

ISSN: 2357-3228

NÚM. 4 JUNIO 2013

Revista

DERECHO ADUANERO

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero



Revista **DERECHO ADUANERO**

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero

NÚM. 4 **JUNIO** **2013**

COMITÉ EDITORIAL

Ramiro Araujo
Juan David Barbosa
Juan Manuel Camargo
Andrés Forero
Tomás Barreto

COMITÉ CIENTÍFICO

Silvia Anzola
Ricardo Basaldúa
Norma Caballero
Juan Patricio Cotter
Germán Pardo
Andres Rohde
Daniel Zolezzi

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** EDITORIALISTA INVITADO
Extravíos y retos del Derecho Aduanero Colombiano
Juan Manuel Camargo Gonzalez
- 11** EDITORIAL
Rogelio Perilla Gutiérrez
- 13** **Ley 1609 de 2013. Reflexiones sobre el alcance y contenido de la nueva Ley Marco de Aduana en Colombia**
Andrés Forero Medina
- 18** **Los principios de la Ley 1609. Marco de Aduanas y la jurisprudencia de las Cortes**
Ramiro Araujo Segovia y Juan David Barbosa Mariño
- 32** **Comentarios y posibilidades ante el incumplimiento por término de las importaciones temporales de corto plazo**
Juan Carlos Henao Pelaez
- 40** **Libre importación de productos remanufacturados acordada en el marco del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos**
Carolina Solano
- 55** **El comercio internacional de mercaderías y las nuevas regulaciones a la importación en Argentina**
Juan Patricio Cotter
- 78** **El nuevo arancel de aduanas venezolano**
Nallyver Corredor
- 84** **Reseña Jurisprudencial: Unidades funcionales**
Juan Manuel Camargo Gonzalez
- 91** **Primer Concurso Carlos Senior Pava**
Al mejor artículo sobre derecho adunero

EXTRAVÍOS Y RETOS DEL DERECHO ADUANERO COLOMBIANO

1. LOS EXTRAVÍOS

Colombia es un país de contradicciones, y nuestro derecho aduanero no es la excepción. Es curioso que en los años ochenta tuvimos una economía cerrada, pero con una normativa aduanero internacional, como lo era el decreto 2666 de 1984. Paradójicamente, a comienzos de los años noventa empezó la apertura comercial, y en esos mismos años empezó nuestro enclaustramiento jurídico aduanero.

Si se abría la economía, lo lógico era que mantuviéramos el decreto 2666 de 1984, y tomáramos medidas adicionales para armonizar nuestra legislación interna con la extranjera. Lo que ocurrió, en cambio, es que quisimos ser originales. Cerramos los ojos a la experiencia y legislaciones del mundo entero y nos propusimos determinar riesgos típicamente colombianos y encontrar soluciones igualmente vernáculos. El resultado fue lamentable, porque inventamos problemas que ningún otro país tiene. Al mismo tiempo, y como consecuencia directa de lo anterior, nuestras autoridades y jueces no han tenido tiempo para ocuparse de los grandes temas aduaneros que constituyen el centro de la atención mundial.

Lo que llamo aquí “extravíos” del derecho aduanero colombiano tiene dos dimensiones: la primera consiste en que nos hemos estado ocupando de los problemas erróneos. La segunda, que no hemos sabido dar soluciones jurídicas realmente aceptables para esos problemas equivocados.

¿Y quiénes somos “nosotros”? El “nosotros” se compone de todos los que nos dedicamos al derecho aduanero como especialidad: los abogados, las autoridades administrativas, los jueces.

¿Por qué digo que nos hemos estado ocupando de los problemas erróneos? Lo digo con base en dos criterios. El primero es que nuestro derecho

aduanero se ha centrado en problemas que no existen — literalmente — en ningún otro país del mundo. El segundo es que, después de varios años de afrontar esos problemas, el contrabando no ha disminuido (según planteamientos oficiales) y persiste la impresión entre los usuarios de que el sistema aduanero colombiano es injusto e impráctico. Como daño colateral, en el exterior tenemos fama de complicados, fama que apenas ahora está disminuyendo.

La lista de los problemas aduaneros que he denominado “nadie in Colombia” es larga, y no voy a referirme a ellos en extenso. Pero vale la pena dedicar un par de párrafos al más grave de todos, que es la exigencia de describir en detalle las mercancías en la declaración de importación.

