata de bienes con estacionalidades en su producción o ventas, incrementos en la capacidad instalada de producción, o por la necesidad reducir excedentes de inventarios por caídas en la demanda de países tradicionalmente consumidores del producto, por crisis económicas, por ejemplo ii) Dumping Permanente, asociado a las empresas que detentan Posición de Dominio o Monopolios, que pueden maximizar beneficios al discriminar precios en diferentes mercados, vendiendo más cantidades a menor precio y iii) Dumping Predatorio-Intermitente. Es el más dañino de todos y está asociado a la búsqueda y expansión hacia nuevos mercados por parte de una empresa exportadora, la cual ingresa a un nuevo mercado inicialmente vendiendo grandes cantidades a precios más bajos que los de los productores nacionales, eliminándolos, para luego adquirir Posición Dominante o Monopólica y fijar los precios a su mejor conveniencia, normalmente incrementándolos. CF. CRESPO. Raúl J. «Dumping, Antidumping y Fundamentos del Dumping». Publicado en la Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. III. No. 2, Julio-Diciembre, 1997, Págs. 5-8.

Es una realidad innegable que, a pesar de que el fin sea combatir las barreras al Comercio, los derechos Antidumping, las medidas de Salvaguardia⁷, e incluso las medidas Compensatorias⁸, en la práctica, las más de las veces, se mantienen como tales barreras. Con todo, hoy por hoy sus matices son diversos y esto puede verificarse en el marco de las Zonas de Libre Comercio⁹ y demás acuerdos comerciales, algunos en los que se mantiene o no el mecanismo Antidumping, según se trate de esquemas de integración más o menos profunda, total o parcial.

En los siguientes acápite se presenta un sintetizado pero detallado desarrollo de este trabajo académico, en aspectos como el Dumping y sus elementos generales, el Examen de No Atribución y sus particularidades, así como el papel del ENA en el campo de la Política Industrial y Comercial y sus correspondientes conclusiones.

I. EL MECANISMO ANTIDUMPING. SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Para entender la importancia del ENA es necesario describir los elementos estructurales de donde este deriva su aplicación, pasando brevemente de lo general a lo particular, esto es, describir los tres elementos estructurales anotados para concentrarnos en la relación de causalidad.

A. El Mecanismo Antidumping

El Dumping es una práctica de competencia desleal en el Comercio Internacional, que consiste en una discriminación de precios por virtud de la cual una empresa fija un precio inferior, para los bienes exportados al país importador, que aquel fijado para los mismos bienes vendidos por esta en su país de origen, causándole o amenazando causarle un daño grave a la o las empresas de la rama de producción nacional de ese bien en el país que los importa.

En Colombia las normas que disciplinan la corrección de esta práctica están consagradas en el Decreto 2550 de 2010¹⁰, a cargo de la Dirección

7 Reglamentadas mediante el Acuerdo de Salvaguardias, en concordancia con el Artículo XIX del GATT: «Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados».

8 Reglamentadas mediante el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias, en concordancia con los artículos VI y XVI del GATT.

9 Excepción al Principio de Nación Más Favorecida, permitida por el Artículo XXIV del GATT.

10 En su Artículo 5, sobre el Dumping, «...Se considera que un producto es objeto de dumping es decir, que se importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse hacia Colombia es menor que el precio comparable de un producto similar destinado al consumo en el país investigado...» (subrayado aparte).

General de Comercio Exterior, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. La investigación es instruida por la Subdirección de Prácticas Comerciales y la decisión es tomada por la citada Dirección una vez oída la recomendación del Comité de Prácticas Comerciales, un órgano colegiado heterogéneo. Esta norma guarda estrecha relación conceptual con el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI¹¹ del GATT, Acuerdo Antidumping de la OMC, en adelante AAD¹².

Una investigación que conduzca a la aplicación de derechos antidumping requiere de la verificación, por parte de la autoridad investigadora, de la existencia del i) Dumping, ii) El Daño y iii) La Relación de Causalidad entre estos dos últimos. Guardadas las proporciones, conviene anotar que se trata de una estructura muy similar a la de la clásica Responsabilidad Aquiliana del Derecho Romano, que se aplica en el Derecho Civil para la Responsabilidad Extracontractual con los elementos i) Culpa, ii) Daño y iii) Nexo Causal¹³. En esta institución del Derecho Civil, continental europeo, se predica la responsabilidad sancionable por una conducta culposa de un sujeto que con ella causa un daño a alguien y, de donde cabe, la posibilidad de su exoneración por situaciones («Otros Factores», según el Art.3.5 AAD) como la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el

11 Como se dijo, la norma del Decreto 2550 coincide con la redacción del Acuerdo Antidumping, por ejemplo, en punto de la definición de esta práctica, así: «2.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. (Subrayado aparte)

12 En el caso de las Subvenciones, o Subsidios, las empresas exportan sus productos con el apoyo de ayudas económicas de sus gobiernos, afectando a las empresas productoras locales del país importador. Por su parte, Las Salvaguardias se aplican para restringir temporalmente la entrada de importaciones de un producto cuando estas han aumentado en tal cantidad que causan o amenazan causar daño a los productores locales de ese mismo producto. No obstante estar consagradas en el Artículo XIX del GATT, los países cuentan con mecanismos más particulares para su aplicación, comoquiera que puede ser aplicadas de manera general o en el marco de acuerdos bilaterales de Comercio.

13 Lo sofisticado de la normativa multilateral que reglamenta fenómenos como el Dumping parece encontrar su sustrato, o por lo menos coincide, con las instituciones del antiguo Derecho Romano en su estructura, en especial en los rasgos compartidos por la No Atribución y las eximentes de responsabilidad. «...Las fuentes del Derecho Romano nos ofrecen las soluciones más desarrolladas de los problemas jurídicos recurrentes... Y uno de los casos más significativos es la materia de la responsabilidad extracontractual. En este ámbito parece imprescindible en la actualidad - como quiere LUIG- el uso del Digesto o el «relanzamiento de la historia». Porque la Lex Aquilia de damno y la sucesiva interpretación de la misma que hicieron los juristas romanos sirven hoy de base a la jurisprudencia del tribunal europeo...» Ver en CASTRESANA, Amelia. «La Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una Construcción Jurídica Actual». Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001. Pág. 2.

caso fortuito, o la culpa de un tercero. Se trata, en las tres causales citadas, de una lógica similar a la de un ENA.

En cuanto a las sanciones previstas para esta práctica, a diferencia de la indemnización directa que se da en la Responsabilidad Extracontractual, durante, y al cabo de la investigación, la autoridad podrá imponer o no Derechos Antidumping¹⁴ Provisionales y/o Definitivos, que consisten en un gravamen arancelario, un derecho de aduana adicional aplicado a las mercancías importadas con dumping desde el país investigado.

Vale la pena anotar que, de acuerdo con los informes enviados anualmente por los países miembros de la OMC sobre su administración del mecanismo Antidumping, se destacan los siguientes:

ANTIDUMPING OMC - Top Cinco 1995 - 2012

Los que más aplican derechos Antidumping	No.	Part. %	Los que más son sancionados con derechos Antidumping	No.	Part. %	Los sectores industriales más protegidos con derechos Antidumping	No.	Part. %
India	508	19	China	664	24	Metales comunes y sus manufacturas	769	28
Estados Unidos	312	11	República de Corea	181	7	Productos de la industria química y afines	585	22
Unión Europea	285	10	China, Taipéi	149	5	Resinas, plásticos y sus artículos, caucho y sus artículos	338	12
Argentina	215	8	Estados Unidos	145	5	Textiles y sus artículos	239	9
China	156	6	Japón	122	4	Maquinaria y equipo eléctrico	229	8
TOTAL	2719	100	TOTAL	2719	100	TOTAL	2719	100

Fuente: OMC, 2012

14 Normalmente consiste en un derecho de aduana adicional pagadero con la liquidación de tributos aduaneros en la forma de un arancel Ad-valorem. En el caso colombiano, este puede revestir la forma de un arancel Ad-Valorem o un Precio Base para su cálculo, consistente en el menor valor que haya entre la diferencia de este precio base y el precio de importación declarado por el importador de ese país sancionado. Estos derechos pueden aplicarse en forma Provisional, para impedir daño durante el plazo de la investigación y en forma Definitiva, para restablecer las condiciones de competencia que han sido distorsionadas por el «dumping», por 5 años, que pueden prorrogarse luego de una revisión en la que se demuestre que de no prorrogarlo las importaciones seguirán entrando a precios de dumping.

Como se ve, la aplicación de los derechos antidumping es considerable. En el actual mundo globalizado, de economías que se integran día a día por vía de acuerdos comerciales y reducciones arancelarias, los derechos antidumping, medidas de salvaguardia y derechos compensatorios han devenido en alternativas de protección arancelaria legalmente consentidas.

1. *El Elemento Dumping*

Se debe demostrar que los productos están siendo exportados a precios más bajos que en su país de origen. Es necesario acreditar un incremento significativo de las importaciones del producto del país investigado, y precios significativamente bajos frente al resto de países de origen en el último año, deseablemente. Establecido lo anterior, se pasa a verificar si existe una considerable diferenciación de precios, es decir, si el Valor Normal, al que se vende el producto en el país de origen es un precio más alto que el Precio de Exportación¹⁵ hacia el país afectado, esto es, el precio al que se hace la transacción del producto con destino al país importador. Vale la pena tener en cuenta las metodologías especiales que se aplican al cálculo de los precios de exportación cuando las importaciones provienen de países como China que, al ser considerados como de Economía Centralmente Planificada, se les aplican las normas respectivas de su Protocolo de Adhesión a la OMC, como se verá más adelante. En ambos casos, esta comparación de precios se hace en un mismo nivel comercial, ya sea Ex Works o FOB¹⁶.

15 Para la comparación de precios se prevén los casos de las Economías Centralmente Planificadas, «Non Market Economies». Por ejemplo, en el caso de China, al momento de su ingreso a la OMC, en 2001, se estableció en su Protocolo de Adhesión (DOCUMENTO WT/L/432, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2001 «ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA»), en el Numeral 15, que la «COMPARABILIDAD DE LOS PRECIOS PARA DETERMINAR LAS SUBVENCIONES Y EL DUMPING» podría realizarse utilizando los precios o costos de un tercer país considerado de Economía de Mercado, puesto que no es posible hacer la comparación entre los precios domésticos en China y sus precios de exportación (Véase también *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/ACC/CHN/49, 1 OCT. 2001, para.150). Colombia, a la fecha, no le ha otorgado estatus de Economía de Mercado a ese país, por lo cual, se considera que se encuentra aún en el periodo de transición hasta 2016, en el cual se espera que su economía se ajuste a condiciones de mercado. Sin embargo, tiene a su discreción la decisión de considerar, o no, a China, como economía de mercado siempre que se verifique el cumplimiento de los criterios establecidos al efecto contrario en la normativa internacional.

16 Incoterms que se utilizan para asegurar que la comparación de precios sea lo más real posible. «FOB» significa «Free On Board», esto es, puesto a bordo del buque y «Ex Works», significa, puesto en la puerta de la fábrica. (Conf. The World Trade Press Illustrated Guide to Incoterms 2010. A comprehensive guide to the 11 INCOTERMS 2010. Ed. World Trade Press, 2010. http://books.google.com.co/books?id=VnZOkvrM4A0C&printsec=frontcover&dq=incoterms+2010&hl=es&sa=X&ei=c_BMUrXXGYK69gS0loAg&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q=incoterms%202010&f=false

A partir de la diferencia anterior, se obtiene un Margen, denominado Margen de Dumping, que corresponde al monto en el cual el precio del producto de exportación es inferior al valor normal. El margen es Absoluto, por la diferencia entre el Valor Normal y el Precio de Exportación, y se calcula como Relativo al Precio de Exportación, debiendo ser superior al 3%, de manera que no se tome como de *minimis* y haga inviable la apertura de la investigación.

2. *El Elemento Daño*

Verificada la existencia del Dumping, se debe demostrar que existió daño, en los tres años anteriores a la apertura de la investigación, o amenaza de daño inminente y posterior, en la producción nacional de bienes similares en el país importador. Específicamente, la o las empresas afectadas por el Dumping deben demostrar que como consecuencia de esta práctica han sufrido un i) un Daño Importante, o una ii) Amenaza de Daño o el iii) El Retraso Importante en el Establecimiento de una Rama de la Producción Nacional. Cualquiera de estas tres situaciones puede ser alegada por el demandante y debe ser efectivamente probada.

En el caso del Daño Importante, se debe demostrar que en los últimos tres años y en el momento de la solicitud, la o las empresas que conforman la rama de la producción nacional han sufrido un deterioro general e importante, de sus variables o indicadores económicos (nivel de precios, márgenes de rentabilidad, ventas, uso de capacidad instalada, acumulación de inventarios, etc.), en relación con la línea de producción objeto del Dumping.

Por su parte, cuando se trata de Amenaza de Daño, se debe demostrar la inminencia de un daño que aún no se ha sufrido por la empresa que demanda. Finalmente, en caso de alegar el Retraso, se debe demostrar que la práctica del Dumping impide que la rama de la producción se establezca en el país importador.

3. *El Elemento Relación de Causalidad*

Descrito lo anterior, el elemento Relación de Causalidad es clave de analizarse. No solo por ser el corolario de la concurrencia entre los dos elementos iniciales, sino porque de aquel se deriva la garantía excepcional del ENA. La efectiva realización de un ENA constituye una formidable garantía de correcto manejo del mecanismo Antidumping, en términos de Justicia, esto es, del Debido Proceso y el Derecho de Contradicción universales.

Este último elemento consiste en acreditar que la causa del Daño o Amenaza de daño o Retraso son las importaciones investigadas, de los bienes a

precios de Dumping. El análisis detallado del material probatorio, por parte de la autoridad investigadora, le permitirá llegar a la determinación objetiva de la existencia, o no, de este nexo de causalidad. En general, ambas constataciones Dumping y Daño deberán idealmente coincidir en el tiempo, como se verá seguidamente.

Sin embargo, es posible que se den situaciones en las que se pruebe la existencia del Dumping y se pruebe la existencia del Daño sin que entre ambas haya nexo causal, o la una sin la otra. Cualquiera de estas situaciones conduce al cierre de una investigación sin la imposición de derechos antidumping por parte de la autoridad investigadora.

Estas situaciones, guardadas las proporciones, no son desconocidas para el tradicional Derecho Civil. En ocasiones, como sucede en las determinaciones sobre el Vínculo de Causalidad en la Responsabilidad Civil Extracontractual¹⁷, la autoridad se encuentra con que el Daño no es exclusivamente atribuible a una conducta dañina (Dumping), luego de realizar un exhaustivo análisis de la causalidad («Examen de No Atribución», Artículo 3.5 AAD). En consecuencia, no se impone la sanción de los derechos antidumping a las importaciones investigadas.

El ENA resulta crucial en el marco del 3.5 AAD. Se trata de una cuestión de seguridad jurídica y seriedad predicables de la autoridad investigadora, tanto por la obligación formal de su realización como por su efectiva aplicación en doble vía. Esto es, no solo hacia adentro, para garantizar a las partes interesadas¹⁸ el debido proceso y sus derechos de defensa y contradicción, sino hacia afuera, por el cumplimiento de sus obligaciones multilaterales en el marco de la OMC y la eventual revisión de un Grupo Especial y el Órgano de Apelación de ese foro en el marco de una controversia ante su Órgano de

17 El profesor Tamayo Lombana, refiriéndose al punto de la «Pluralidad de Causas», sostiene que «...En un acontecimiento dado, es posible generalmente analizar varias causas. Se trata de establecer si todas ellas han de tenerse en cuenta y en qué grado...» Se pregunta si todas las causas de un daño se deben tener como la causa jurídica del mismo y deberán tenerse en cuenta al juzgar la responsabilidad del demandado. En respuesta describe la teoría de la «Equivalencia de las Condiciones», según la cual todos los acontecimientos [factores] que han condicionado el perjuicio son equivalentes, mientras por virtud de la teoría de la «Causalidad Adecuada», según la cual «...Todos los acontecimientos que concurren a la producción de un perjuicio-y que son sus condiciones-, no constituyen su causa,...Por lo tanto, no se tendrán en cuenta todas las condiciones sine qua non de un accidente sino solamente aquellas que normalmente aparecen como aptas para producir un perjuicio determinado...En otros términos, es necesario que la relación entre el hecho que se atribuye al demandado y el perjuicio sufrido por la víctima sea adecuada» Conf. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. La responsabilidad civil. Fuente de obligaciones. Ed. Temis S.A., Bogotá, 1998. Págs. 65-67

18 Exportadores, Importadores, Consumidores, Estados Exportadores. (Ver Dto. 2550, Art.4)

Solución de Diferencias¹⁹, surgida de una solicitud de consultas del o los países exportadores inconformes con la medida adoptada, por la anulación o el menoscabo de las ventajas resultantes del AAD.

Las más de las veces, los reclamantes denuncian la incompatibilidad de la decisión adoptada con las previsiones sobre la Relación de Causalidad al no aplicar o no aplicar correctamente el ENA. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación, examinarán con objetividad la actuación de la autoridad investigadora del país que impone la medida y determinará su compatibilidad o no con el AAD, incluido el ENA, cuando proceda.

Dicho lo anterior, adentrarnos en un análisis más detallado requiere tener en cuenta que las previsiones sobre el ENA, AAD, son similares, casi idénticas a las del Acuerdo de Salvaguardias, AS, y las del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, ASMC, por lo que la doctrina aplicable a cada caso puede ser relativa a cualquiera de las normas mencionadas²⁰.

En los siguientes acápite se analizan los detalles sobre el ENA, con una previa y breve explicación del criterio de la Coincidencia Temporal, que resulta clave en términos de la Relación de Causalidad de la que se ocupa el ENA. Veamos:

3.1. *El Standard de la Coincidencia Temporal*

Este criterio es el de mayor aceptación al determinar la existencia de la Relación Causal entre las importaciones con Dumping y el Daño sufrido por los productores locales del país importador. Consiste en acreditar la coincidencia entre los períodos en que se investigó y verificó la existencia de ambos elementos, Dumping y Daño para, con ello, establecer la existencia de la Relación Causal entre ambos.

Los elementos constitutivos, tanto del Dumping como del Daño, esto es, las importaciones en volúmenes y precios y los márgenes de Dumping,

19 El Artículo 17 AAD en sus siete párrafos desarrolla lo concerniente a la solución de diferencias surgidas del AAD y, en especial, el 17.3 establece que «Si un Miembro considera que una ventaja resultante para él directa o indirectamente del presente Acuerdo se halla anulada o menoscabada, o que la consecución de uno de los objetivos del mismo se ve comprometida, por la acción de otro u otros Miembros, podrá, con objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión, pedir por escrito la celebración de consultas con el Miembro o Miembros de que se trate. Cada Miembro examinará con comprensión toda petición de consultas que le dirija otro Miembro...»

20 Para ello Miranda compara el alcance de los textos de los artículo 3.5 AD, el 15.5 del SCM y el 4.2 (b) del Acuerdo de Salvaguardias. MIRANDA, Jorge. CAUSAL LINK AND NON-ATTRIBUTION AS INTERPRETED IN WTO TRADE REMEDY DISPUTES. Publicado en Journal of World Trade 44. No. 4 (2010): 729-762. Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2010. Págs. 729-731.



por un lado, y el comportamiento de las variables de Daño, económicas y financieras, se analizan en el período de los últimos tres años²¹ previos a la apertura de la investigación²². En el caso del Dumping se calculan sus márgenes teniendo en cuenta los promedios ponderados de las transacciones del último año, idealmente, sin perjuicio de analizar las importaciones en los últimos tres años para compararlas con el comportamiento de las variables de Daño.

Existe unanimidad en la jurisprudencia de la OMC²³ respecto a la acreditación de la causalidad, cuando existe coincidencia temporal entre el dumping y el daño a la producción nacional.

Incluso sobre un muy conocido panel de calzado de Argentina en el año 2000, el Órgano de Apelación abordó el tema y ratificó lo dicho por el Grupo Especial sobre el carácter esencial del criterio de la Coincidencia Temporal a los efectos de analizar y determinar la relación de causalidad, así:

...Si bien tal coincidencia por sí sola no puede probar la existencia de una relación de causalidad (porque, entre otras cosas, el artículo 3 exige una explicación -es decir, «las constataciones y las conclusiones fundamentadas»), su ausencia podría despertar serias dudas con respecto a la existencia de dicha relación, y exigiría un análisis muy preciso de las razones por las cuales seguiría existiendo la relación de causalidad....²⁴

21 Documento G/ADP/6, de 5 de mayo de 2000, OMC COMITÉ DE PRÁCTICAS ANTI-DUMPING. Recomendación concerniente a los períodos de compilación de datos para investigaciones antidumping. En el caso colombiano, la autoridad investigadora, ha adoptado esta recomendación. El Artículo 22 del Decreto 2550 establece que se analizarán las importaciones de productos similares a precios «dumping», efectuadas no antes de 6 meses ni más allá de 12 meses anteriores a la solicitud, mientras el Artículo 20, ejusdem, prevé que «...el análisis de los factores señalados en el artículo 16 del presente decreto se realizará teniendo en cuenta un período que comprenda los 3 años anteriores a la presentación de la solicitud...»

22 El período de investigación se divide en seis semestres, estableciendo variaciones reales y porcentuales que permitan evaluar el comportamiento de ambos elementos, de donde se calculan las variaciones de los promedios para el Período Crítico (dos últimos semestres) contra las del Período de Referencia (los cuatro semestres anteriores al Período Crítico).

23 Se trata de doctrina que se mantiene como oficial, según los índices analíticos de los acuerdos de Antidumping y Salvaguardias de la OMC, que se pueden consultar en el sitio web de la OMC, índices analíticos que no han sido modificados o suprimidos hasta el momento. Para Antidumping ver http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/anti_dumping_e.htm Para Salvaguardias ver http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/safeguards_e.htm

24 OMC - Argentina - Medidas de Salvaguardia sobre Importaciones de Calzado. Reporte del Órgano de Apelación. WT/DS121/AB/R, 2000. Párr. 144 y 145.

Igualmente, en el informe del Grupo Especial Estados Unidos-Gluten de Trigo, se encontró que una evidencia de nexo causal existe donde hay una «coincidencia general» de una tendencia al alza en el volumen de las importaciones con una tendencia a la baja en los indicadores del comportamiento de la industria nacional. Veamos:

....8.101 Consideramos que, a la vista de la coincidencia *general* de la tendencia al alza del aumento de las importaciones y la tendencia negativa de los factores del daño a lo largo del período objeto de investigación, la existencia de pequeñas faltas de coincidencia en la evolución de algunos factores *individuales* del daño y las importaciones no impedía a la USITC constatar la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones y el daño grave.²⁵

Frente al Examen de No Atribución, es importante tener en cuenta que la existencia comprobada de «otros factores» de daño, no necesariamente rompe la causalidad Dumping-Daño y, de hecho, esta verificación debe enmarcarse en el estándar de coincidencia temporal. Lo anterior, por cuanto el examen de no atribución, como se verá, rompe con la causalidad cuando se demuestra que el daño es exclusivo de ese otro factor y, por otro lado, sirve para graduar el derecho que se imponga cuando, no obstante existir otros factores, el dumping sigue siendo un factor de daño.

De acuerdo con Miranda, los paneles revelan que la Coincidencia Temporal debe también poder verificarse en el comportamiento del «*Otro Factor*» comparado con el Daño sufrido por la industria local, en desarrollo del ENA, dado que si ambos no coinciden, entonces no cabe desvirtuar la existencia del Nexo Causal²⁶. Esta lógica reafirma el criterio de que es suficiente verificar la coincidencia temporal entre el Daño y las importaciones a precios de Dumping. Y esto es natural si se tiene en cuenta que las prescripciones del Art. 3.5 AAD prevén la coincidencia temporal entre el Daño que causa el Dumping y el que pueden estar causando «otros factores» en el ENA.

A continuación los análisis referidos al ENA, tantas veces mencionado.

25 Ver OMC- EE.UU - Wheat Gluten WT/DS166//R. Párrs. 8.97 y 8.101.

26 Miranda, Op. Cit. Pág. 754. «...US steel is a case where the panel upheld a finding of the investigating authority that a particular «other factor» could not have caused injury on account that there was no coincidence in time between the trends in the industry indicators exhibiting declines and the trend in the «other factor» at issue...» Estados Unidos - Acero es un caso en que el Grupo Especial confirmó la constatación de la autoridad investigadora de que un determinado «otro factor» no podría haber causado un perjuicio a causa de que no hubo coincidencia en el tiempo entre las tendencias de los indicadores de la industria presentan descensos y la evolución de el «otro factor» en cuestión. (Traducción propia)

II. EXAMEN DE NO ATRIBUCIÓN «OTROS FACTORES»

A. El concepto. Visión tradicional

Se trata de un examen objetivo que debe hacer la autoridad investigadora con el fin de determinar la existencia de la Relación Causal entre el Dumping y el Daño cuando quiera que existan otros factores a los que se les pueda atribuir el daño sufrido por la rama de producción nacional y no al Dumping.

Por lo anterior se ha sostenido que el ENA permite evitar que se impongan derechos Antidumping de manera injustificada sobre importaciones que, aunque puedan estar ingresando a precios de Dumping a un país, no sean las verdaderas causantes del Daño verificado en la rama de producción nacional del bien investigado.

En ese sentido, el ENA sirve para evitar la incorrecta aplicación de una barrera al Comercio excepcional pero legalmente permitida en el marco de la OMC, esto es, el incremento de derechos de importación en la forma explicada *ut supra*.

B. El Marco legal

El Artículo 3.5 AAD, al igual que el 16.5 del Decreto 2550, imponen obligaciones a la autoridad en el sentido de garantizar el *Examen de No Atribución* y verificar la demostración de la causalidad Dumping vs. Daño, así:

«Artículo 3.5 AAD. Habrá de demostrarse que, por los efectos del dumping que se mencionan en los párrafos 2 y 4, las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Acuerdo. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades. Estas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping. Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional.» (Subrayado fuera del texto).

Correlativamente, en el Decreto 2550 de 2010 colombiano, se dispone que:

Artículo 16.5. La autoridad investigadora examinará cualquier otro factor conocido aparte de las importaciones objeto de dumping de que tenga conocimiento, que simultáneamente causen daño a la rama de producción nacional a fin de garantizar en desarrollo del principio de no atribución, que el daño causado por ese otro factor no se atribuya a las importaciones objeto de dumping... (Subrayado fuera del texto).

C. Orígenes del ENA

La génesis del ENA, especialmente, su consagración legal que acabamos de citar, es relativamente reciente si se tienen en cuenta las ocho rondas recorridas entre el GATT de 1947 (Artículo VI) y la creación de la OMC en 1994 (Acuerdo relativo al Artículo VI), sin perjuicio de las legislaciones antidumping individuales de Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Francia, entre otras a principios del Siglo XX.

Ya desde aquellas épocas se advertía la preocupación de los países acerca de que las normas Antidumping se convirtieran en una nueva barrera al libre comercio²⁷. Pese al claro mandato del texto del Artículo VI²⁸ del GATT, en el sentido de condicionar la condena del Dumping a la demostración de que causara o amenazara causar daño importante a una rama de producción existente, varias discusiones y trabajos posteriores fueron necesarios para conocer el ENA actual.

Al concluir la Ronda Kennedy, de 1967, el Código Antidumping nacido de esta requería que el Dumping fuera la causa principal del Daño. Ese criterio fue eliminado en el nuevo Código Antidumping de la Ronda Tokio, de 1979, gracias a la presión de los Estados Unidos y la Comunidad Europea, en opinión de varios autores. Entre sus cambios, «...se encontraba el relajamiento de los aspectos relacionados con la causalidad entre el dumping y el perjuicio...»²⁹ El criterio del Dumping como causa principal (1967) «...fue modificado a simplemente constituir una causante de dicho perjuicio...se estableció

27 Crespo. Op. Cit. Pág. 12.

28 Artículo VI *Derechos antidumping y derechos compensatorios*

1. Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional. A los efectos de aplicación del presente artículo, un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido en el mercado de un país importador a un precio inferior a su valor normal, si su precio es:...

29 Crespo. Op. Cit. Pág. 13.

*de manera explícita los aspectos que pudieran ser considerados como indicadores del perjuicio causado a la industria nacional, enumerándose así un conjunto de factores...»*³⁰ Con ello, se reconoció que no solo el Dumping podría ser el causante del daño sufrido por una rama de producción.

Sin embargo, en 1994 se expidió el Acuerdo Antidumping que hoy conocemos, adoptando un lenguaje que, si bien reconoce la existencia de otros factores que igualmente causen daño a la rama de producción nacional, exige su análisis por separado y un atribución de participación en el daño, incluso ordenando la magnitud de estos respecto del Dumping, de manera que sus efectos no se atribuyan al Dumping y se impongan derechos injustificadamente, como se aprecia en el lenguaje del Artículo 3.5, nacido de la Ronda de Uruguay.

D. Estándar doctrinal actual para su realización

Sin perjuicio de que la misma doctrina OMC reconozca la inexistencia de una metodología legal, expresa y sistemática para la realización de un ENA, en el presente estudio se tienen particularmente en cuenta los desarrollos de un caso hito desde 2001, *Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados productos de Acero Laminado en Caliente procedentes de Japón*».

Igualmente, en la doctrina no oficial de la OMC se encuentran importantes aportes sobre este particular. Sobre la realidad que refleja el ejercicio de los paneles OMC, se ha llegado a establecer que la aplicación del ENA implica una serie de controles relativos a separar y distinguir el daño causado por los otros factores respecto del daño causado por las importaciones; verificar que estos factores hayan sido alegados ante la autoridad por la (s) parte (s) interesada (s); que hayan sido debidamente documentados en el expediente y probar el daño causado por ese otro factor.³¹

Anotado lo anterior, a continuación se comentan los diversos aspectos relativos al standard vigente de la doctrina OMC en materia de ENA.

1. Obligación de Examinar

De acuerdo con la doctrina vigente, la autoridad investigadora debe considerar los otros factores de no atribución listados en el Art. 3.5 citado, la cual tiene dicho que este establece la obligación para las autoridades de analizar los demás factores que puedan estar causando el daño sufrido por la rama de producción nacional respectiva pero que sean distintos del Dumping, así:

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Miranda, J. Op. Cit. Pág. 760.

«Esta disposición obliga a las autoridades encargadas de la investigación a examinar, en primer lugar, como parte de su análisis de la relación causal, todos los «factores de que tengan conocimiento», «distintos de las importaciones objeto de dumping», que perjudiquen a la rama de producción nacional «al mismo tiempo» que las importaciones objeto de dumping. En segundo lugar, las autoridades encargadas de la investigación deben cerciorarse de que los daños causados a la rama de producción nacional por factores de que tengan conocimiento distintos de las importaciones objeto de dumping no se «atribu[yan] a las importaciones objeto de dumping.»³² (Subrayados por fuera del texto).

2. Obligación de separar, distinguir y asignar, conocer la verdadera causa...

La doctrina de la OMC está orientada a que la autoridad investigadora se asegure de conocer las verdaderas causas del daño importante que sufren la rama de la producción y determine cuál de esas es el Dumping denunciado y en qué grado, intensidad o medida causa el daño hallado.

La prescripción del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping relativa a la no atribución se aplica únicamente en las situaciones en que las importaciones objeto de dumping y otros factores de que se tenga conocimiento perjudican a la rama de producción nacional al mismo tiempo. A fin de que las autoridades encargadas de la investigación que aplican el párrafo 5 del artículo 3 puedan cerciorarse de que los efectos perjudiciales de los demás factores de que tengan conocimiento no se habrán de «atribuir» a las importaciones objeto de dumping, deben evaluar adecuadamente los efectos perjudiciales de esos otros factores. Lógicamente, esa evaluación debe implicar la separación y distinción de los efectos perjudiciales de los otros factores y de los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de dumping.³³

Conforme a lo anterior, la autoridad investigadora debe separar y distinguir los efectos dañinos de las importaciones a precios de dumping respecto de los efectos dañinos de los correspondientes a los otros factores, y asignar a cada factor causante del daño a la industria su participación

32 Informe del Grupo Especial de la OMC, número WT/DS184/AB/R del 24 de Julio de 2001 «Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados productos de Acero Laminado en Caliente procedentes de Japon» Párr. 222.

33 Ibídem. Párr. 223.

dentro de aquel, para evitar atribuir indebidamente al Dumping el daño causado³⁴.

De acuerdo con el panel citado, si la autoridad investigadora no llega a la certeza de que el Dumping es el causante del Daño, no puede tomar una decisión razonable frente al Dumping en presencia de otros factores de daño:

...Por consiguiente, si no se lleva a cabo esa separación y distinción de los distintos efectos perjudiciales, las autoridades investigadoras no dispondrán de una base racional para llegar a la conclusión de que las importaciones objeto de dumping causan efectivamente el daño que, con arreglo al Acuerdo Antidumping, justifica la imposición de derechos antidumping.³⁵

Se insiste en aclarar la necesidad de llegar a la certeza de que es el Dumping el causante del Daño importante, a pesar de que otros factores sean concomitantes:

...De hecho, siguiendo lo dicho por el Grupo Especial que se ocupó del asunto Estados Unidos - Derechos antidumping sobre el salmón del Atlántico, el Grupo Especial consideró que la USITC no estaba obligada a separar y distinguir los efectos perjudiciales de los otros factores de los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de dumping y que no era en absoluto necesario identificar la naturaleza y la cuantía de los efectos perjudiciales de los otros factores de que se tenía conocimiento. No obstante, a nuestro juicio, esto es precisamente lo que requiere lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping sobre la no atribución, a fin de garantizar que las determinaciones sobre las importaciones objeto de dumping no se basen en meras hipótesis acerca de los efectos de esas importaciones, distinguiendo de los efectos de los otros factores. (Subrayado aparte)³⁶

3. Dificultades metodológicas para separar y distinguir

El reconocimiento de la existencia de dificultades para que la autoridad separe y distinga los daños causados por las importaciones y los otros factores, justamente, evidencia el carácter garantista de la obligación de

34 El criterio parece similar al citado ab initio, acerca de la Teoría de la Causalidad Adecuada en el Derecho de Obligaciones, explicada por el profesor Tamayo Lombana.

35 Informe del Grupo Especial de la OMC, número WT/DS184/AB/R del 24 de Julio de 2001 «Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados productos de Acero Laminado en Caliente procedentes de Japon» Párr. 223.

36 Ibídem. Párr 227.

examinar las situaciones de No Atribución en el marco de las investigaciones de Defensa Comercial.

La doctrina OMC ha reconocido que:

«...en el Acuerdo Antidumping no se prescriben los métodos y enfoques determinados que opten por utilizar los Miembros de la OMC para llevar a cabo el proceso de separación y distinción de los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de dumping y los efectos perjudiciales causados por otros factores causales de que se tenga conocimiento...[y que]... Lo que estipula el Acuerdo es simplemente que las obligaciones prescritas en el párrafo 5 del artículo 3 se respeten al efectuar una determinación de la existencia de daño...»³⁷

Se ha dejado, igualmente, claro que aunque no sea fácil hacer el ejercicio de separación y distinción de los efectos dañinos de los otros factores respecto de los de las importaciones, cuando ambos puedan combinarse, el ejercicio debe realizarse. Veamos:

... No obstante, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que puede haber una interacción entre los distintos factores causales que actúan sobre una rama de producción nacional y en que los efectos de esos factores pueden muy bien estar relacionados entre sí, de manera que se ejerza un efecto *combinado* en la rama de producción nacional. Por lo tanto, reconocemos que puede no ser fácil, en la práctica, separar y distinguir los efectos perjudiciales de distintos factores causales. No obstante, aunque el proceso quizá no resulte fácil, esto es precisamente lo que contempla la prescripción relativa a la no atribución. Si los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de dumping y de los otros factores de que se tiene conocimiento siguen estando confundidos y no pueden distinguirse entre sí, simplemente no habrá manera de saber si el daño atribuido a las importaciones objeto de dumping fue causado, en realidad, por otros factores. Por lo tanto, el párrafo 5 del artículo 3 obliga a las autoridades encargadas de la investigación a desarrollar el proceso de evaluación apropiada y separación y distinción de los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de dumping y de los de los otros factores causales de que tengan conocimiento.³⁸

Reconocemos que puede no ser fácil, en la práctica, separar y distinguir los efectos perjudiciales de distintos factores causales.