En Colombia, todavía muchos que defienden esa exigencia, a pesar de que ya está comprobado que no existe en ninguna otra parte del mundo, y en nuestro país ha llevado a extremos verdaderamente macondianos, con múltiples casos en los que mercancías completamente legales, por las que se pagó los impuestos de ley, fueron aprehendidas por errores mecanográficos u omisiones tan ligeras que su recuento resultaría risible de no ser por su impacto económico.

Aparte de los costos económicos puntuales, este falso problema condujo a un estado de paranoia generalizada, que obligó a importadores y a agencias de aduana a hacer infinitas las declaraciones de importación, con el fin de evitar cualquier cuestionamiento a la descripción. En una época en que se predica la doctrina de la celeridad y la simplificación, todo el mundo omite el tiempo y el esfuerzo que se invierte en elaborar una declaración de importación, tiempo y esfuerzo que se consumen tratando de que la descripción escrita refleje todas y cada una de las características de la carga.

Consecuencia de este pseudo problema han surgido otros dos, que también son falsos y que tampoco han tenido correcta solución jurídica.

El primero es el de la errónea concepción del “control posterior” en aduanas. Cuando Colombia decidió su primera apertura comercial, a principios de los años noventa, se nos vendió la idea de que íbamos a adoptar el método de control posterior de los países desarrollados, que consistía en examinar a posteriori la contabilidad y documentos del importador para descubrir si vendía bienes que no había declarado, o los había declarado por cantidad o valores menores, o si escondía ventas, etc.

Ese método — plausible y eficaz en los países que lo practican bien — se distorsionó en Colombia y se reemplazó por otro método, que es único en el mundo, y que aquí se llama control posterior pero no tiene nada que ver

con el que se ha descrito. Nuestra idea del control posterior es volver a pedir la declaración de aduanas, volver a ver la mercancía y tratar de descubrir si la declaración de aduanas tiene algún error, caso en el cual la autoridad aduanera aprehende la mercancía o impone sanciones. No se trata entonces de analizar el comportamiento global del importador, sino de volver a repetir un trámite que ya se surtió, pero con más tiempo. Y como la autoridad aduanera dispone de más tiempo, también tiene más posibilidades de encontrar errores, sobre todo si se exige una descripción perfecta y detallada hasta la minucia.

Había un escollo para que funcionara esta peculiar concepción del control posterior, y era que nuestro derecho administrativo prohíbe la revocatoria unilateral de los actos administrativos. Para salvar este escollo, los jueces y la autoridad aduanera se inventaron que el levante es un acto administrativo “cancelable” (lo que no es cierto), y que además esa cancelación puede darse sin límite de tiempo, lo que es absurdo, porque en Colombia ni siquiera los delitos más graves son imprescriptibles. De esa manera hicieron surgir un nuevo falso problema, y es que, en Colombia, ningún bien extranjero se puede considerar “nacionalizado”. Pueden pasar veinte o treinta años, y la DIAN siempre tendrá la autoridad (según esta doctrina) de revisar la declaración y compararla con la mercancía. Si encuentra errores, puede decomisar los bienes.

En plata blanca, eso implica revisar un trámite administrativo por funcionarios distintos y concepciones distintas, que pueden llevar a distintas conclusiones. Para ilustrarlo con un ejemplo, frecuentemente he advertido que todos los bienes importados hace más de veinte años en nuestro país están en situación de contrabando, porque entonces no se exigía describirlos en la declaración de importación con el grado de detalle que se exige hoy. Y no es una consideración simplemente teórica, pues ya ha habido casos que lo comprueban.

Más adelante daré otros ejemplos de lo que llamo falsos problemas, pero ahora pasaré a la otra dimensión de la que hablaba y son las mal llamadas “soluciones” que se ha dado a esos problemas. Hubo un tiempo, veinte años atrás, en que los clientes y abogados se tranquilizaban a sí mismos con la certeza de que los jueces darían una solución adecuada y equitativa a esos problemas kafkianos que se había inventado la aduana. La verdad fue otra, para infortunio de todos. En lugar de hacer ver que los problemas que se le estaban planteando eran nimios y bizantinos, los jueces escogieron seguir la ruta que les planteaba la autoridad administrativa, y por eso tenemos sentencias bastante curiosas, en que todo el problema jurídico consiste en debatir lo importante que es anotar el número de serie

(o la marca, o la referencia o el color) en una declaración de aduanas, o la incidencia de que un dígito esté cambiado para que la mercancía se considere declarada o no.

Hay cientos de sentencias sobre temas aduaneros, pero nunca nadie llamó a la reflexión y dijo: “basta; estamos debatiendo sobre tonterías”. En lugar de eso, nos dejamos arrastrar a discusiones puramente teóricas sobre la base de axiomas que nadie cree en el resto del mundo y que en Colombia se volvieron sagradas: que en la declaración de importación hay que describir exacta y completamente la mercancía. Que el mandato aduanero debe ser “especial” (cualquier cosa que eso no signifique), so pena de no ser válido. Que no vale el mandato aceptado por un representante legal de una agencia de aduanas, si no ha inscrito en el RUT un código determinado. Que se pierde el derecho a una preferencia arancelaria si no se anotó un código específico en cierta casilla de la declaración de importación. Que es gravísimo que una agencia de aduanas no tenga el certificado de cámara de comercio de un importador con el que ha trabajado durante años y cuya existencia y honorabilidad no han sido cuestionadas. Etcétera, etcétera, etcétera.

Cientos de casos. Cientos de casos que duraron años, y en los que se decidieron miles de millones de pesos, a favor de los particulares o de la Nación. La responsabilidad que nos compete a los abogados especializados en derecho aduanero es que no supimos construir una doctrina jurídica sólida, que dejara ver la poca importancia de estos litigios y que estableciera lineamientos serios y profundos para resolverlos de una manera sensata. Si las sentencias de los jueces han sido endebles en el tema aduanero, los argumentos de nosotros, los abogados, no han sido mejores. Fundamentalmente, no hemos comprendido algo que se sabe en otras áreas: que el derecho se construye fuera de los procesos. Se construye en los libros, en las aulas, en las tertulias, en las discusiones académicas, en las revistas y en la investigación. El derecho aduanero colombiano es pobre de solemnidad en materia de doctrina. Y por eso no fue capaz de enderezar el rumbo cuando todos esos falsos problemas hicieron su aparición.

La consecuencia realmente grave de lo que yo llamo “extravíos” de nuestro derecho aduanero es que no hemos tenido tiempo para abordar los verdaderos problemas. En el año 2011, el ICDA preparó un texto de capacitación para los jueces de Colombia, y no encontramos ninguna sentencia valiosa sobre el tema de valoración aduanera. Tampoco hay fallos representativos sobre origen de las mercancías o subfacturación. Hay bastantes sentencias sobre clasificación arancelaria, pero repetitivas, porque versan sobre pocos productos. Hace unos quince años se volvió a tipificar el contrabando como

delito, y solo hay una persona condenada por el mismo (datos del INPEC). El contrabando (dice la industria y el gobierno) sigue subiendo. Así las cosas, ¿no les parece que debatir sobre falsos problemas hace perder tiempo y esfuerzo que se requiere para afrontar los verdaderos?

Lo que está mal en nuestro derecho aduanero es el tipo de errores que perseguimos. Y también está mal el tipo de “soluciones” jurídicas que damos a los litigios, porque los hacen ver como si fueran problemas reales, cuando no lo son. Ante la exageración de la doctrina oficial, no surgió en Colombia una teoría jurídica razonable y sensata que recompusiera el equilibrio. Pero se repite que son los axiomas arriba citados los que son erróneos. Todo lo que se ha desarrollado a partir de ellos es simplemente teórico, y se alejó de lo social y lo humano, para no hablar de lo práctico y lo económico. Desde este punto de vista, el gran extravío del derecho aduanero colombiano es que se distanció de la realidad cotidiana de la sociedad y de los hombres, y eso hace inválido cualquier sistema jurídico.

2. LOS RETOS

Un estudio juicioso de la actuación estatal y de la producción jurisprudencial, desde un punto de vista académico, ofrecía un panorama desalentador veinte, quince e incluso unos seis o siete años atrás. Hoy en día, se vislumbran signos que nos permiten tener la esperanza de un futuro mejor.

La pautan la han dado el Gobierno y la DIAN. Como he dicho arriba, mi criterio es que en Colombia ni los abogados ni los jueces hemos propuesto soluciones jurídicas realmente sólidas y perentorias que induzcan al gobierno a legislar mejor. La DIAN, sin embargo, ha sido consciente de que su legislación ha creado problemas bizantinos, que afectan injustamente a comerciantes honrados. Y ha tratado de encontrar remedios.