37 Ibídem. Párr. 224.

38 Ibídem. Párr. 228.

4. *El mismo criterio se verifica en el Acuerdo de Salvaguardias*

Así mismo, se ha dejado claro que el ENA es aplicable cuandoquiera que en caso de presentarse la concurrencia de importaciones y otros factores diferentes que podrían ocasionar daño, no deberá atribuírsele tal daño a dichas importaciones. Esto lo interpreta, incluso, en comparación con el Acuerdo de Salvaguardias de la misma OMC, por lo que la autoridad deberá realizar un análisis completo y exhaustivo que permita separar los efectos dañinos de las importaciones y de los demás factores que también se presenten, así:

...230. Aunque lo dispuesto en el Acuerdo sobre Salvaguardias sobre la relación causal no es en absoluto idéntico a lo dispuesto a ese respecto en el Acuerdo Antidumping; existen considerables semejanzas entre ambos Acuerdos por lo que se refiere a la prescripción relativa a la no atribución. De conformidad tanto con el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping como con el párrafo 2 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias, cualquier daño causado a la rama de producción nacional, al mismo tiempo, por factores distintos de las importaciones no debe atribuirse a esas importaciones. Además, con arreglo a ambos Acuerdos, las autoridades nacionales deberán intentar cerciorarse de que la determinación efectuada sobre los efectos perjudiciales de las importaciones se refiere, de hecho, a esas importaciones y no a otros factores.³⁹ (Subrayado aparte)

...232. Además, en el asunto Estados Unidos - Salvaguardia respecto de la carne de cordero, desarrollamos más esta idea:

... Como parte de esa determinación, el párrafo 2 b) del artículo 4 declara expresamente que el daño causado a la rama de producción nacional por otros factores distintos del aumento de las importaciones «no se atribuirá al aumento de las importaciones». En una situación en la que varios factores causen daño «al mismo tiempo», solo puede formularse una determinación definitiva acerca de los efectos perjudiciales del aumento de las importaciones si se distinguen y separan los efectos perjudiciales causados por la totalidad de los diversos factores causales. De no ser así, cualquier conclusión basada exclusivamente en una evaluación de uno solo de los factores causales -el aumento de las importaciones- carecería de una base sólida, porque se presumiría que los demás factores causales no causaban el daño que se habría imputado al aumento de las importaciones. La prescripción del párrafo 2 b) del artículo 4 relativa a la no atribución excluye esa presunción y exige, por el contrario, que las autoridades competentes evalúen apropiadamente los efectos perjudiciales

³⁹ Ibídem. Párr. 233.

de otros factores, a fin de que esos efectos puedan separarse de los efectos perjudiciales del aumento de las importaciones...⁴⁰.

Como una posible solución a la dificultad anotada, la doctrina ha elaborado un Test de Orden de Magnitud. Este se aplica con el fin de discernir y ponderar los distintos daños causados al mismo tiempo por las importaciones y por los otros factores, de manera que se pueda determinar la causa efectiva del daño sufrido por la industria nacional.⁴¹

E. Campos de aplicación del ENA. Visión prospectiva

Vista la doctrina vigente de los grupos especiales y el órgano de apelación de la OMC, conviene tener en cuenta que en el plano doméstico, el manejo del mecanismo Antidumping necesariamente se relaciona con la política económica de los gobiernos, esto es, tanto en el campo de la Industria como en el del Comercio.

En el caso de la Política Industrial, resulta innegable su aplicación con el fin de proteger o impulsar un sector determinado de la industria de un país a través de un mecanismo arancelario legalmente permitido. La disminución gradual de aranceles en cumplimiento del GATT, trajo consigo el incremento de las medidas de protección prevista en él mismo, como en el caso del Dumping y los ENA resultan ser instrumentos de contención al mayor incremento en la aplicación de dichas medidas.

Conviene destacar sus ventajas tradicionales y sus potencialidades en los siguientes acápitales, al referirnos al mecanismo Antidumping en relación con las políticas Industrial y Comercial de los gobiernos.

1. En la política industrial

Las investigaciones Antidumping resultan el escenario perfecto al que confluyen los agentes del mercado anotados, ejerciendo sus diversos roles en torno al argumento de si un mercado doméstico debe «protegerse de», «defenderse de» o «convivir con» la presencia, benéfica o maléfica, según se vea, de los bienes producidos por un agente extranjero en ese mercado.

En la puesta en escena, la autoridad investigadora, que representa al gobierno del mercado doméstico funge como el director de la misma y como quien fija los criterios para el final de la misma, las más de las veces

40 *Ibíd.* Párr. 234. Conf. Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Salvaguardia respecto de la carne de cordero*, *supra*, nota 28 de pie de página, párrafo 179.

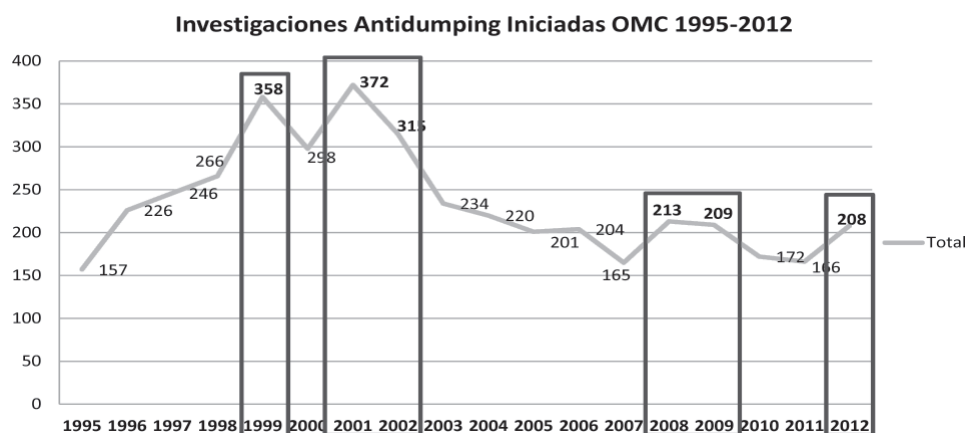
41 Este test puede realizarse, al menos, de unas tres formas diferenciadas, las cuales involucran el análisis de tasas de variación y proporciones de los factores en algunos indicadores, así como efectos de precios (Conf. MIRANDA. Op. Cit. Págs. 755-757).

mezclando, o adaptando, la técnica legal con la dinámica económica que entraña la Política Industrial.

Por Política Industrial entiéndase el conjunto de decisiones y acciones económicas que toman los gobiernos con el fin de impulsar o sostener el desarrollo de su aparato productivo en los diversos sectores existentes.

La experiencia muestra cómo en épocas de crisis industrial los gobiernos optan por impulsar o proteger las industrias locales por diversos medios, de entre ellos, los derechos antidumping, las medidas de salvaguardia o los derechos compensatorios⁴². Por ejemplo, en el caso de los derechos antidumping, la estadística OMC revela otro tipo de coincidencia temporal verificable entre las épocas de crisis económicas y los períodos de incrementos en la realización de investigaciones antidumping, al igual que en la aplicación de derechos Antidumping. El siguiente gráfico contiene los datos de la totalidad de investigaciones antidumping realizadas por año desde 1995 por parte de los países miembros de la OMC. Se destacan como picos los años 1999, 2001-2002, 2008-2009 y el repunte de 2012, en donde el mundo vivió los estragos de crisis como la de *Asia* y la crisis de las «*Puntocom*», *Atentados 11-S* y *Crisis Argentina*, *Gran Recesión EE.UU* y *Deuda Europea*, respectivamente.

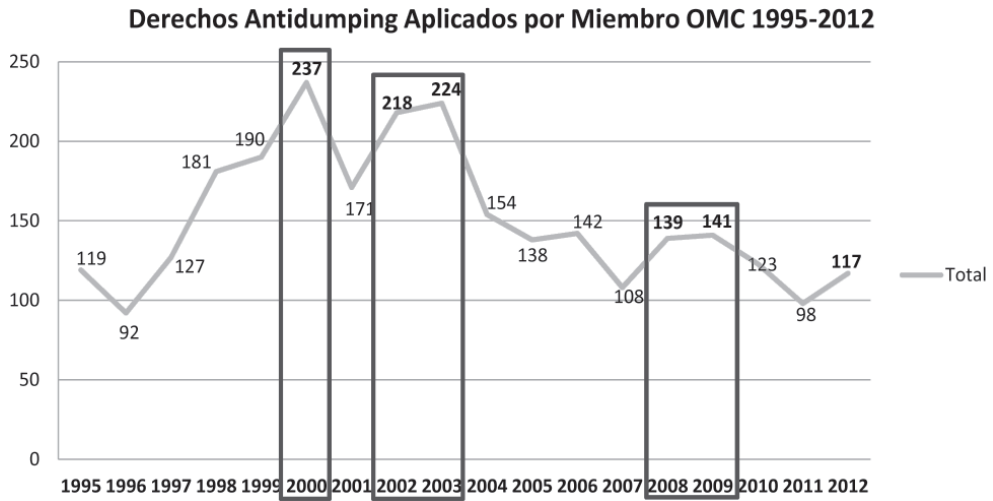
Veamos:



Fuente: WTO-Statistics on Anti-dumping⁴³ -Gráficos propios.

⁴² Por ejemplo, planes de mejora en la competitividad de un sector, con reducciones en tarifas de servicios públicos, estímulos fiscales, reducciones arancelarias para materias primas y bienes de capital importados, incentivos para comprar producto nacional. Por ejemplo, el *Plan Buy American* de inicios del primer gobierno del presidente estadounidense Barack Obama o el reciente *PIPE* (Plan de Impulso a la Productividad y el Empleo), del presidente colombiano Juan Manuel Santos, con medidas transversales y sectoriales, incluyendo medidas arancelarias.

Verificada la coincidencia entre los principales períodos de crisis económicas mundiales con los principales picos de apertura de investigaciones antidumping reportadas a la OMC, se verifica la coincidencia con los principales picos de imposición de derechos antidumping, así:



Fuente: WTO-Statistics on Anti-dumping⁴⁴-Gráficos propios ⁴⁵

Como se ve, los períodos de crisis económicas coinciden⁴⁶ con los de mayores usos de mecanismos de defensa comercial como el Antidumping, con los que los países buscan proteger sus industrias nacionales.

1.1. Colombia y la política industrial

En el caso colombiano, expertos como el profesor Hernán Avendaño⁴⁷, reafirman la existencia de una política industrial nacional, destacando el uso de instrumentos de competitividad para el sector productivo, verificable

⁴³ Ver http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm agosto de 2013.

⁴⁴ Ver http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm agosto de 2013.

⁴⁵ Ver http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm agosto de 2013.

⁴⁶ Es importante tener en cuenta que la duración de una investigación antidumping es en promedio de un año y medio, al cabo del cual se aplica o no el derecho antidumping solicitado.

⁴⁷ El profesor Avendaño es Economista de la Universidad Nacional de Colombia, con maestría en Teoría y Política Económica de la Universidad Nacional de Colombia y especialización en Banca de la Universidad de los Andes.

en programas especializados, incentivos a la inversión por regímenes especiales, crédito y promoción⁴⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, su alcance puede ser macro y/o microeconómico, al referirse, por un lado, al manejo de la inflación, la moneda y el crédito, por ejemplo. O, por otro lado, a la investigación y desarrollo de sectores, facilidades en precios de importación o compra nacional para insumos y/o bienes de capital, reducciones en tarifas de servicios públicos, etc., y, ¿Por qué no?, a la aplicación de medidas de defensa comercial, del tipo derechos antidumping o salvaguardias, como mecanismos legítimos e idóneos para contener la entrada de grandes volúmenes de mercancías al país en condiciones tales, como precios irrisorios, normalmente por debajo de los costos de producción promedio, que desplazan los bienes producidos en el país y que amenazan con o logran erosionar la producción nacional.

A pesar de que no parece de uso común el enlistar los mecanismos de defensa comercial entre los instrumentos de Política Industrial de un país, en el presente escrito se estima su innegable presencia dentro de dicho listado. Esto comoquiera que es claro que el efecto correctivo de un derecho antidumping o de una medida de salvaguardia redundaría en beneficio de la industria nacional, al verificarse la mejoría en indicadores económicos y financieros como el aumento en la producción, el empleo, la reducción de inventarios de productos terminados, el aumento en sus precios de venta y sus ingresos, la mejora en los márgenes de rentabilidad, etc., variables todas estas relativas al desempeño de la industria en el mercado nacional.

Cabe recordar que la normativa antidumping exige la representatividad del 50% de la producción como tiquete de entrada al accionamiento de dicho mecanismo.

Demostrado lo anterior, se llega al punto de encuentro entre la Política Industrial de un gobierno, el uso de derechos Antidumping y las obligaciones ante la OMC, para hacerse cuestión sobre la viabilidad jurídica de su

48 «...La creación de una institucionalidad para la política de competitividad; el programa de transformación productiva que hoy trabaja con 12 sectores que aspiran a convertirse en sectores de clase mundial; la política de formalización laboral y empresarial; los incentivos a la inversión (zonas francas, contratos de estabilidad jurídica, exenciones tributarias); la conversión de Bancoldex en banco de desarrollo; y el fortalecimiento de la promoción de Proexport a las exportaciones y al turismo, son solo algunos de los desarrollos de la PI [Política Industrial] de Colombia en los años recientes... Esto muestra que hay analistas que hace marra que no se enteran de los debates especializados en la PI del país. Y que al gobierno no solo no le da miedo hablar de PI, sino que está implementando una versión moderna...» http://articulosloshernanavendano.blogspot.com/2011/04/colombia-sin-politica-industrial_1440.html

coexistencia. Es ahí donde se considera el ENA como una clave, una biseagra de equilibrio entre el legítimo fin de proteger una industria local y cumplir con obligaciones internacionalmente opuestas, en principio.

Dicho de otra manera, la expresa consagración y efectiva aplicación que un gobierno y sus autoridades hagan del ENA en el uso de los mecanismos de defensa comercial funge como salvoconducto de protección «excepcional» a su industria nacional y garantía de su respeto por las obligaciones de liberalización «general» contraídas multilateralmente, y que hacen referencia a los contornos de la Política Comercial.

1.2. Aplicaciones prácticas del ENA en Antidumping. Casos en Colombia

Es importante tener en cuenta que en la adopción de toda medida de esta naturaleza se ponen en juego intereses que entran en conflicto y que por lo general no coinciden, de entre ellos los de:

1. La industria, los trabajadores y sindicatos.
2. Los productores nacionales
3. Empresas exportadoras
4. Gobiernos de los países exportadores
5. Importadores/comercializadores
6. Consumidores finales

Por ejemplo, en la Unión Europea se dispone que previo a la adopción de una medida antidumping se deben analizar y ponderar todos estos intereses y se ha de oír a representantes de los usuarios y consumidores pero que *«Se prestará especial atención a la necesidad de eliminar los efectos distorsionadores sobre el comercio derivados del dumping y restablecer una competencia efectiva»*⁴⁹ (Subrayado aparte)

Si bien el mecanismo de los derechos Antidumping puede ser utilizado como herramienta de la Política Industrial de un país para proteger a ultranza sus industrias nacionales, no es menos cierto que este mecanismo también suele administrarse dentro de la misma órbita de la Política Industrial, pero desde el extremo opuesto, esto es, desde el del libre mercado, lo cual permite su permanencia. A este propósito la utilidad del ENA resulta manifiesta.

Visto de esa manera, el ENA asegura la confianza, el respeto y la permanencia del mecanismo Antidumping, al brindar a los agentes del mercado

49 Reglamento (CE) No 1225/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009, en su Artículo 21.

citados la certeza de la aplicación de una normativa legal orientada a corregir, e incluso precaver, las distorsiones que afecten el orden armónico, o «juego limpio», que debe existir en los mercados como en cualquier esfera de lo humano.

En el caso colombiano, por ejemplo, se ha apreciado la aplicación del ENA, no solo en cumplimiento de la obligación formal de realizarlo, amén de la decisión de imponer o abstenerse de imponer derechos antidumping, sino como elemento decisivo para su no imposición.

Un ejemplo que exhibe la aplicación de un ENA en la práctica colombiana se aprecia claramente en el caso de los Aisladores Eléctricos de Cerámica y Piezas Aislantes de Cerámica originarios de la República Popular China, en el cual la autoridad investigadora decidió no imponer derechos antidumping definitivos al comprobar la existencia de «otros factores» causantes del daño alegado por la peticionaria, así:

...x) De igual forma, se encontró que el daño registrado en la rama de la producción nacional de aisladores de cerámica y piezas aislantes de cerámica, en estas variables, no puede ser atribuido exclusivamente a las importaciones originarias de China, por cuanto en primer lugar en el período en el cual se estableció la práctica del dumping la participación de mercado de China se redujo en 3,37 puntos porcentuales, siendo desplazados por el productor nacional que aumentó su participación de mercado nacional en 4,26 puntos porcentuales.

En segundo lugar, se encontró evidencia de que existieron otros factores endógenos a la Rama de Producción Nacional, tales como el comportamiento de las exportaciones, la política de producción y precios, e inclusive también se encontró la existencia de factores exógenos a esta actividad productiva, tales como la evolución de las importaciones no investigadas, que contribuyeron a explicar el daño importante que registró la empresa peticionaria representativa de la producción nacional⁵⁰. (Subrayado aparte)

Otro ejemplo más reciente lo constituye la Investigación antidumping a las importaciones de laminados y perfiles extruidos de aluminio, originarios de la República Bolivariana de Venezuela y de la República Popular China.

Se trata de una investigación antidumping que concluyó con la no imposición de derechos antidumping, tanto en la línea de extrusión como en la de laminación. El caso resulta interesante, comoquiera que ejemplifica

50 Dirección de Comercio Exterior, Colombia - Resolución 2012 de 28 de julio 2009. Investigación Antidumping Aisladores Eléctricos de China. 2009, pág. 3.

de manera ostensible la práctica del ENA de diversas maneras y en diversas instancias de la investigación. No solo se verificó su práctica en la decisión final recomendada por el Comité de Prácticas Comerciales, sino durante la etapa de instrucción por parte de la autoridad investigadora, quien hizo diversas distinciones relativas a dicho Examen.

En la resolución definitiva el Comité de Prácticas tuvo en cuenta otros factores, diferentes del Dumping para recomendar la no imposición de los derechos antidumping solicitados, así:

...3. Complementariamente el Comité por mayoría, tanto para la línea de perfiles extruidos de aluminio, como de laminados de aluminio, y de conformidad con el concepto emitido por el representante de la Superintendencia de Industria y Comercio, tuvo en cuenta la posible afectación en la competitividad de toda la cadena, tanto de la línea de perfiles extruidos de aluminio, como de laminados de aluminio, en una etapa en la cual la rama de la producción nacional peticionaria de la presente investigación antidumping ha pasado por procesos de fusión o integración que han generado difíciles manejos administrativos⁵¹.
(Subrayado aparte)

En la motivación en la decisión citada se ejemplifica la aplicación de un ENA al amparo de la inexistencia de la metodología legal, expresa y sistemática, a la que se hizo referencia acápite atrás, a propósito del estándar doctrinal para la aplicación de un ENA, según la OMC. Lo cierto es que la autoridad no desconoció la existencia del Dumping ni del Daño pero no atribuyó la ocurrencia de este a la existencia de aquel, sino a «*otro factor*», un factor diferente.

Sin perjuicio del resultado final anotado, durante su práctica probatoria, la SPC, en punto del ENA, descartó que fueran otros factores, y no el Dumping, los causantes del daño sufrido por las peticionarias. En observancia de lo previsto en el Artículo 3.5 citado la SPC examinó otros factores pertinentes como las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y la evolución de la tecnología.

La autoridad tuvo debidamente en cuenta que las partes solicitantes alegaron el hecho de la imposición de medidas antidumping contra China en otros países previamente. La SPC reconoció y estimó que las medidas antidumping impuestas a China por países como Australia, Estados Unidos

51 Dirección de Comercio Exterior, Colombia - Resolución 235 del 13 de julio de 2012. Investigación Antidumping Perfiles Extruidos y Laminados de Aluminio originarios de China y Venezuela. 2012, pág. 5.

y Canadá, entre 2008 y 2010, pudieran estimular «...la búsqueda de nuevos mercados nichos de mercado para las exportaciones de perfiles extruidos de aluminio de la República Popular China y República Bolivariana de Venezuela, convirtiéndose Colombia en destino atractivo...»⁵² (Negritas aparte)

Igualmente, luego de describir las verificaciones hechas sobre la evolución de la tecnología aplicada en la línea de extrusión, la SPC descartó su atribución al daño al concluir que:

«...no existen diferencias tecnológicas entre el productor nacional y el de los países investigados, que permitan concluir que el daño importante registrado en la rama de la producción nacional se deba a diferencias tecnológicas en la maquinaria con la cual es fabricado el producto investigado o en la calidad de los perfiles extruidos de aluminio producidos por la rama de producción nacional y los importados de la República Popular China y República Bolivariana de Venezuela»⁵³.

De otra parte, en la línea de laminación, frente a las alegaciones de algunas partes interesadas la SPC aclaró que los efectos de fenómenos macroeconómicos como la *revaluación del peso* [moneda colombiana] son neutros, por ser predicables de productores nacionales como extranjeros, por lo que no podían ser la causa del daño sufrido por las peticionarias y esa medida no se desvirtuaba la relación de causalidad entre el dumping y el daño sufrido por estas.

Analizado el alcance del ENA en el marco de la Política Industrial, conviene proponer un análisis de su alcance en el de la Política Comercial, propiamente tal, como se ve en el siguiente acápite.

2. En la política comercial

Las medidas Antidumping también pueden ser utilizados como herramientas de Política Comercial. El mecanismo Antidumping y la Política Comercial hallan su punto de convergencia al encarar el problema que puede llegar a suponer, para la industria nacional, las condiciones de entrada de mercancías importadas al amparo de un Tratado o Acuerdo de Libre Comercio, TLC o ALC o en el marco de cualquier otro esquema de integración económica similar al de las zonas de libre comercio⁵⁴.

⁵² Documento de Hechos Esenciales de 14 de mayo de 2012, pág. 82.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 83.

⁵⁴ Conviene recordar que existen diversos niveles de integración económica que, no obstante su menor o mayor complejidad, implican la disminución de barreras al comercio, especialmente, desgravaciones arancelarias que generan mayores flujos de comercio de bienes. Desde el punto de vista de su complejidad, de menor a mayor, tradicionalmente se reconocen esquemas como las i) zonas de preferencias arancelarias, ii) zonas de libre comercio, iii) uniones aduaneras, iv) mercados comunes, v) uniones económicas y las vi) uniones políticas.

La Política Comercial de un Estado está concebida para el diseño y ejecución de estrategias que le permitan el crecimiento de su bienestar económico a través del libre intercambio de bienes y, hoy por hoy, de servicios con otros países. De ahí que cada vez más los gobiernos de los estados se preocupen por prestar a esta Política la atención que merece, toda vez que las ventajas del Libre Comercio son mayormente reconocidas⁵⁵ pero las prevenciones, inquietudes y reservas por la protección de las industrias locales sigue latente.

En la práctica del Comercio Internacional actual es sabido que la mencionada reducción de los niveles arancelarios comporta el uso, de grado menor o sumo, de herramientas proteccionistas más o menos sofisticadas. Igualmente, el uso de barreras no arancelarias al Comercio, como normas y reglamentos técnicos de los permitidos en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, al igual que medidas sanitarias y fitosanitarias, incrementos en las medidas de restricciones cuantitativas, reglas de origen más exigentes, con o sin acumulaciones, trámites aduanales más complejos, amén de las normas sobre cooperación técnica y facilitación del comercio ajustadas en los acuerdos comerciales, entre otras. Todo lo anterior, con el fin de evitar los efectos adversos que supone el libre comercio para la producción local de un bien que puede ser importado a dicho territorio en condiciones de mayor competitividad, vía precios y/o calidad.

A ese propósito, la estipulación de las mejores reglas del juego es clave y por ello, no obstante la existencia clásica de las reglas multilaterales de apertura y gradualidad del GATT, la creciente celebración de tratados o acuerdos de libre comercio, bilaterales o regionales, ACPs⁵⁶, ha cobrado especial importancia. Hacia 2011 Pascal Lamy, Director General de la OMC, reconocía la importancia de su crecimiento en los últimos años en contraste con el sistema

En la práctica del Comercio Internacional actual es sabido que la mencionada reducción de los niveles arancelarios comporta el uso, de grado menor o sumo, de herramientas proteccionistas más o menos sofisticadas.

55 Demás está manifestar que los enfoques proteccionistas, de sesgo nacionalista y autárquicos, cada vez prueban lo inviables de sus propuestas en términos de desarrollo económico, al paso que los TLCs resultan ser un vehículo para lograrlo, reduciendo aranceles y ofreciendo otras facilidades.

56 Similares a los otros instrumentos de integración, los ACPs son conocidos como Acuerdos Comerciales Preferenciales. Vale la pena aclarar que, si bien es deseable que en ningún esquema de integración se registren prácticas de discriminación dañina de precios y que, en caso de darse, el remedio fuera denunciar al Estado responsable de realizar

multilateral de Comercio, al señalar que en los últimos veinte años su número se había cuadruplicado hasta llegar a más de trescientos activos informados a la OMC, sin que hubiera motivos⁵⁷ para advertir su no aumento y, así mismo, destacó que su contenido y profundidad siguen aumentando, reflejando cambios importantes en la economía mundial, planteando cuestionamientos acerca del papel de la OMC y el multilateralismo⁵⁸.

2.1. Colombia y la política comercial

Colombia no se ha mantenido ajena a esta tendencia a la celebración de nuevos acuerdos comerciales y, en desarrollo de su agenda de negociaciones comerciales, actualizada en 2011⁵⁹, ha continuado con su dinámica de creciente negociación y celebración de TLCs. Además de los acuerdos comerciales previos a 2011⁶⁰, hoy Colombia tiene suscritos acuerdos comerciales con la Unión Europea⁶¹, Corea, Costa Rica y Panamá, mientras

dichas prácticas por incumplimiento de los objetivos del Tratado de integración o por incumplimiento de la política comercial común, lo cierto es que los directos agentes de dichas prácticas son las empresas y, por ello, el correctivo debe ser concreto. Por lo anterior, a diferencia de los esquemas de tipo zona de libre comercio, en las uniones aduaneras o mercados comunes la existencia de un Arancel Externo Común y de una Política Aduanera Común implican la inexistencia de regímenes antidumping para regular las prácticas materialmente similares. Como se verá más adelante, en dichas uniones o mercados se aplican, en su lugar, normas de Competencia de las relativas a conductas de precios predatorios o abusos de posición dominante.

57 De acuerdo con la OMC, «...las redes internacionales de producción como explicación fundamental de la integración profunda. Las redes internacionales de producción funcionan dividiendo y asignando varias etapas de los procesos de manufactura a diferentes países, cada uno de los cuales tiene una ventaja de costo que contribuye al éxito del todo. En un mundo en que los aranceles ya son bajos, el éxito de esas redes requiere que los países participantes tengan la infraestructura, el marco institucional y las reglamentaciones necesarias.» «Informe sobre el Comercio Mundial 2011», pág. 197.

58 «Informe sobre el Comercio Mundial 2011», pág. 3.

59 El Consejo Superior de Comercio Exterior de Colombia, máxima instancia consultiva del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, desde 2009 viene diseñando una «AGENDA DE NEGOCIACIONES COMERCIALES DE COLOMBIA», la cual fue actualizada hacia 2011. Se aprovechó esta revisión para renovar la muestra de países y revisar los criterios usados en el ejercicio. Se han definido veinticinco variables para clasificar los países con los que Colombia buscaría un TLC, agrupadas en cinco grupos como 1. Consolidar mercados, 2. Mercados con mayor potencial para las exportaciones colombianas, 3. Atraer inversión a Colombia y proteger inversión de Colombia en el exterior, 4. Factibilidad política y 5. Disposición al libre comercio (la cual, entre otras, revisa la propensión de los países a aplicar derechos antidumping o ser objeto de los mismos) Se incluyeron cuatro nuevos países: Egipto, Indonesia, Filipinas, Vietnam, aparte de los anteriores Australia, Caricom, Comunidad del Golfo, India, Malasia, Nueva Zelanda, República Dominicana, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Tailandia.

60 Acuerdos como los de la CAN, CARICOM, CAN-MERCOSUR, TLCs con México, Cuba, Nicaragua, Chile, Triángulo Norte (Salvador, Guatemala y Honduras), países EFTA, Venezuela, Canadá y Estados Unidos.

61 En vigencia provisional desde el 1 de agosto de 2013 y pendiente de los demás trámites para su entrada definitiva en vigencia.

negocia con Turquía, Israel y Japón y con México, Perú y Chile en el ambicioso bloque denominado «*Alianza del Pacífico*».

No obstante el entusiasmo probado que genera la Política Comercial de apertura e integración, paralelamente para los estados sigue latente la posibilidad de restringir ese Libre Comercio, cuando quiera que ello se estime necesario para proteger a la industria local. Los estados reconocen que por vía de esta creciente proliferación de acuerdos de libre comercio los flujos de importaciones en términos de volumen se incrementan notoriamente y sus precios suelen tender a la baja, causando graves daños a sus industrias locales.

Lo anterior explica que al negociar los citados Acuerdos se incluyan capítulos de Defensa Comercial, de donde los derechos antidumping, derechos compensatorios y salvaguardias se erigen en medidas de legítima contención a la entrada «dañina» de mercancías.

De igual manera, vale destacar que Colombia tampoco ha sido ajena a esta tendencia paralela y ha incluido cláusulas de Salvaguardia, bilaterales y globales⁶² y Defensa Comercial en sus respectivos acuerdos comerciales.

Lo anterior sin perjuicio de que en materia de Salvaguardias bilaterales se identifiquen disposiciones más elaboradas y/o complejas. Se trata de las estipulaciones respecto de los cronogramas de desgravación arancelaria acordados para las mercancías, en relación con las categorías arancelarias, también conocidas como canastas, de bienes sensibles a los posibles efectos dañinos que les causen la posterior entrada preferencial de las mercancías objeto del Acuerdo.

En la tabla adjunta como apéndice se esquematizan las diversas disposiciones de Defensa Comercial estipuladas por Colombia en sus acuerdos de libre comercio vigentes⁶³. Es importante tener en cuenta que los capítulos de Defensa Comercial, esto es Antidumping, Subvenciones y Salvaguardias Globales, no han ofrecido mayores novedades sino el mantenimiento de la regla general de remisión a la normativa OMC transpuesta al Derecho nacional.

62 Las Salvaguardias de alcance general aplicables en el marco del Artículo XIX del GATT.

63 Esto sin perjuicio de los Acuerdos de Alcance Parcial, AAP, celebrados por Colombia en el marco de Aladi. Buena parte de ellos fueron celebrados con países con los que posteriormente se avanzó a la celebración de los acuerdos de libre comercio de la tabla incluida en el presente artículo. Estos AAP son los celebrados con Venezuela, MERCOSUR, CARICOM, Panamá, Costa Rica y Nicaragua, los cuales, no obstante su estructura sencilla y arancelaria, también contienen disposiciones sobre Defensa Comercial y Salvaguardias.

En cuanto al ENA, no se hallan disposiciones particulares sobre el mismo, salvo figuras de atenuación en la tasación de los derechos antidumping como las relativas a la *Regla del Menor Derecho* («*Lesser Duty*»)⁶⁴ en el Acuerdo con la Unión Europea⁶⁵. Tal vez la consagración más expresa de esa regla doctrinal sea un paso hacia la inclusión del ENA en los próximos tratados comerciales.

De acuerdo con un reciente estudio de Jean Daniel Rey⁶⁶, «*los regímenes antidumping más regionales no cambian fundamentalmente el derecho de las Partes a adoptar medidas antidumping, en comparación con el régimen multilateral*»⁶⁷. El caso colombiano se enmarcaría dentro de la media de aquellos países que

64 Se trata de una regla que faculta a las partes del Tratado a aplicar un derecho antidumping inferior al margen de dumping o subsidio correspondiente, según sea el caso, si ese derecho es suficiente para eliminar el daño a la rama de producción nacional. Está concebida para evitar que la protección otorgada por vía de los derechos antidumping sea la mínima necesaria para mantener viva a la rama de la producción nacional, no concediéndole una protección excesiva e innecesaria, tal que llegue a cerrar las puertas de importaciones y niegue la presión competitiva deseable en un mercado.

65 En el caso del Acuerdo entre Colombia y Perú con la Unión Europea, la inclusión de disposiciones de Defensa Comercial, especialmente de normas Antidumping, resulta esencial. En el Título III «Comercio de Mercancías», sin perjuicio de las medidas de Salvaguardia Agrícola del Art. 29 (Sección 4, Capítulo 1), se estipularon las disposiciones sobre medidas de Defensa Comercial (Secciones 1 a 3, Capítulo 2). Allí las partes reafirmaron sus derechos y obligaciones conforme a los acuerdos de la OMC en materia de Antidumping, Subvenciones y Normas de Origen; previeron normas frente a las autoridades de la Comunidad Andina y la simultaneidad en la aplicación de derechos antidumping o medidas compensatorias; previeron normas de transparencia, publicación y adecuación de su legislación de Defensa Comercial a la normativa OMC; la novedad de la consagración expresa de la Regla del Menor Derecho; así como disposiciones para las Salvaguardias Bilaterales, de acuerdo con los cronogramas de desgravación. La estipulación de normas sobre estas medidas resulta importante para los países andinos, como Colombia, comoquiera que, de acuerdo con la Oficina de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, mientras que en 2012 Colombia exportó hacia la Unión Europea, principalmente, productos tradicionales sin mayor elaboración industrial o manufacturera, como Carbón, Petróleo, Bananas, Ferróniquel y otros, a su vez importó desde UE productos de alto valor agregado industrial, como maquinaria y equipo, química básica, automotriz, metalurgia e industria liviana en ese mismo período. Es claro que para los países andinos la estipulación de estas medidas de Defensa Comercial es indispensable, toda vez que la mayor ventaja productiva industrial se concentra en Europa. Luego de surtir su trámite de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional colombiana, dada su vigencia provisional, el Acuerdo continuará sus trámites necesarios para formalizar su vigencia definitiva.

66 Miembro de la División de Investigación Económica y Estadística de la OMC, quien analizó las disposiciones antidumping de al menos 192 Acuerdos Comerciales Regionales (RTAs, por sus siglas en Inglés) y las medidas antidumping reportadas hasta 2010 por los miembros de la OMC.

67 REY, Jean Daniel. *Antidumping Regional Regimes And The Multilateral Trading System. Do Regional Antidumping Regimes Make A Difference?* Organización Mundial del Comercio, División de Investigaciones Económicas y Estadísticas, ERSD-2012-22. Octubre 2012. Pág. 29

celebran acuerdos comerciales y mantienen mecanismos antidumping, simplemente reafirmando sus derechos y obligación en el marco de la OMC con leves modificaciones o reproduciendo dichas disposiciones multilaterales.

Si bien, en el caso colombiano, se estima poco probable que el mecanismo Antidumping se elimine o restrinja sustancialmente por vía de procesos de integración más profunda, dicha posibilidad no es novedosa, aunque en la actualidad es escasa⁶⁸.

Lo anterior, sin perjuicio de su inexistencia legalmente prevista desde esquemas de integración más antiguos, como en algunas uniones aduaneras o mercados comunes. En estos esquemas⁶⁹, a diferencia de las zonas de libre comercio, la existencia de un Arancel Externo Común y una política aduanera común comportan la inexistencia de fronteras aduaneras entre sus miembros. Por ello, los fenómenos disciplinables mediante la normativa antidumping se regulan mediante la normativa de Competencia⁷⁰ diseñada dentro de la

68 De acuerdo con Rey, «...Se concluye que la consolidación jurídica, a nivel regional, de una práctica actual de no utilizar antidumping como instrumento de política comercial se restringe a un número limitado de Partes. Unos pocos otros parecen haber usado los ACRs para restringir la posibilidad de aplicar derechos antidumping entre los miembros del ACR, como en las normas multilaterales...[o] está incluso prohibida. El régimen aplicable al comercio con terceras partes se mantiene, sin embargo, invariable». REY, Jean Daniel. Op. Cit. Págs. 1 y 16. (Traducción no oficial al español)

69 Son los casos de esquemas como Unión Europea, UE, (Ver tratamiento intracomunitario mediante normas de Competencia en TFUE, 2012, Tít.VII, Cap.1, Sec.1), Unión Aduanera Sur Africana (SACU, por sus siglas en Inglés. Ver Protocolo de Aceleración de Libre Comercio de Bienes, Art.4, Pará.2), Acuerdo Comercial Económico Más Cercano Australia-Nueva Zelanda (Anzcerta, por sus siglas en Inglés), Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, Parte IV. Cap.M-01, entre otros.