El problema hasta el momento ha sido que ni el Gobierno ni la DIAN han renunciado a las concepciones de fondo que hacen surgir las injusticias. Por ejemplo, no han renunciado a la exigencia de la descripción detallada en la declaración de importación. Cuando empezaron a revelarse los casos extremos, el Gobierno creó instancias de legalización sin rescate o con rescate reducido, diferenció entre números de serie y el resto de la descripción, etc. ¿Ayudó eso? Por supuesto que sí. Pero ayudó a costa de crear más reglas y hacer más complejo un falso problema, cuyos fundamentos mismos eran los que había que atacar.

En las postrimerías del gobierno del presidente Uribe se inició el trabajo de modificar el decreto 2685 de 1999, pero los borradores que conocimos

evidenciaron la intención de continuar con los anteriores esquemas, haciendo correcciones puntuales. Ya en el actual gobierno, la dirección de la DIAN buscó una reforma profunda, y nos consta que la comisión redactora ha intentado encontrar los verdaderos problemas y despejar los falsos. La propia DIAN ha revelado que analizó su historial de decomisos, y encontró que más del 90% se debía a la causal “mercancía no presentada o no declarada”, y, de ese 90%, el 75% de los decomisos se debían a errores en la descripción. Como resultado, se limitó en el borrador del nuevo estatuto aduanero la posibilidad de aprehender por errores de descripción y se multiplicaron las posibilidades de corregir sin sanción.

Todavía esperamos con gran expectativa el nuevo estatuto. Solo cuando salga podremos valorarlo adecuadamente. Pero es importante que todos (usuarios, jueces, autoridades, abogados) comprendamos que el nuevo estatuto reflejará un profundo cambio en la concepción de control y represión aduaneros, y que ese profundo cambio debe reflejarse en todos los aspectos: en la práctica aduanera, en el trámite, en las sentencias, en la doctrina. Parte muy importante de ese cambio es la nueva ley marco de aduanas, que apoyaron decididamente ante el Congreso el gobierno en general, y el Director de la DIAN en particular. Durante más de diez años, intentamos con FITAC (sin éxito) que el Congreso aprobara una nueva ley marco de aduanas. Solo se logró gracias al apoyo que acabo de mencionar.

En cuanto a la jurisprudencia, aún es pronto para hacer una afirmación definida, pero es posible que nuestros jueces y magistrados hayan llegado a un punto de saturación, en que también ellos están cansados de la clase de litigios que han tenido que resolver las últimas dos décadas. También ellos quieren más sustancia. También ellos saben que hay problemas más importantes que no se están abordando. El reto del sistema judicial colombiano es el de adquirir verdadera competencia en los temas de derecho aduanero y de comercio exterior. Es un reto difícil de superar, porque no contamos con jueces especializados, que sería lo realmente deseable. Pero no podemos esperar una producción jurisprudencial valiosa si nuestros jueces no disponen de tiempo para extender sus conocimientos del derecho aduanero y para reflexionar a profundidad, con el fin de crear teorías y conceptos que deben dar guía en la solución de sus problemas.

El reto para los abogados especializados en el derecho aduanero es claro: deben elaborar más doctrina. Hasta el momento ha habido mucho inconformismo con las decisiones administrativas y judiciales, pero (con honrosas excepciones) no se ha elaborado doctrina sobre la manera correcta en que los casos deberían ser resueltos. Por encima de todo, es necesario abandonar las posiciones simplemente empíricas e intuitivas, para empezar



a elaborar doctrina formal que se fundamente en el estudio, el análisis, la legislación comparada y la investigación. Uno de los postulados que me llevó con más fuerza a intentar darle un nuevo rumbo al ICDA en los últimos años fue la convicción de que era contraproducente que cada abogado se esforzara en solitario en lidiar con sus propios casos. La formulación de una teoría jurídica sólida, compuesta de paradigmas que sean realmente valiosos y aceptables, es lo que permite al derecho medrar, en cualquier materia de que se trate. Un ambiente de confusión solo genera incertidumbre jurídica y la aparición de soluciones casuísticas, fortuitas e irrepetibles, que parecen deberse más al azar que a otra cosa. Si un abogado quiere asesorar bien a su cliente, necesita poder predecir el futuro. Y esa capacidad de predicción solo se adquiere si tanto las autoridades administrativas, como los jueces y los abogados compartimos una misma visión de lo que es el derecho, de lo que es un verdadero problema y de lo que es una verdadera solución jurídica.