70 Casos como el de la Comunidad Andina, CAN, resultan particulares, toda vez que, no obstante haberse creado con el fin de ser una Unión Aduanera con Arancel Externo Común (suspendido varias veces y hoy hasta 2014 por la Decisión 771 de 2011), en ella coexisten las normas de Competencia y las de Defensa Comercial. Algunos autores, al comparar la CAN con la UE, han advertido que «...Ha sido objeto de controversia si el Dumping intrarregional, debe combatirse, o si más bien este debe reprimirse a través de la legislación de promoción de la competencia. La pregunta es, si en una unión aduanera se justifica la existencia del mecanismo antidumping, toda vez que este puede convertirse en un obstáculo para la integración económica, en la medida en que pueda neutralizar los logros del proceso de liberación...[añade]...hay quienes sostienen que en un mercado ampliado es más adecuado hablar de precios predatorios o discriminatorios, que son una forma de abuso de posición dominante y no de dumping, en cuyo caso se debe acudir a la legislación de promoción de la competencia para sancionar a los infractores...en mi opinión, debe tenerse en cuenta que en el caso del GRAN [Grupo Andino], el mercado ampliado es todavía una realidad bastante precaria...a pesar de que se adoptó el AEC [Arancel Externo Común]...En este sentido, sería necesario estudiar la conveniencia, de ir eliminando gradualmente el mecanismo antidumping para combatir importaciones provenientes de los Países Miembros, siempre que la unión aduanera y el mercado ampliado se vayan perfeccionando. Véase IBARRA PARDO, Gabriel. «Regímenes de Competencia y Política de Competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino».

Unión Aduanera o Mercado Común correspondiente, en especial, la aplicable a conductas de precios predatorios⁷¹ o abusos de posición dominante.

CONCLUSIONES

Los ENAs, además de propender por la correcta aplicación de los derechos Antidumping como «*remedios*» en Comercio internacional, funcionan como garantías de equilibrio en su uso como herramienta de Política Comercial y de Política Industrial por los gobiernos.

No obstante, se considera que los ENAs ofrecen su mayor utilidad al mantenerse como garantía procesal y jurídica de equilibrio en la administración del mecanismo Antidumping cuando este se usa como herramienta de Política Industrial. Los impactos de las coyunturas de crisis para las industrias evidencian el mayor auge del uso del mecanismo antidumping.

Hoy por hoy las industrias locales recurren con mayor frecuencia a la solicitud de aplicación de medidas de Defensa Comercial, como medidas Antidumping o de Salvaguardias, en escenarios de desindustrialización, bajas de producción y crisis en general.

De otra parte, se observa que la mayor profundización de la integración de las economías, la liberalización del comercio de mercancías y goce de preferencias arancelarias por vía de los citados acuerdos, coincide con un mayor auge en el uso de medidas como los derechos Antidumping. Por ello, se considera deseable que, en caso de preservarse el mecanismo Antidumping, la aplicación e importancia de los ENAs sea expresamente consagrada en los respectivos acuerdos comerciales celebrados por países como Colombia en desarrollo de su Política Comercial. A estos efectos, los avances verificados en materia de normas de Transparencia y Regla del

Publicado en «Competencia y Competitividad en Áreas Económicas Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y en América Latina», Centro de Integración para la Integración Regional, CEFIR, DT 09, 1995. Págs. 61-62

71 Autores como González de Cossio, de postura anti mecanismo antidumping, al sostener que «...No hay nada de «desleal» en discriminar precios de tal forma que se obtengan ganancias distintas de mercados distintos...», prefieren las normas de depredación de precios con multas sobre las empresas en vez medidas arancelarias, sin importar si se trata o no de uniones aduaneras, al preguntarse «...¿Por qué deben estar dos economías integradas para que se eliminen medidas en contra de prácticas desleales de comercio internacional? ¿Implica que la existencia de una aduana es un requisito para que tenga lugar el dumping?...Dicho en términos distintos, no tenemos que esperarnos a la obtención de una unión aduanera o integración total para obtener algunos de los beneficios del libre comercio. Véase GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Discriminación de Precios, Dumping y Depredación. Tres Disciplinas, un Fenómeno Económico. Publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril, año/vol. XXXIX, número 115. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México, 2006. Págs. 141-145.

Menor Derecho en acuerdos recientes, podrían servir como el antecedente que, en las negociaciones comerciales de los capítulos de Defensa Comercial, motive y facilite la consagración expresa de los ENAs como cláusulas de garantía de la correcta administración del mecanismo Antidumping en el desarrollo de la relación comercial que se esté creando o profundizando.

Por último, se considera importante que la existencia o evolución de los ENAs se mantendrá ligada a la suerte de los regímenes Antidumping. El mantenimiento y aplicación efectiva de los ENAs es lo más deseable. Por lo anterior, es también deseable que las autoridades investigadoras tengan a su alcance más elementos jurídicos-doctrinales e insumos técnicos que les permitan aplicar los ENAs con mayor confianza y adecuación a los fines de la política económica de sus gobiernos. A ese propósito, el presente trabajo pretende contribuir como una resumida pero útil ayuda académica.

BIBLIOGRAFÍA

A continuación las Fuentes bibliográficas consultadas, por categorías:

A. Autores

1. CASTRESANA, Amelia. «La Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una Construcción Jurídica Actual». Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001. Pág. 2.
2. COLOMBIA. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Consejo Superior de Comercio Exterior. «Agenda de Negociaciones Comerciales de Colombia: Actualización 2011. Sesión 89, del CSCE.
3. COLOMBIA. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior, Colombia - Resolución 2012 de 28 de julio 2009. Investigación Antidumping Aisladores Eléctricos de China. 2009.
4. COLOMBIA. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior, Colombia - Resolución 235 del 13 de julio de 2012. Investigación Antidumping Perfiles Extruidos y Laminados de Aluminio originarios de China y Venezuela. 2012.
5. COLOMBIA. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior, Colombia Documento de Hechos Esenciales de 14 de mayo de 2012. Investigación Antidumping Perfiles Extruidos y Laminados de Aluminio originarios de China y Venezuela.
6. CRESPO. Raúl J. «Dumping, Antidumping y Fundamentos del Dumping». Publicado en la Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. III. No. 2, Julio-Diciembre.
7. GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Discriminación de Precios, Dumping y Depredación. Tres Disciplinas, un Fenómeno Económico. Publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril, año/vol. XXXIX, número

115. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México, 2006. Pp 125-146.
8. HINDLEY, Brian and MESSERLIN, Patrick. A. «Antidumping Industrial Policy: Legalized Protectionism in the WTO and What to do About it». American Enterprise Institute for Public Research Press. Washington, 1996.
9. IBARRA PARDO, Gabriel. «Regímenes de Competencia y Política de Competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino». Publicado en «Competencia y Competitividad en Áreas Económicas Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y en América Latina», Centro de Integración para la Integración Regional, CEFIR, DT 09, Montevideo, 1995.
10. MIRANDA, Jorge. Causal Link and Non-Attribution as Interpreted in WTO Trade Remedy Disputes. Publicado en Journal of World Trade 44. No. 4 (2010): 729-762. Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2010. Págs.729-731.
11. OMC. Argentina - Medidas de Salvaguardia sobre Importaciones de Calzado. Reporte del Órgano de Apelación. WT/DS121/AB/R, 2000.
12. OMC. Documento G/ADP/6, de 5 de mayo de 2000, OMC Comité de Prácticas Antidumping.
13. OMC. Documento WT/L/432, de 23 de noviembre de 2001 «Adhesión de la República Popular China».
14. OMC. EE.UU - Wheat Gluten WT/DS166//R.
15. OMC. Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Estados Unidos - Salvaguardia respecto de la carne de cordero.
16. OMC. Informe sobre el Comercio Mundial 2011.
17. OMC. Report of the Working Party on the Accesion of China, WT/ACC/CHN/49, 1 OCT. 2001.
18. OMC. Informe del Grupo Especial de la OMC, número WT/DS184/AB/R del 24 de Julio de 2001 «Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados productos de Acero Laminado en Caliente procedentes de Japón».
19. REY, Jean Daniel. Antidumping Regional Regimes And The Multilateral Trading System. Do Regional Antidumping Regimes Make A Difference? Organización Mundial del Comercio, División de Investigaciones Económicas y Estadísticas, ERSD-2012-22. Octubre 2012.
20. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. La responsabilidad civil. Fuente de obligaciones. Ed. Temis S.A., Bogotá, 1998.
21. TRUJILLO, Edgar y POSADA, Carlos. «EL PROTECCIONISMO NO ARANCELARIO Y LA COYUNTURA ECONÓMICA: EL CASO COLOMBIANO RECIENTE (1990-2005)». Ver en Serie «Borradores de Economía» No. 399. Ed. Banco de la República. Bogotá, 2006.
22. UNCTAD. Dispute Settlement. World Trade Organization. 3-6 Antidumping Measures. New York and Geneva, 2003. (Módulo preparado por Edwin A.

Verlmust, para el curso «Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property»)

B. Normas Nacionales e Instrumentos Internacionales

23. Acuerdo Comercial Económico Más Cercano Australia-Nueva Zelanda, ANZCERTA.
24. Acuerdo de Salvaguardias de la OMC.
25. Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.
26. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947).
27. Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
28. Decisión 456 de la Comunidad Andina sobre Antidumping.
29. Decisión 457 de la Comunidad Andina sobre Subvenciones.
30. Decisión 771 de la Comunidad Andina.
31. Decreto 2550 de 2010, Estatuto Antidumping Colombiano, publicado en el D.O. 47.771, julio 15 de 2010.
32. Protocolo de Aceleración de Libre Comercio de Bienes de la SACU.
33. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012.
34. Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá.

C. Páginas Web

35. Acuerdos de Libre Comercio de Colombia. Textos de CAN, CARICOM, CAN-MERCOSUR, México, Nicaragua, Chile, Triángulo Norte (Salvador, Guatemala y Honduras), Asociación Europea de Libre Comercio, AELC, Venezuela, Canadá, Estados Unidos, Unión Europea. Ver: http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLagreements_s.asp
36. Hernán Avendaño Cruz. Ver: http://articulosloshernanavendano.blogspot.com/2011/04/colombia-sin-politica-industrial_1440.html
37. Índice Analítico del Acuerdo Antidumping. Ver: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/anti_dumping_e.htm
38. Índice Analítico del Acuerdo de Salvaguardias. Ver: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/safeguards_e.htm
39. Reglamento (CE) No 1225/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009. Ver: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2009R1225:20100111:ES:PDF>
40. The World Trade Press Illustrated Guide to Incoterms 2010. A comprehensive guide to the 11 INCOTERMS 2010. Ed. World Trade Press, 2010. Ver: http://books.google.com.co/books?id=VnZOkvrM4A0C&printsec=frontcover&dq=incoterms+2010&hl=es&sa=X&ei=c_BMUrXXGYK69gS0loAg&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q=incoterms%202010&f=false
41. WTO-Statistics on Anti-dumping. Ver: http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm_agosto_de_2013

APÉNDICE

Esquema de las diversas disposiciones de Defensa Comercial estipuladas por Colombia en sus acuerdos de libre comercio vigentes:

	Estipulación Disposiciones Defensa Comercial	Comentarios a Disposiciones de Defensa Comercial	
Acuerdo Comercial Vigente			
Colombia- Comunidad Andina ¹ , CAN	D. Antidumping	Sí	Diseño similar al del Acuerdo Antidumping de la OMC + Aplicación supletoria del mismo
	D. Compensatorios	Sí	Diseño similar al del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC + Aplicación supletoria del mismo.
	M. Salvaguardia	Sí	Procedimientos para 4 tipos de salvaguardia, esto es, Balanza de Pagos, Programa de Liberación, Productos Específicos, Devaluación Monetaria.
Unión Europea, UE	D. Antidumping y M. Compensatorias	Sí	Disposiciones sobre Subvenciones a la exportación y otras medidas de efecto equivalente para mercancías agrícolas; Remisión directa al Acuerdo Antidumping OMC y Acuerdo sobre Subvenciones OMC; se prevé la relación con procedimientos en el marco de la CAN; inclusión de normas sobre Transparencia, Interés Público, Regla del Menor Derecho, exclusión del mecanismo de solución de diferencias del Acuerdo.
	M. Salvaguardia	Sí	Medidas de Salvaguardia Agrícola, Medidas de Salvaguardia Multilateral y Medidas de Salvaguardia Bilateral. Incluyen normas sobre Transparencia, no simultaneidad de investigaciones, exclusión de mecanismo de solución de controversias, tipos de medidas, duración, compensaciones, reaplicación de las medidas, regiones ultraperiféricas de la UE

Continuación Apéndice.

Asociación Europea de Libre Comercio, AELC	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping de la OMC; mecanismo de consulta previa para solución mutuamente satisfactoria y; exclusión del mecanismo de solución de diferencias del Acuerdo.
	D. Compensatorios		Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones OMC; mecanismo de consulta previa para solución mutuamente satisfactoria y; disposiciones particulares sobre notificaciones.
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia Global, con remisión directa a Acuerdo de Salvaguardias OMC y aplicación de doctrina OMC. Salvaguardia Bilateral, con aplicación supletoria del Acuerdo de Salvaguardias OMC, y normas propias de procedimiento.
Canadá	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping.
	D. Compensatorios	Sí	Subvenciones a la exportación agrícola. Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones OMC.
	M. Salvaguardia	Sí	Medidas de Salvaguardia Agrícola. Remisión directa al Acuerdo de Salvaguardias OMC y normas procedimentales propias y requisitos de transparencia.
Triángulo Norte (Salvador, Guatemala y Honduras)	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping.
	D. Compensatorios	Sí	Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones.
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia Global y Bilateral con normas propias de procedimiento y conforme al Acuerdo sobre Salvaguardias.
Chile	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping.
	D. Compensatorios	Sí	Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia Global y Bilateral con normas propias de procedimiento y remisión directa al Acuerdo sobre Salvaguardias.

Continuación Apéndice.

Estados Unidos	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping.
	D. Compensatorios	Sí	Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones.
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia Agrícola con límites para su aplicación y anexo de normas detalladas, prohibición de simultaneidad con otro tipo de salvaguardias. Salvaguardia Global y Bilateral con normas propias y remisión directa al Acuerdo sobre Salvaguardias.
México	D. Antidumping	Sí	Remisión al Acuerdo Antidumping, con normas propias sobre márgenes mínimos.
	D. Compensatorios	Sí	Remisión al Acuerdo sobre Subvenciones, con disposiciones especiales, sobre cuotas compensatorias.
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia Especial Agrícola, con normas propias de procedimiento. Salvaguardia Global y Bilateral, con normas propias de procedimiento.
CARICOM	D. Antidumping	Sí	Remisión directa al Acuerdo Antidumping.
	D. Compensatorios	Sí	Remisión directa al Acuerdo sobre Subvenciones.
	M. Salvaguardia	Sí	Normas propias sobre salvaguardias bilaterales.
Nicaragua	D. Antidumping	No	
	D. Compensatorios	No	
	M. Salvaguardia	Sí	Salvaguardia bilateral con normas propias.

Fuente: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Sistema de Información sobre Comercio Exterior, SICE - Organización de Estados Americanos - Comunidad Andina.

EFECTOS DEL ACUERDO DE FACILITACIÓN AL COMERCIO DE LA OMC EN LA REGULACIÓN ADUANERA COLOMBIANA: ¿QUÉ DE ESTE ACUERDO YA ESTABA EN LOS TLC?

*Juan David Barbosa Mariño**
*Mauricio Andrés Salcedo Maldonado***

Fecha de Aceptación: Mayo 26 - 2014

Resumen

Muchas de las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio publicado en la Decisión Ministerial del 7 de diciembre de 2013 (en adelante el Acuerdo) ya se encontraban dentro de los compromisos negociados dentro de los distintos Tratados de Libre Comercio, por lo que Colombia se encuentra en un escenario razonablemente propicio frente a la implementación de dicho Acuerdo dado que ya ha adoptado varias de las disciplinas allí previstas en sus TLC. Este artículo analiza estas obligaciones, estableciendo algunos comentarios sobre su implementación.

Palabras clave: Facilitación del Comercio, Organización Mundial de Comercio, Declaración de Bali, Tratados de Libre Comercio.

Abstract

The Ministerial Conference of Bali was the scenario for concluding the negotiations of the new WTO Agreement on trade facilitation. This agreement represents the most important achievement of the WTO since

* Abogado y especialista en Impuestos de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en Negocios Internacionales y Derecho Económico de la Universidad de Georgetown, estudios en el WTO Institute en Washington D.C. y en el IDLO en Roma. Correo electrónico: juan.barbosa@phrlegal.com

** Abogado de la Universidad de los Andes, especializado en derecho económico en la Universidad Externado de Colombia y Máster en Derecho Internacional de la Universidad de Georgetown (LLM), con estudios en Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de esta universidad, del Instituto de Alta Formación de la OMC y de la Academia de Estudios para Funcionarios Internacionales de Negocios del Gobierno de la República Popular China (AIBO). Correo electrónico: msalcedo@mincint.gov.co

Las opiniones expresadas en este artículo no comprometen la posición de la entidad a la que pertenecen los autores, ni tampoco su posición como funcionario o asesor.

the conclusion of the Uruguay Round and, it is relevant to point the way is going to be implemented under Colombia Law, in particular after it entries into force. In this regard, several provisions of this new instrument have been already implemented as a consequence of obligations reached by the Colombian Government on the FTAs, or are in their way for being implemented. This article deals with those obligations, providing some preliminary comments on its implementation.

Key words: Trade facilitation, World Trade Organization, Bali Declaration, Free Trade Agreements.

1. INTRODUCCIÓN

La Novena Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) celebrada en Bali, Indonesia entre el 3 y 6 de diciembre del 2013 y liderada por el Director General, el brasilero Roberto Azevêdo, produjo el primer acuerdo relevante desde el establecimiento de la OMC en el año 1995.¹ Tres componentes integran este Acuerdo: Facilitación al Comercio, algunos temas agrícolas y asuntos de importancia para los países menos desarrollados². En este artículo se analizará el **Acuerdo sobre**

- 1 Acuerdos como el de Compras Públicas, Telecomunicaciones, Productos Tecnológicos y Servicios Financieros tuvieron un rol importante pero nunca a nivel multilateral.
- 2 La Declaración Ministerial y las Decisiones son: DECLARACIÓN MINISTERIAL DE BALI - WT/MIN (13)/DEC; RECLAMACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN Y RECLAMACIONES EN CASOS EN QUE EXISTE OTRA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ADPIC - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/31 - WT/L/906; PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/32 - WT/L/907; PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LAS PEQUEÑAS ECONOMÍAS - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/33 - WT/L/908; AYUDA PARA EL COMERCIO - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/34 - WT/L/909; COMERCIO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/35 - WT/L/910; ACUERDO SOBRE FACILITACIÓN DEL COMERCIO - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/36 - WT/L/911; SERVICIOS GENERALES - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/37 - WT/L/912; CONSTITUCIÓN DE EXISTENCIAS PÚBLICAS CON FINES DE SEGURIDAD ALIMENTARIA - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/38 - WT/L/913; ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS DISPOSICIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTINGENTES ARANCELARIOS DE LOS PRODUCTOS AGROPECUARIOS, SEGÚN SE DEFINEN EN EL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/39 - WT/L/914; COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES - MINISTERIAL DECLARATION - WT/MIN (13)/40 - WT/L/915; ALGODÓN - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/41 - WT/L/916; NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/42 - WT/L/917; PUESTA EN PRÁCTICA DE LA EXENCIÓN RELATIVA AL TRATO PREFERENCIAL PARA LOS SERVICIOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/43 - WT/L/918; ACCESO A LOS MERCADOS LIBRE DE DERECHOS Y DE CONTINGENTES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/44 - WT/L/919; MECANISMO DE VIGILANCIA DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO - DECISIÓN MINISTERIAL - WT/MIN (13)/45 - WT/L/920

Facilitación del Comercio publicado en la Decisión Ministerial del 7 de diciembre de 2013 (en adelante el Acuerdo).