En nuestro país, es común afirmar que el derecho aduanero es “distinto”, supuestamente porque es muy “técnico”, y que por eso se precisan soluciones excepcionales que no se reconocen en ninguna otra rama del derecho. Eso es verdad, pero no en el sentido que le hemos dado en Colombia. Las soluciones aduaneras excepcionales deben surgir para los problemas excepcionales que nacen de la especialidad del derecho aduanero; pero esos problemas deben ser reales y no fabricados para que la gente cometa errores. Sobre este punto, deberíamos tomar consciencia de que en Colombia se debaten peliagudos problemas que para ningún otro país son problemas, mientras que desconocemos las importantes cuestiones que atraen la atención de juristas y jueces en el resto del mundo. ¿No debería esa circunstancia avisarnos de que estamos haciendo algo mal?

El último reto que vale la pena mencionar es el que tiene Colombia de adecuar su práctica aduanera y el entendimiento de la legislación aduanera a los parámetros internacionales. Podemos olvidarnos de nuestros problemas y soluciones autóctonas. Nuestra economía no tiene el tamaño para imponer exigencias que lucen caprichosas al resto del mundo. Nuestros industriales y comerciantes caen en desventaja cuando se ven obligados a llenar requisitos que complican el papeleo. En el comercio internacional, tener un producto original es una ventaja; pero tener una estructura jurídica original puede llegar a ser un serio obstáculo.

Juan Manuel Camargo González
Vicepresidente Jurídico de ALMAVIVA

Ante la renuncia del doctor Juan Manuel Camargo como presidente del ICDA, he sido nombrado por parte del Consejo Directivo como su sucesor en tan encomiable labor. Para tan ilustre antecesor, una mención muy especial por su decidida participación en el crecimiento del Instituto por el claro sendero trazado durante su maravillosa gestión, sendero que sin duda será ejemplo para quienes asumimos esta responsabilidad desde el pasado 9 de abril. Para el Dr. Juan Manuel un fraterno mensaje de gratitud de parte de todos los integrantes de nuestra querida organización y esperamos seguir su ejemplo de profesionalismo y entrega en aras de incentivar el crecimiento del estudio y la investigación del Derecho Aduanero y el Comercio Exterior.

En esta 4^a publicación, vale la pena resaltar los temas relacionados con la expedición de la tan esperada Ley Marco de Aduanas que deroga la precaria Ley 6 de 1971 y que cae como anillo al dedo teniendo en cuenta que con esta Ley Marco se expedirá el próximo Estatuto Aduanero. A los participantes en su estructuración y constante apoyo al Honorable Congreso de la República, dentro de los cuales se encuentran algunos integrantes del Instituto, una moción de felicitación por la labor desarrollada. Estamos seguros que esta Ley Marco servirá como parámetro al ejecutivo para un mejor desarrollo de las actividades aduaneras dentro de un contexto jurídico conforme a la Constitución, las leyes y el contexto internacional.

La participación en esta edición de tan ilustres tratadistas en materia aduanera, enriquece el conocimiento y desarrolla una de las principales actividades de nuestra organización, cual es la divulgación del derecho aduanero y a su vez incentivar a los estudiosos de este apasionante tema a participar sin reparos con el aporte de nuevos artículos, que harán de nuestra revista un documento académico que ilustre a nuestros lectores en los diferentes temas del mundo aduanero.

Por otra parte, considero importante poner en conocimiento de nuestros lectores que la Academia Internacional de Derecho Aduanero, realizará a cabo en la ciudad de Bruselas "La Reunión Mundial de Derecho Aduanero" la cual se llevará a cabo en la Sed de la OMA los días 4, 5 y 6 de septiembre del presente año, evento al cual están todos invitados. Los temas a tratar en el mencionado encuentro serán abordados por los más insignes tratadistas del derecho aduanero mundial dentro de la temática de

los “Estudios sobre la armonización del Derecho Aduanero y contribuciones de la academia para la actualización y mejoramiento de los instrumentos de la OMA”.

Como lamentable noticia no puedo dejar de manifestar la profunda tristeza que nos embarga la partida, de nuestro gran amigo Carlos Sénior, para su señora esposa, sus hijos y demás familiares las más sentidas condolencias, lo recordaremos por siempre por su encomiable amistad y su ejemplo al servicio del derecho aduanero y del comercio exterior. Que Dios lo tenga en su gloria.