Hasta este Acuerdo, el marco jurídico de la OMC carecía de disposiciones específicas en materia de procedimientos y documentación de aduana y la transparencia que esto requiere³. Ahora, con el **Acuerdo sobre Facilitación del Comercio** se cuenta con un Acuerdo especialmente diseñado para regular estos temas, recogiendo una iniciativa que ha venido liderando el Banco Mundial⁴, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y la UNCTAD⁵.

Para todos los efectos, este Acuerdo se insertará en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC a través de un Protocolo que preparará el Comité Preparatorio sobre Facilitación del Comercio, el cual estará abierto para aceptación hasta el 31 de julio de 2015. Posteriormente, en virtud del artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC, entrará en vigor para los países que lo hayan aceptado hasta esa fecha, cuando el mismo sea aceptado por dos tercios de los Miembros de la OMC, y después, entrará en vigor para cada uno de los otros países, según cada uno lo vaya aceptando⁶. Específicamente para Colombia, en virtud que este Acuerdo se considera un tratado internacional, debe surtir el mismo trámite que cualquier tratado ante el Congreso de la República y ante la Corte Constitucional⁷.

- 3 Los artículos 5, 8 y 10 del GATT sobre libertad de tránsito de mercancías, los derechos y formalidad referentes a la importación y la exportación, y la publicación y aplicación de los reglamentos comerciales, respectivamente, eran el marco normativo más cercano.
- 4 En el año 2013, solo el Banco Mundial destino cinco mil ochocientos millones de dólares en proyectos de facilitación aduanera alrededor del mundo. Ver. The World Bank Trade Facilitation Agenda en www.worldbank.org/trade
- 5 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) calcula que en una transacción aduanera media intervienen entre 20 y 30 partes diferentes, 40 documentos, 200 elementos de datos (30 de los cuales se repiten 30 veces como mínimo) y la necesidad de volver a escribir, por lo menos una vez más, entre el 60 y el 70% de todos los datos. Ver. UNCTAD en <http://unctad.org/en/Pages/DTL/TTL/Trade-Facilitation.aspx>
- 6 Artículo X Enmiendas, Párrafo 3.
- 7 En la sentencia C-369/02, la Corte señaló como «De conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 241 superior, la Corte Constitucional tiene entre sus funciones decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben. Estos tratados, que requieren aprobación del Congreso y revisión previa por la Corte, para poder ser ratificados, obviamente incluyen los protocolos y modificaciones que se hagan a los tratados que Colombia ya haya ratificado, por cuanto esas enmiendas o adiciones a tratados ya vigentes modifican de todos modos el alcance de los compromisos internacionales de Colombia. Por ello, la sentencia C-176 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, luego de estudiar específicamente el tema, concluyó que «las enmiendas están sometidas al mismo procedimiento de aprobación y control constitucional que los tratados, por lo cual la Corte, conforme al numeral 10 del artículo 241 superior, es competente para pronunciarse de manera automática y previa sobre las leyes que aprueban enmiendas a un tratado.»

No obstante, para efectos de la regulación aduanera y de comercio exterior colombiana, y este es el propósito de este artículo, buena parte de las disposiciones de este Acuerdo ya se encontraban dentro de los compromisos negociados dentro de los distintos Tratados de Libre Comercio y en virtud de estos compromisos deberán ser implementadas incluso antes que este Acuerdo entre en vigor.

Esto no le resta importancia a este Acuerdo, por el contrario se constituye en un interesante experimento para empezar a consolidar a nivel multilateral los compromisos que Colombia ha venido adquiriendo en su red de tratados bilaterales y se vuelve un factor necesario para establecer y hacer un seguimiento a las disposiciones que el país decida ir implementando vía este Acuerdo.

2. ¿QUÉ ES LO QUE APLICARÁ COLOMBIA DEL ACUERDO AL MOMENTO QUE EL MISMO ENTRE EN VIGOR PARA EL PAÍS?

Lo primero que debemos señalar es que el Acuerdo permite que los países en desarrollo y menos desarrollados apliquen gradualmente este Acuerdo.⁸ De hecho, el Acuerdo establece tres categorías de disposiciones (A, B y C) en las que cada país designa por sí mismo a título individual cuáles de las disposiciones de este Acuerdo incluye.

Al momento de la elaboración de este artículo, no se contaba con la información oficial de cuáles disposiciones Colombia -como país en desarrollo iba a notificar en cada categoría, ya que el plazo vence el 31 de julio de 2014. Ver la Tabla que aparece en la siguiente página, para una mejor ilustración.

Es importante resaltar que el propio Acuerdo establece un período de dos años después de la entrada en vigor, en el que para Colombia -como país en desarrollo- no se aplicará la solución de diferencias de la OMC

Era entonces claro que el Congreso debía aprobar este Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (de ahora en adelante AGCS) y la lista de compromisos específicos de Colombia, por medio de una ley aprobatoria de tratados, cuya constitucionalidad debía a su vez ser revisada por esta Corte Constitucional. Y es que en nuestro ordenamiento constitucional, todo tratado requiere ser aprobado por el Congreso, y su constitucionalidad debe ser previamente revisada por esta Corte, antes de que el Ejecutivo pueda obligar internacionalmente al país (CP arts. 224 y 241)» Otros antecedentes se encuentran en la sentencia C-916/01 que revisó el «Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC», hecho en Seattle el 30 de noviembre de 1999, así como la ley 639 de 2001, por medio de la cual aquél se aprueba; o en la sentencia C-032/09 que revisó la Ley 1199 de 2008 «Por medio de la cual se aprueba el Protocolo por el que se Enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC.

8 Sección II del Acuerdo.

9 Párrafo 8.1, pág. 29.

Categoría	Compromisos para Colombia
A	Para países en desarrollo aplican al momento de la entrada en vigor del Acuerdo.
B	Se otorga un periodo de transición, siendo necesario señalar las fechas indicativas para su aplicación al momento de entrada en vigor del Acuerdo. Dentro del año de entrada en vigor del Acuerdo, Colombia deberá notificar las fechas definitivas. Antes de que venza el plazo señalado no obstante se puede solicitar una prórroga de un plazo adicional suficiente ante el Comité.
C	Se otorga un periodo de transición, siendo necesario señalar las fechas indicativas para su aplicación al momento de entrada en vigor del Acuerdo, siendo necesario incluir información sobre la asistencia y el apoyo para la creación de capacidad que el Miembro requiera para la aplicación. Dentro de un año de la entrada en vigor se debe presentar la información en materia de cooperación.

para ninguna de las disposiciones que notifique dentro de la Categoría A⁹. En el texto actual, nada se dice para las disposiciones de las otras Categorías para estos países, en caso que los respectivos plazos para la implementación venzan.

En el caso de Colombia, donde tenemos el antecedente de la controversia de Panamá Puertos en la OMC este tema hubiera podido ser relevante en materia de las notificaciones que se asumieran, sino hubiera sido porque con Panamá ya se celebró un TLC que incluye un capítulo de administración aduanera y facilitación del comercio¹⁰.

3. ASPECTOS DEL ACUERDO QUE YA SE HABÍA NEGOCIADO EN LOS TLC QUE SE ENCUENTRAN VIGENTES PARA COLOMBIA: HOMOGENIZAR OMC-PLUS DE LOS TLC EN LA OMC Y RESPETAR COMPROMISOS PREVIOS

Desde el TLC con Estados Unidos, Colombia viene incluyendo expresamente un capítulo de facilitación de comercio en sus TLC¹¹ y tal como ilustra la siguiente Tabla con siete de los trece artículos que componen el Acuerdo, muchos de las disposiciones que se encuentran en el mismo ya habían sido objeto de negociación por Colombia en sus TLC.

10 Capítulo 4. Específicamente se incluye en este TLC un Anexo sobre Cooperación Técnica y Asistencia Mutua en Asuntos Aduaneros (Anexo 4A).

11 El TLC con México no incluye un capítulo expreso en la materia.

Acuerdo de Facilitación (Acuerdo)	TLC EEUU	TLC Unión Europea
Publicación y disponibilidad de la Información (Art. 1)	Art. 5.1: Publicación Art. 19.1 Puntos de Enlace	Art. 64 Relaciones con la comunidad empresarial. Art. 68 Subcomité de aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen
Oportunidad de formular observaciones e información antes de la entrada en vigor (Art. 2)	Art. 5.1: Publicación. El numeral 3	Art. 64 Relaciones con la comunidad empresarial.
Resoluciones Anticipadas (Art. 3)	Art.5.10 Resoluciones Anticipadas	Art. 60 Resoluciones Anticipadas
Procedimientos de Recurso o de Revisión (Art. 4)	Art. 5.8. Revisión y Apelación	
Otras medidas para aumentar imparcialidad, no discriminación y transparencia (Art. 5)		Art. 97 Notificaciones y Consultas Art. 98 Medidas de Emergencia Art 99 Medidas Alternativas
Disciplinas sobre los derechos y cargas establecidos para la importación y la exportación o en relación con ellas (Art.6)	Art. 2.10 Cargas y Formalidades Administrativas Art.5.9: Sanciones	Art. 24 Derechos y Cargas Art. 59.1. (h) y Art. 59.1. (g)
Levante y Despacho de Aduana de las Mercancías (Art. 7)	Art. 5.2. Despacho de las Mercancías Art. 5.3 Automatización Art. 5.4 Administración de Riesgos	Art. 59 y 61. Art 62

Para todos los efectos, este artículo analiza algunas de las disposiciones del TLC con Estados Unidos y con la Unión Europea frente a los primeros siete artículos del Acuerdo de los trece que lo componen, para efectos de ilustrar al lector sobre la tesis que aquí se expone.

3.1. Publicación y disponibilidad de la información (Art. 1 del Acuerdo)

En materia del principio de Publicación, el Acuerdo establece de una forma más precisa que los TLC lo que se debe publicar¹². Es el caso de los procedimientos en puertos, aeropuertos y otros puntos de entrada, al igual que los documentos y formularios que se exigen (1.1.a del Acuerdo). Como tal, los TLC como el de EEUU establece de forma general la obligación de publicar la «*legislación, regulaciones y procedimientos administrativos generales aduaneros*». Esto no implica que el compromiso de los TLC no incluya el detalle establecido en el Acuerdo, simplemente no establece un listado como el del Acuerdo. De hecho, el TLC con la UE señala que Colombia debe «asegurar que toda legislación y procedimientos relacionados con aduanas, así como con aranceles aduaneros, derechos y cargas, estén públicamente disponibles.» (Art. 64 (a))

Recordemos que el Acuerdo establece puntualmente que:

1.1. Cada Miembro publicará prontamente, de manera no discriminatoria y fácilmente accesible, a fin de que los gobiernos, los comerciantes y otras partes interesadas puedan tener conocimiento de ella, la información siguiente:

En este punto, resulta importante destacar como el verbo «publicará» se ve caracterizado por los términos «prontamente», «de manera no discriminatoria» y «fácilmente accesible», definiendo la obligación que se está estableciendo y el estándar con el cual será valorado su cumplimiento. Esta obligación en últimas tiene la finalidad de lograr el objetivo de que los gobiernos, los comerciantes y las otras partes interesadas puedan tener conocimiento de la información que será objeto de publicación. En este caso, vale la pena tratar de entender a qué se refiere los términos «gobiernos», «comerciantes» y «otras partes interesadas».

Vale la pena tratar de entender a qué se refiere los términos «gobiernos», «comerciantes» y «otras partes interesadas».

Se supone que a partir del Acuerdo de Marrakech el término «partes contratantes» evolucionó al término miembros. En ese contexto el uso del término gobierno no pareciera ser propio del contexto OMC salvo porque lo incluye el propio artículo X del GATT de 1994. De otra parte tampoco es claro cuando se refiere a «otras partes interesadas» si se está

12 TLC EEUU, Art. 5.1: Publicación y Art. 19.1 Puntos de Enlace; TLC UE, Art. 64 Relaciones con la comunidad empresarial.

Art. 68 Subcomité de aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen.

refiriendo a otros actores del comercio o de la sociedad interesados en la transparencia de la información y las normativas de carácter aduanero.

El término gobiernos podría implicar una referencia a un nivel de gobierno distinto del estatal que tiene representación estatal o que detenta la membresía, sin embargo lo que pareciera en este caso significar es que hace referencia solo a aquel nivel de gobierno central, y que si él está notificado sobre este particular se ve satisfecha la obligación, siempre y cuando los comerciantes y otros terceros con interés también tengan acceso a dicha información que se va a enunciar. Este término podría haberse aclarado en el contexto de la forma como actualmente se ejercen las obligaciones en la OMC pero no sucedió.

Es posible afirmar que la DIAN ha avanzado en la forma como hace públicas y notifica sus decisiones y regulaciones, sin embargo el hecho que en algunas ocasiones ciertas medidas se adopten sin el mismo nivel de transparencia que se aspiraría con el cumplimiento de obligaciones como las previstas en este texto, deberá ser objeto de análisis por la Corte Constitucional cuando revise este principio y lo contraste frente al artículo 2 de la Ley Marco de Aduanas.

En materia de la Información Disponible por medio de Internet, tanto el Acuerdo (Artículo 1.2.)¹³ como el TLC de EEUU (Art. 5.1.2) establecen disposiciones similares.

En materia de Servicios de información, el TLC con la Unión Europea establece la obligación de poner a disposición del público (...) los puntos de contacto para solicitar información (Art. 64 (d)). De igual forma el TLC con EEUU habla de «puntos de consulta» (Art. 5.2.2.) De hecho, el Acuerdo es flexible al señala que estos servicios son «dentro de los límites de los recursos de que dispongan» los países. Un punto importante es que tanto el TLC con EEUU como el de UE establecen de forma general un Capítulo de Transparencia (Capítulo Diecinueve y Capítulo X, respectivamente) que de forma general establece obligaciones en materia de puntos de enlace,

13 *Información disponible por medio de Internet*

1.1. En la medida en que sea posible y según proceda, cada Miembro facilitará, y actualizará, en Internet lo siguiente:

- a. una descripción¹³ de sus procedimientos de importación, exportación y tránsito, incluidos los procedimientos de recurso, en la que se informe a los gobiernos, los comerciantes y otras partes interesadas de las medidas prácticas necesarias para importar y exportar y para el tránsito;
- b. los formularios y documentos exigidos para la importación en el territorio de ese Miembro, para la exportación desde él y para el tránsito por él;
- c. los datos de contacto de los servicios de información.

publicación, notificación y suministro de información, etc. para todas las disposiciones del tratado, que incluyen también lo establecido en el capítulo de administración aduanera y facilitación al comercio.

Finalmente, en materia de Notificación, que en el caso del Acuerdo es al Comité, es preciso señalar que en TLC como el de Estados Unidos no se establece un Comité en el capítulo de facilitación aduanera y por ende fuera del periodo de implementación (Art. 5.11) no existe disposición similar a la del Acuerdo, no obstante es preciso señalar que la no implementación o su interrupción podría ser tratado en la Comisión de Libre Comercio del propio TLC (Art. 20.1.). En cambio el TLC con la Unión Europea si establece un Subcomité de aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen que dentro de sus funciones tiene la de supervisar la aplicación y administración en materia de facilitación del TLC con Europa (Art. 68.2 (a)).

En conclusión, los temas establecidos por el artículo 1 del Acuerdo ya se encuentran establecidos en los TLC como los que tiene Colombia con Estados Unidos y la Unión Europea.

3.2. Oportunidad de formular observaciones e información antes de la entrada en vigor (Art. 2 del Acuerdo)

El artículo 2 establece que *cada Miembro ofrecerá, en la medida en que sea factible y de manera compatible con su ordenamiento jurídico, las oportunidades, en el plazo adecuado, para que los comerciantes y otras partes interesadas formulen observaciones sobre la introducción o la modificación propuesta de leyes y reglamentos de aplicación general, relativos al movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito.*

Esta obligación es de buenos esfuerzos y básicamente lo que busca es alinear la obligación de transparencia con un cierto estándar internacional en el sentido de propender que existan oportunidades de presentar o formular observaciones

La oportunidad de formular observaciones e información antes de la entrada en vigor, ya se establecía en el TLC con Estados Unidos (Art. 5.1.3). De igual forma, en el TLC con la UE se habla de «*un periodo de tiempo razonable entre la publicación de la legislación y los procedimientos nuevos o modificación, así como de los aranceles aduaneros, derechos o cargas y su entrada en vigencia.*» (Art. 64 (b)). Tanto en el TLC EEUU como en el TLC con la UE, la redacción de este compromiso es potestativa y encaminada a procurar los mejores esfuerzos, al igual que en el Acuerdo.¹⁴

14 TLC EEUU, Art. 5.1: Publicación. El numeral 3; TLC UE Art. 64 Relaciones con la comunidad empresarial.



Es interesante sin embargo, como el Acuerdo establece una excepción a este principio que no está en los TLC y es para aquellas medidas cuya publicación previa menoscabe la eficacia de la medida que se apliquen en circunstancias urgentes. (Art. 2,1.3).

En conclusión, los temas establecidos por el artículo 2 del Acuerdo ya se encuentran establecidos en los TLC como los que tiene Colombia con Estados Unidos y la Unión Europea.

3.3. Resoluciones anticipadas (Art. 3 del Acuerdo)

El art. 3 del Acuerdo establece la figura de las Resoluciones Anticipadas. Esta figura se encuentra expresamente regulada en los TLC que Colombia ha venido suscribiendo.

El acuerdo entiende por resolución anticipada la siguiente: *una decisión escrita que un Miembro facilita a un solicitante antes de la importación de la mercancía abarcada por la solicitud, en la que se establece el trato que el Miembro concederá a la mercancía en el momento de la importación»*

En el caso del Acuerdo de Bali se incluyen, tal como ha sido la tendencia en los TLC, los siguientes escenarios:

- i. la clasificación arancelaria de la mercancía; y
- ii. el origen de la mercancía¹⁵;

Sin embargo, también se alienta a los Miembros a que, además emitan resoluciones anticipadas sobre lo siguiente:

- i. el método o los criterios apropiados que han de utilizarse para determinar el valor en aduana con arreglo a un conjunto determinado de hechos, y la aplicación de dicho método o dichos criterios;
- ii. la aplicabilidad de las prescripciones del Miembro en materia de desgravación o exención del pago de los derechos de aduana;
- iii. la aplicación de las prescripciones del Miembro en materia de contingentes, incluidos los contingentes arancelarios; y

15 Se entiende que una resolución anticipada sobre el origen de una mercancía puede ser un dictamen del origen a los efectos del Acuerdo sobre Normas de Origen cuando la resolución cumpla las prescripciones del presente Acuerdo y del Acuerdo sobre Normas de Origen. De manera análoga, un dictamen del origen de conformidad con el Acuerdo sobre Normas de Origen puede ser una resolución anticipada sobre el origen de una mercancía a los efectos del presente Acuerdo en los casos en que la resolución cumpla las prescripciones de ambos Acuerdos. Los Miembros no están obligados a establecer en el marco de esta disposición estipulaciones adicionales a las establecidas de conformidad con el Acuerdo sobre Normas de Origen en relación con el dictamen del origen, siempre que se cumplan las prescripciones de este artículo.

- iv. cualesquiera cuestiones adicionales sobre las que un Miembro considere adecuado emitir una resolución anticipada.

El TLC con Estados Unidos califica lo que se entiende por plazo razonable en «150 días siguientes a la solicitud» (Art. 5.10.2). El TLC con la UE regula el tema de una forma menos detallada, pero remite a los Estándares Internacionales de la OMA (Art. 60.4). El TLC con Corea plantea lo propio en 120 días, y el proyecto de Estatuto Aduanero va en esa línea o inferior (90 días)

Un aspecto interesante que tendrá que ser objeto de consideración es la excepción que incluye el Acuerdo y que no estaba contemplada por ejemplo en el TLC con EEUU sobre la posibilidad de negarse a emitir una resolución anticipada si la cuestión está pendiente de decisión por un organismo gubernamental o tribunal o ya ha sido objeto de decisión por un tribunal (Art. 3.2).

El Acuerdo establece esta figura para la clasificación arancelaria como para temas de origen de mercancías (Art. 3.9) - no sin resaltar que la misma solo es aplicable sobre las disposiciones del Acuerdo sobre Normas de Origen de la OMC. De forma, potestativa establece la posibilidad de emitir resoluciones anticipadas sobre otros temas. El TLC con EEUU enuncia de forma obligatoria siete temas en los que Colombia debe establecer esta figura. (Art. 5.10.1). El TLC con la UE establece el tema de clasificación y de origen solamente de forma expresa (Art. 60.1)

En conclusión, los temas establecidos por el artículo 3 del Acuerdo ya se encuentran establecidos en los TLC como los que tiene Colombia con Estados Unidos y la Unión Europea, no obstante en el TLC como el de Estados Unidos se establece disposiciones que seguirían siendo Acuerdo de Facilitación Plus.

3.4. Procedimientos de recurso o de revisión (Art. 4 del Acuerdo)

El Acuerdo de Bali prevé lo siguiente:

«1.1. Cada Miembro dispondrá que la persona a quien vaya dirigida una decisión administrativa¹⁶ de la aduana tendrá derecho, en su territorio, a lo siguiente:

16 En el marco de este artículo, por decisión administrativa se entiende una decisión con efectos jurídicos que afecta a los derechos y obligaciones de una persona específica en un caso dado. Se entenderá que, en el marco de este artículo, una decisión administrativa abarca las medidas administrativas en el sentido del artículo X del GATT de 1994 o la no adopción de medidas o decisiones administrativas de conformidad con lo dispuesto en el derecho y el sistema jurídico internos de un Miembro. Para abordar los casos en

- a. recurso de apelación o revisión administrativa ante una autoridad administrativa superior al funcionario u oficina que haya emitido la decisión o independiente de ese funcionario u oficina, o revisión administrativa por tal autoridad; y/o
- b. recurso o revisión judicial de la decisión.

1.2. La legislación de cada Miembro podrá prescribir que el recurso o revisión administrativo se inicie antes del recurso o revisión judicial.

1.3. Los Miembros se asegurarán de que sus procedimientos de recurso o revisión se lleven a cabo de manera no discriminatoria.»

Esta disposición ya está incorporada en el ordenamiento interno colombiano, tanto a nivel de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como del Estatuto Aduanero.

El TLC con Estados Unidos expresamente consagra en el Art.5.8 que los importadores deben tener «*un nivel de revisión administrativa independiente del empleado o despacho que dicte las terminaciones; y b) revisión judicial de las determinaciones*». En este sentido, el Acuerdo al establecer la disyuntiva (y/o) tiene un alcance menor (Art.4.1.1.). Lo interesante del Acuerdo es el llamado a que «*que las disposiciones de este artículo sean aplicables a las decisiones administrativas emitidas por un organismo competente que intervenga en la frontera distinto de las aduanas.*» (Art. 4.1.6). En Colombia esto aplicaría tanto al INVIMA como al ICA, si así fuera la intención de incluir dentro de los compromisos este tema por parte de Colombia en las Categorías A o B.

De otro lado, el TLC con la UE también establece como Colombia debe establecer «*procedimientos efectivos, rápidos, no discriminatorios y de fácil acceso que garanticen el derecho de apelar resoluciones y decisiones administrativas en materia aduanera (...)*» (Art. 59.3 (b))

En conclusión, los temas establecidos por el artículo 4 del Acuerdo ya se encuentran establecidos en los TLC como los que tiene Colombia con Estados Unidos, no obstante en este TLC se establece disposiciones que seguirían siendo Acuerdo de Facilitación Plus. De igual forma, tanto el TLC con EEUU (Art. 19.5) como el TLC con la Unión Europea también en su capítulo de Transparencia, no solo para los temas aduaneros sino para todos los asuntos relacionados con el comercio cubierto por el Acuerdo, establecen

que no se adopten medidas o decisiones, los Miembros podrán mantener un mecanismo administrativo o un recurso judicial alternativos con objeto de disponer que la autoridad aduanera emita prontamente una decisión administrativa, en lugar del derecho a recurso o revisión previsto en el apartado a) del párrafo 1.1.

para Colombia la obligación de mantener tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales o de naturaleza administrativa. (Art. 292)

3.5. Otras medidas para aumentar imparcialidad, no discriminación y transparencia (Art. 5 del Acuerdo)

EL Acuerdo esencialmente prevé la posibilidad de imponer controles adicionales no discriminatorios y transparentes cuando considere necesario dicho sistema de cuarentena *para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales en su territorio. (5.1)*

Los tipos de controles son notificaciones, retenciones de productos y procedimientos de pruebas de los productos a ser importados y sometidos a los regímenes descritos por este artículo. Los principios que guían este proceso son: i) el riesgo, es decir que se controle con arreglo al riesgo verificable que representan las mercancías a ser objeto de control; ii) transparencia, es decir que el importador este en todo momento informado sobre la suerte de su mercancía; iii) debido proceso de los importadores, que se traduce en la posibilidad de que sean sometidos a un procedimiento imparcial, objetivo y no discriminatorio.

En estos casos, los miembros se comprometen a guiarse por las disciplinas definidas por el Acuerdo para efectos de evitar abusos.

Es así como en materia de notificaciones de controles o inspecciones reforzados, el TLC con EE.UU. no tiene una disposición con este alcance ni siquiera en el Capítulo en Materia Sanitaria y Fitosanitaria. Sin embargo, frente al TLC con la UE, no en el capítulo de aduanas sino en el capítulo de Medidas Sanitarias, es preciso considerar los artículos que regulan el tema de la forma de emitir, poner fin o suspender esas notificaciones y orientaciones a fin de elevar el nivel de los controles o inspecciones en frontera con respecto a los alimentos, bebidas o piensos (Arts. 97 Notificaciones y Consultas, Art. 98 Medidas de emergencia y Art. 99 Medidas Alternativas). La diferencia frente al TLC con la UE, es que el Acuerdo regula desde un punto de vista procedimental como se deben aplicar estas notificaciones, por ejemplo estableciendo que podrá ser aplicada solo a los puntos de entrada donde «se den las condiciones sanitarias y fitosanitarias en que se basan la notificación o la orientación» (Art. 5.1. (b)). En este sentido, estas disposiciones No nivelan el compromiso OMC Plus que tiene el TLC con Europa, estableciendo compromisos diferentes

En materia de notificaciones de controles o inspecciones reforzados, el TLC con EE.UU. no tiene una disposición con este alcance ni siquiera en el Capítulo en Materia Sanitaria y Fitosanitaria.

como el de que se «publicará sin demora, según proceda, el anuncio de la terminación o la suspensión de la notificación.» (Art.5.1. (b))

3.6. Disciplinas sobre los derechos y cargas establecidos para la importación y la exportación o en relación con ellas (Art.6 del Acuerdo)

El Acuerdo de BALI prevé lo siguiente en materia de publicidad de los derechos y cargas a cobrar en aduana: *«1.2. Se publicará información sobre los derechos y cargas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 del presente Acuerdo. Esta información incluirá los derechos y cargas que se aplicarán, la razón de tales derechos y cargas, la autoridad responsable y cuándo y cómo se ha de efectuar el pago.»*

«Se preverá un plazo suficiente entre la publicación de los derechos y cargas nuevos o modificados y su entrada en vigor, salvo en circunstancias urgentes. Esos derechos y cargas no se aplicarán hasta que se haya publicado información sobre ellos.»

Adicionalmente los derechos y cargas se *«limitarán al costo aproximado de los servicios prestados para la operación de importación o exportación específica de que se trate o en relación con ella; y no tienen por qué estar relacionados con una operación de importación o exportación específica siempre que se perciban por servicios que estén estrechamente vinculados con la tramitación aduanera de mercancías»*

De otra parte, el Acuerdo también establece un régimen que busca disciplinar las sanciones que imponen los miembros por asuntos relacionados con el pago de impuestos y cargas, en el sentido que: 3.5. *Cada Miembro se asegurará de que, cuando se imponga una sanción por una infracción de las leyes, reglamentos o formalidades de aduana, se facilite a la (s) persona (s) a la (s) que se haya impuesto la sanción una explicación por escrito en la que se especifique la naturaleza de la infracción y la ley, reglamento o procedimiento aplicable en virtud del cual se haya prescrito la cuantía o el alcance de la sanción por la infracción.*

No en el capítulo de facilitación, pero si en el de Acceso a Mercados, tanto el TLC con EEUU como el TLC con UE incluyen disposiciones sobre cargas y formalidades administrativas (Art.2.10 y 24, respectivamente), el Acuerdo al establecer Disciplinas generales sobre los derechos y cargas establecidos para la importación y la exportación o en relación con ellas simplemente extiende para todos los países estas disposiciones. Obligaciones que el TLC con EEUU consagran como la de poner *«a disposición y mantendrá, a través de Internet, una lista actualizada de las tasas o cargos impuestos en relación con la importación o exportación»*. (Art. 2.10), se encuentra de una forma general consagrada en el art. 6.1. del Acuerdo.

De igual forma, en lo que respecta a Disciplinas Específicas, los TLC con EEUU y con la UE ya habían limitado los mismos «*al costo aproximado de los servicios prestados para la operación de importación o exportación específica de que se trate o en relación con ella*» en el Artículo 2.10.1 y 24, respectivamente. De hecho este tema de la «razonabilidad» es reafirmado en el TLC con UE en el artículo 59 literal h del numeral 1. Adicionalmente, tanto el TLC con EEUU como el TLC con la UE establecen que estos «no pueden representar una protección indirecta a las mercancías nacionales» (Art. 2.10.1 y Art.24.1), principio que no quedó en el Acuerdo. De hecho, el Acuerdo fue más flexible al permitir que estos derechos y cargas «*no tienen por qué estar relacionados con una operación de importación o exportación específica siempre que se perciban por servicios que estén estrechamente vinculados con la tramitación aduanera de mercancías.*» (Art. 6.2.1 (ii))

En materia de Sanciones, el TLC con EEUU dispone el art. 5.9 sobre sanciones, pero este es un artículo más abierto, al señalar simplemente que estas sanciones deben adoptarse o mantenerse «según este Acuerdo».

El TLC con la UE en el Ar. 59.1 literal (g) indica que las sanciones no pueden ser «desproporcionadas ni discriminatorias y cuya aplicación no retrasará indebidamente el despacho de las mercancías».

En este sentido, el Acuerdo contempla otras disposiciones sobre el tema estableciendo tres principios que no se encuentran en los anteriores TLC explícitamente, a saber que:

- i. las sanciones se imponga únicamente a la (s) persona (s) responsable (s) de la infracción con arreglo a sus leyes;
- ii. la sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcionada al grado y la gravedad de la infracción cometida y
- iii. la determinación y fiscalización de esas sanciones NO puede ser mediante incentivos que vulneren la proporcionalidad de la misma.

En este sentido, el Acuerdo si implicaría para Colombia asumir compromisos internacionales que no están en los TLC. No obstante, compromisos como los de la proporcionalidad están expresamente consagrados en la legislación interna colombiana.

3.7. Levante y despacho de Aduana de las mercancías (Art. 7)

Este tal vez es uno de los artículos más importantes del Acuerdo de Bali y en realidad cubre un gran número de disciplinas en el siguiente sentido:

1 Tramitación previa a la llegada

1.1. Cada Miembro adoptará o mantendrá procedimientos que permitan la presentación de la documentación correspondiente a la importación y otra información requerida, incluidos los manifiestos, a fin de que se comiencen a tramitar antes de la llegada de las mercancías con miras a agilizar el levante de las mercancías a su llegada.

1.2. Los Miembros preverán, según proceda, la presentación anticipada de documentos en formato electrónico para la tramitación de tales documentos antes de la llegada.

El Decreto 111 de 2010 preveía este asunto como la posibilidad de requerir la presentación anticipada de la declaración de importación. Este mecanismo en realidad permite agilizar el despacho de mercancías y lo clave es que debe administrarse en forma no discriminatoria, representando una oportunidad y no una limitación al comercio de bienes.

2 Pago electrónico

Cada Miembro adoptará o mantendrá, en la medida en que sea factible, procedimientos que permitan la opción de pago electrónico de los derechos, impuestos, tasas y cargas recaudados por las aduanas que se devenguen en el momento de la importación y la exportación.

En este aspecto la Aduana Colombiana ha avanzado y el sistema tributario y aduanero está altamente interconectado permitiendo diversos tipos de operaciones como el pago electrónico. Nunca es suficiente en temas de sistematización, pero consideramos que la Aduana tendría argumentos para demostrar condiciones para cumplir con el mismo.

3. Separación entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas

3.1. Cada Miembro adoptará o mantendrá procedimientos que permitan el levante de las mercancías antes de la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas, si esa determinación no se efectúa antes de la llegada, o en el momento de la llegada, o lo más rápidamente posible después de la llegada y siempre que se hayan cumplido todas las demás prescripciones reglamentarias.

3.2. Como condición para ese levante, un Miembro podrá exigir:

- a. el pago de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas determinados antes de la llegada o a la llegada de las mercancías y una garantía para la cuantía que todavía no se haya determinado en forma de fianza, depósito u otro medio apropiado previsto en sus leyes y reglamentos; o

b. una garantía en forma de fianza, depósito u otro medio apropiado previsto en sus leyes y reglamentos.

3.3. Esa garantía no será superior a la cuantía que el Miembro exija para asegurar el pago de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas que finalmente deban pagarse por las mercancías cubiertas por la garantía.

3.4. En los casos en que se haya detectado una infracción que requiera la imposición de sanciones pecuniarias o multas, podrá exigirse una garantía por las sanciones y las multas que puedan imponerse.

3.5. La garantía prevista en los párrafos 3.2 y 3.4 se liberará cuando ya no sea necesaria.

3.6. Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de un Miembro a examinar, retener, decomisar o confiscar las mercancías o a ocuparse de ellas de cualquier manera que no sea incompatible por otros motivos con los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de la OMC.

Este aspecto fue objeto de discusión específico en el caso Colombia Precios Indicativos y Restricción en Puertos de Entrada (DS 366) en el cual se discutió la posibilidad de cobrar esta garantía antes de la determinación final de los impuestos y derechos en aduana. Ya en el Acuerdo de Valoración, el artículo 13 preveía la posibilidad de cobrar esta garantía cuando existieran diferencias en el valor en aduana. Con este artículo, las diferencias por los tributos a declarar y pagar no tienen que estar estrictamente relacionados con el valor en aduana sino que pueden tratar de otros aspectos como diferencias por cuestión de asuntos relacionados con clasificación, origen, etc., y no estrictamente ligados a valor y a los métodos de valoración. Será necesario como se desarrolla el mismo.

4. Gestión del riesgo

4.1. Cada Miembro adoptará o mantendrá, en la medida de lo posible, un sistema de gestión del riesgo para el control aduanero.

4.2. Cada Miembro concebirá y aplicará la gestión del riesgo de manera que se eviten discriminaciones arbitrarias o injustificables o restricciones encubiertas al comercio internacional.

4.3. Cada Miembro concentrará el control aduanero y, en la medida de lo posible, otros controles en frontera pertinentes, en los envíos de alto riesgo y agilizará el levante de los de bajo riesgo. Cada Miembro también podrá seleccionar, aleatoriamente, los envíos que someterá a esos controles en el marco de su gestión del riesgo.

4.4. Cada Miembro basará la gestión del riesgo en una evaluación del riesgo mediante criterios de selectividad adecuados. Esos criterios de

selectividad podrán incluir, entre otras cosas, el código del SA, la naturaleza y designación de las mercancías, el país de origen, el país desde el que se expidieron las mercancías, el valor de las mercancías, el historial de cumplimiento de los comerciantes y la clase de medio de transporte.

Este es uno de los aspectos más importantes de toda la doctrina de la facilitación del comercio en el sentido que el mismo demanda «facilitar el comercio de lo que menor riesgo representa y concentrar el control en lo que representa verdadero riesgo».

En este aspecto, la DIAN tiene un gran desafío en tanto el análisis del riesgo es clave para mejorar la problemática del contrabando y la subfacturación que afecta a Colombia. Este asunto en sí mismo, es un asunto de seguridad nacional y demanda una política coherente, ejecutada por personal de las más altas calidades que realmente permita superar esta situación.

5. Auditoría posterior al despacho de aduana

5.1. Con miras a agilizar el levante de las mercancías, cada Miembro adoptará o mantendrá una auditoría posterior al despacho de aduana para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos aduaneros y otras leyes y reglamentos conexos.

5.2. Cada Miembro seleccionará a una persona o un envío a efectos de la auditoría posterior al despacho de aduana basándose en el riesgo, lo que podrá incluir criterios de selectividad adecuados. Cada Miembro llevará a cabo las auditorías posteriores al despacho de aduana de manera transparente. Cuando una persona sea objeto de un proceso de auditoría y se haya llegado a resultados concluyentes, el Miembro notificará sin demora a la persona cuyo expediente se audite los resultados, los derechos y obligaciones de esa persona y las razones en que se basen los resultados.

5.3. Los Miembros reconocen que la información obtenida en la auditoría posterior al despacho de aduana podrá ser utilizada en procedimientos administrativos o judiciales ulteriores.

5.4. Cuando sea factible, los Miembros utilizarán los resultados de la auditoría posterior al despacho de aduana para la aplicación de la gestión del riesgo.

Esta disposición también resulta de significativa importancia, por cuanto lo que se busca es que el control no se convierta en un obstáculo al comercio, previniendo el despacho o levante de las mercancías, sino que a través del principio de trazabilidad se logre controlar y sancionar cuando corresponda haciendo un análisis ponderado y en tiempo por parte de las aduanas, preferiblemente de forma posterior.

La filosofía que orienta esta disposición es puntualmente «la buena fe» concebida como el hecho que se presume que los importadores actúan de buena fe, en caso que se les compruebe lo contrario, las sanciones entonces deben ser ejemplares.

6. Establecimiento y publicación de los plazos medios de levante

6.1. Se alienta a los Miembros a que calculen y publiquen el plazo medio necesario para el levante de las mercancías periódicamente y de manera uniforme, utilizando herramientas tales como, entre otras, el Estudio de la OMA sobre el tiempo necesario para el levante.¹⁷

6.2. Se alienta a los Miembros a que intercambien en el Comité sus experiencias en el cálculo de los plazos medios de levante, en particular los métodos utilizados, los escollos detectados y los efectos que puedan tener en la eficacia.

En TLC como el de Estados Unidos, Colombia ha pactado en este punto un plazo de 48 horas para efectos de permitir el levante de las mercancías. Esta es una obligación de mejores esfuerzos pero la idea es que en el nuevo estatuto aduanero este plazo se va a reglamentar dando predictibilidad a los socios comerciales y a los operadores en la materia. El reto es poder que tanto la Administración como los distintos agentes que intervienen en una importación aporten información que permitan establecer si el plazo de las 48 horas se está cumpliendo o no.

7. Medidas de facilitación del comercio para los operadores autorizados

7.1. Cada Miembro establecerá medidas adicionales de facilitación del comercio en relación con las formalidades y procedimientos de importación, exportación o tránsito, de conformidad con el párrafo 7.3, destinadas a los operadores que satisfagan los criterios especificados, en adelante denominados operadores autorizados. Como alternativa, un Miembro podrá ofrecer tales medidas de facilitación a través de procedimientos aduaneros de disponibilidad general para todos los operadores, y no estará obligado a establecer un sistema distinto.

7.2. Los criterios especificados guardarán relación con el cumplimiento, o el riesgo de incumplimiento, de los requisitos especificados en las leyes, reglamentos o procedimientos de un Miembro. Los criterios especificados, que se publicarán, podrán incluir:

- a. un historial adecuado de cumplimiento de las leyes y reglamentos de aduana y otras leyes y reglamentos conexos;

¹⁷ Cada Miembro podrá determinar el alcance y los métodos de los cálculos del plazo medio necesario para el levante según sus necesidades y capacidades.

- b. un sistema de gestión de los registros que permita los controles internos necesarios;
- c. solvencia financiera, incluida, cuando proceda, la prestación de una fianza/garantía suficiente; y
- d. la seguridad de la cadena de suministro.

Los criterios especificados para acceder a la condición de operador:

- a. no se elaborarán ni aplicarán de un modo que permita o cree una discriminación arbitraria o injustificable entre operadores cuando prevalezcan las mismas condiciones; y
- b. en la medida de lo posible, no restringirán la participación de las pequeñas y medianas empresas.

7.3. Las medidas de facilitación del comercio que se establezcan en virtud del párrafo 7.1 incluirán por lo menos tres de las siguientes medidas¹⁸:

- a. número reducido de requisitos de documentación y datos, según proceda;
- b. número reducido de inspecciones físicas y exámenes, según proceda;
- c. levante rápido, según proceda;
- d. pago diferido de los derechos, impuestos, tasas y cargas;
- e. utilización de garantías generales o reducción de las garantías;
- f. una sola declaración de aduana para todas las importaciones o exportaciones realizadas en un período dado; y
- g. despacho de las mercancías en los locales del operador autorizado o en otro lugar autorizado por la aduana.

7.4. Se alienta a los Miembros a que elaboren sistemas de operadores autorizados sobre la base de normas internacionales, cuando existan tales normas, salvo si esas normas constituyen un medio inapropiado o ineficaz para el cumplimiento de los objetivos legítimos que se desee alcanzar.

7.5. Con el fin de potenciar las medidas de facilitación establecidas para los operadores, los Miembros darán a los demás Miembros la posibilidad de negociar el reconocimiento mutuo de los sistemas de operadores autorizados.

18 Se considerará que una medida enumerada en los apartados a) a g) se ofrece a los operadores autorizados si es de disponibilidad general para todos los operadores.

7.6. Los Miembros intercambiarán en el Comité información pertinente sobre los sistemas de operadores autorizados en vigor.

La Aduana ha venido trabajando fuertemente en la implementación de la figura del Operador Económico Autorizado. En este contexto, desde la UE en todos los TLCs se ha incluido una disposición que promueve la adopción del Operador Económico Autorizado. Lo que en últimas se pretende sobre el particular, es que se pueda llegar al escenario de reconocimiento mutuo de operadores económicos con nuestros socios comerciales.

Vale en síntesis recordar que en materia de Tramitación previa a la llegada, el TLC con EEUU expresamente contempla en el art. 5.3 (c) sobre automatización la obligación de *«adoptar o mantener procedimientos que permitan la presentación de la documentación correspondiente a la importación y otra información requerida, incluidos los manifiestos, a fin de que se comiencen a tramitar antes de la llegada de las mercancías con miras a agilizar el levante de las mercancías a su llegada.»*.

Respecto del Pago electrónico establecido en el Acuerdo, ni el TLC con EEUU o con UE establecen este compromiso.

Frente al tema de Separación entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargos establecido en el Acuerdo, ambos TLC establecen esta posibilidad (TLC - EE.UU, Art. 5.2. (c) y TLC UE 59.3 (b)). El Acuerdo lo que si establece es un principio que no quedó expreso en ninguno de los TLC, salvo en materia de importaciones temporales de corto plazo, y es que la garantía que se exija como condición del levante *«no será superior a la cuantía que el Miembro exija para asegurar el pago de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas que finalmente deban pagarse por las mercancías cubiertas por la garantía.»* (Art. 7.3.3).

En materia de Gestión de riesgo, tanto el TLC con EEUU (Art. 5.4) como el TLC con UE (Art.59.2 (e) y Art. 61) prevén disposiciones sobre la materia. El Acuerdo nuevamente lo que hace es establecer principios, algunos contemplados en los TLC, otros no. A saber, establece que los sistemas de gestión de riesgo:

- i. Deben evitar discriminaciones arbitrarias o injustificables o restricciones encubiertas al comercio internacional;
- ii. Deben procurar concentrar los controles de frontera en los envíos de alto riesgo, agilizando el levante de los de bajo riesgo y
- iii. Los criterios de selectividad deben ser adecuados, pudiendo incluir entre otros el código del SA, la naturaleza y designación de las mercancías, el país de origen, el país desde el que se expidieron las

mercancías, el valor de las mercancías, el historial de cumplimiento de los comerciantes y la clase de medio de transporte.

El Acuerdo también prevé un numeral sobre Auditoría posterior al despacho de aduana, tema que no ha sido objeto de regulación en ninguno de estos TLC.

En materia del Establecimiento y publicación de los plazos medios de levante que establece el Acuerdo, es interesante señalar como si bien las disposiciones del Acuerdo son solo propositivas - se alienta a utilizar herramientas como el Estudio de la OMA sobre el tiempo necesario para el levante - si están en relación con lo que el TLC con EEUU estableció sobre que el despacho de las mercancías se haga dentro de las 48 horas siguientes a su llegada. (Art. 5.2. (a)),

Respecto de las Medidas de facilitación del comercio para los operadores autorizados establecidos en el Acuerdo, las mismas se complementan con lo establecido en el TLC con la UE sobre Operador Económico Autorizado (Art. 62) al establecer la aplicación del mismo conforme al OMA SAFE.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El acuerdo de facilitación del comercio de la OMC adoptado en Bali, es sin duda un paso importante en normar la facilitación del comercio a nivel multilateral.

Colombia se encuentra en un escenario razonablemente propicio frente a la implementación de dicho Acuerdo dado que ha adoptado varias de las disciplinas allí previstas en sus acuerdos bilaterales (TLC).

Las obligaciones previstas en dichos acuerdos bilaterales han venido adicionalmente siendo implementadas en derecho interno o están siendo objeto de implementación, por lo cual los compromisos de Bali no deben resultar en un mayor problema para Colombia. En ese sentido, es de esperar que muchos de los compromisos aquí mencionados se notifiquen por parte de Colombia en las Categorías A y B antes explicadas.

No obstante, hay aspectos en donde resulta muy importante avanzar por parte de la Aduana Colombiana como son los aspectos relacionados con Gestión del Riesgo que están previstos en Bali y que en últimas prevén la necesidad de que exista un trabajo decidido de transformación de la Aduana para lograr no solo implementar los compromisos de Bali y de los TLCs sino lograr una seguridad efectiva de las fronteras frente a fenómenos como el contrabando y el fraude aduanero con un equilibrio adecuado frente a la facilitación del comercio.

LA DOCTRINA DEL DERECHO ADUANERO*

Andrés Rhode Ponce**

Fecha de Aceptación: Mayo 23 - 2014

Esta Conferencia de Derecho Aduanero inició hace 9 años la tarea de reunir a los juristas aduaneros para difundir y publicar su obra, construyendo así la doctrina del Derecho Aduanero, ya que Doctrina Jurídica es, -como expone Marryman, Universidad de Stanford- el término para referirse a los libros y a los artículos escritos por los jurisconsultos.

¿Que contienen los trabajos y las obras que conforman la doctrina jurídica?

Contienen el estudio científico del Derecho, es decir, la sistematización, interpretación y análisis de una entidad jurídica, que en el caso del Derecho Aduanero, son las normas jurídicas sobre la actividad aduanera, para construir teorías, que una vez comprobadas, puedan llegar a ser principios jurídicos aduaneros.

Los juristas deben ordenar un orden jurídico que suele no estar ordenado, extraer del texto literal de los ordenamientos el sentido real deseado por el legislador y analizarlos conforme a los objetivos y los valores fijados por la sociedad y para ello deben hacerse algunas preguntas:

¿Se va haciendo una realidad y el Derecho va por detrás mecánicamente recolectando las normas? Por el contrario, ¿La sociedad se fija metas y objetivos y para ello luego crea o modifica el Derecho?

Las respuestas conducirán al jurista por el sutil camino de las escuelas, como la *histórica*, el *iusnaturalismo* o el *positivismo*, y con ellas formará su *espíritu y criterio jurídicos*, cualidades que distinguen al jurista de aquel que solo conoce las reglas legales.

* Palabras de Clausura en la Novena Reunión Mundial de Derecho Aduanero OMA - ASAPRA - ICLA - Organización Mundial de Aduanas, Bruselas. Septiembre de 2013.

** Presidente Academia Internacional de Derecho Aduanero ICLA.

La misión del jurista incluye la exposición de sus estudios a través de la publicación de sus obras y la enseñanza frente a alumnos y profesores, a los primeros en su deber educativo y a los segundos en el deber científico de confrontarse con la crítica de sus colegas, pues como señala Radbruch, de la Universidad Heidelberg, los doctrinarios siempre se critican, siempre confrontan sus teorías con las ajenas.

Pues bien, si la doctrina armoniza y simplifica las reglas jurídicas su acción es claramente de facilitación y por otra parte, si la doctrina delimita el sentido de las normas jurídicas conforme a valores deseados con ello su acción es de seguridad de las personas. En suma, la doctrina jurídica colabora estrechamente con los ejes de facilitación y seguridad (predictibilidad y transparencia) valores aduaneros que son prioritarios por los instrumentos y convenciones de la OMA.

No obstante su importancia y valor, la doctrina no es fuente del Derecho, porque ella misma no genera Derecho alguno, por más autorizada e influyente que sea la opinión de quien la expone, pues desde *el espíritu de las leyes* de Montesquieu y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dio inició lo que hoy es un principio firme: el Derecho solo lo crean los legisladores a través de la Ley o los jueces a través de sus sentencias en el sistema del *common law*, y en esta era de la globalización los tratados internacionales, sin que omitamos que en algunos casos el legislador eleva la doctrina a ese rango, como ocurre en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Permítanme ahora exponer algunos comentarios generales sobre el estado actual de la doctrina del Derecho Aduanero en el mundo.

No hace mucho, mitad del siglo XX, las normas aduaneras de los países estaban dispersas en leyes de toda índole; con contenidos distintos a los de las leyes extranjeras, con distintos nombres y conceptos de figuras básicas. En lo judicial, no existían jurisprudencia ni precedentes que aportaran luces, pues los jueces seguían alejados de esta disciplina al conocer de pocos casos y la mayoría de ellos relacionados con el contrabando. En el ámbito académico, tampoco existía una producción científica que fuera una herramienta para la explicación y el mejor entendimiento de las leyes y prácticas aduaneras.

En esas adversas condiciones surgió el Consejo de Cooperación Aduanera, que muy pronto cambió ese estado de cosas con sus convenciones y demás instrumentos sobre diversas materias: importación temporal, valor aduanero, clasificación arancelaria, asistencia administrativa para la represión de los ilícitos aduaneros y otras más.

Se reconocen universalmente su *Convención de Kyoto Revisada* que sirvió para unificar la operación aduanera de la totalidad de los países del mundo, incluso la de aquellos que siguen pensando suscribirla y el Marco *SAFE*, respuesta pronta en contra de los terribles actos terroristas.

La enseñanza de las normas jurídicas aduaneras, en términos generales, se hace en dos grandes vías que hasta cierto punto corren paralelas:

Una de esas vías, están los múltiples programas de la OMA de formación del personal de las aduanas con acciones para responder eficazmente a sus necesidades con requerimientos de sus habilidades entre las que está el conocimiento de los sistemas jurídicos. En esta vía son importantes las nuevas técnicas y herramientas para las nuevas condiciones del comercio o las nuevas amenazas a la seguridad y protección de los ciudadanos. Ejemplos de esta vía son la *capacity building*, estándares profesionales, *PICARD* con *INCUI* y universidades aliadas, etc).

La enseñanza de las normas jurídicas aduaneras, en términos generales, se hace en dos grandes vías que hasta cierto punto corren paralelas.

En la otra vía, corre la doctrina de juristas aduaneros que hacen el análisis jurídico con la idea de lograr lo permanente y general, principios y valores exclusivos que rijan en las reglas aduaneras.

La OMA aportó una amplia plataforma de expresiones, términos, prácticas, conceptos y normas que el sector académico pudo tomar para lanzar al Derecho Aduanero hacía su autonomía que le permitiera se impartiera como una asignatura y una especialización jurídicas en los planes de estudio en las carreras de derecho.

Sin embargo, esto no resultó así.

Un estudio reciente mostró que de 900 universidades que aproximadamente existen en Latinoamérica menos del 2% tienen esta asignatura jurídica en sus carreras de derecho, situación semejante a lo que ocurre en otras regiones del mundo donde con el nombre de «ley de Aduanas» se estudia el régimen jurídico del comercio internacional.

Esos datos muestran que la asignatura de Derecho Aduanero carece de un lugar específico en las universidades, lo cual es inexplicable no solo por su autonomía científica sino por su importante papel en la economía global y su utilidad en la protección y seguridad de las personas.

Quizá podría ser consecuencia de que cuando las aduanas fueron saliendo del Derecho Militar fueron cayendo en el Derecho Tributario y este limitó lo aduanero a la obligación de pagar aranceles por introducir o extraer

mercancías del territorio, dejando de lado el estudio de lo esencial del derecho aduanero que es el control aduanero. Sigue siendo tan estrecho el estudio aduanero en ese Derecho que todavía ni siquiera alcanza a precisar al hecho imponible del impuesto aduanero.

En este decenio las cosas están cambiando en la doctrina jurídica aduanera.

La ICLA ha publicado más de 100 investigaciones de mas 85 juristas de más 20 países de 3 continentes con 7 idiomas distintos y con más de 22 temáticas.

Ha celebrado 9 reuniones como esta, elevando a tal grado su importancia que han sido declaradas de interés nacional por el gobierno del país anfitrión.

Ha formalizado convenios con Universidades para el diseño e impartición de la disciplina en sus planes de estudio y en próximo ciclo escolar iniciará en alianza con la Universidad el Doctorado en Derecho Aduanero, que es posgrado reconocido oficialmente de tercer nivel, superior a especialización y maestría, de este modo, la ICLA deberá contribuir a que las convenciones e instrumentos de la OMA sean objeto en los planes de estudio de derecho en las universidades.

Yo miro que hoy estamos en un punto de cruce, un hecho histórico, positivo y creador, entre estas dos grandes vías que gracias a OMA han dejado de ser paralelas, y ambas trabajan para la construcción de las habilidades de los aduaneros que nos protegen y la generación de la doctrina que mejore la norma aduanera, en gran parte obra de la OMA y que con su penetración en el campo de estudio de las universidades, hagan posible que pase de ser un conjunto de directivas a un cuerpo de doctrina.

Por ello, Señor Secretario General le expreso la voluntad de la ICLA de aportar su trabajo científico en sociedad para el desarrollo del Derecho Aduanero.



«La convocatoria para enviar artículos para la Séptima Edición de nuestra revista, cierra el 24 de octubre del 2014. Las contribuciones serán recibidas en los correos electrónicos: presidencia@icda.com.co y asistente@icda.com.co.»