Finalmente, para honrar la memoria de nuestro querido amigo el Consejo Directivo del ICDA autorizo la implementación de un concurso que llevará por nombre Carlos Senior, el cual pretende premiar el mejor artículo en temas aduaneros por favor remitirse al final de la revista para conocer las bases del concurso.

Rogelio Perilla Gutiérrez
Presidente del ICDA

LEY 1609 DE 2013

Reflexiones sobre el alcance y contenido de la nueva Ley Marco de Aduana en Colombia

*Andrés Forero Medina**

Resumen

Desde el pasado 2 de enero de 2013, Colombia cuenta con una nueva Ley Marco de Aduanas. El Congreso de la República, en virtud de las competencias constitucionales establecidas en el literal c) del numeral 19) del artículo 150 de la Constitución Política, tramitó y aprobó la nueva Ley Marco de Aduanas -Ley 1609 de 2013- que fue sancionada por el Señor Presidente de la República. Con la nueva ley se está derogando a ley marco de aduanas que rigió por más de 40 años en Colombia que fue la Ley 6 de 1971. Ahora el Congreso a dictado las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas.

Palabras clave: Ley Marco, régimen de aduanas, cláusula general de competencia, principios.

Abstract

Since last January 2, 2013, Colombia has a new Framework Law on Customs. The Congress, under the constitutional powers established in subparagraph c) of paragraph 19) of Article 150 of the Constitution, processed and approved the new Customs Law Framework-Law 1609 of 2013 - which was sanctioned by the President of the Republic. With the new law Congress changed customs framework law that ruled for 40 years in Colombia, that was Act 6 of 1971. Now Congress rulings to dictate the general principles which must be held by the Government to modify the tariffs, rates and other provisions relating to Customs Regime.

Palabras clave: Framework Act, customs regime, general competition clause, principles.

* Abogado Consultor - Miembro del Consejo Directivo del ICDA - Profesor Universitario - Correo electrónico: aforero@foreromedina.com

Por medio de la Nueva Ley Marco de Aduanas se establece ahora una clara estructura y marco para el ejercicio de la función reguladora del Gobierno Nacional para expedir todas las nuevas regulaciones del régimen de aduanas. En este sentido, las regulaciones del Gobierno relativas al régimen de aduanas deberán siempre cumplir y respetar las normas generales, objetivos y criterios que han sido señalados y establecidos en la Ley 1609 de 2013 como un marco de referencia de la función reguladora en la materia aduanera.

La Ley Marco de Aduanas anterior, que fue la Ley 6 que rigió desde 1971 y hasta el año pasado, y constaba de cinco (5) artículos muy generales, basados en un modelo de política de proteccionismo y sustitución de importaciones de hace cuarenta años, pero que al propio tiempo, le daban plena libertad al Gobierno para reglamentar todo el régimen de aduanas colombiano, modificar los aranceles y la disposiciones del régimen de aduanas.

Por su parte en la nueva Ley Marco de Aduanas ley 1609 de 2013 se establecen varias novedades y aspectos importantes, que orientan la función reguladora, recuperando para el Derecho una fuente consistente de principios y criterios, entre los cuales considero importante destacar algunos de los siguientes elementos normativos:

- El principio de legalidad en la Ley Marco, restablece la cláusula general de competencia que es compartida entre el Congreso (mediante las Leyes Marco) y el Gobierno (mediante los Decretos, Resoluciones de Carácter General y Actos Administrativos), y por tanto si bien el Gobierno al regular las materias aduaneras no podrá exceder los términos establecidos en la ley y no podrá regular asuntos o aspectos que corresponden al Congreso, queda establecido también que el congreso no puede hacer desarrollos normativos que son propios del poder Ejecutivo. Así la responsabilidad social y el mantenimiento de la estabilidad jurídica nacional se elevan a rango legal para el ejercicio de la función regulatoria.
- Los decretos que dicte el Gobierno para desarrollar esta Ley Marco serán reglamentados a través de Resoluciones de Carácter General. Se ordena que los actos administrativos de distinta naturaleza, como son las circulares o los conceptos, son solamente criterios auxiliares de interpretación, deben soportarse en la Constitución Política, la ley y el reglamento, y por tanto, dando mayor seguridad jurídica y garantizando principios claves como la legalidad, publicidad y transparencia.
- Se establecen plazos de vacancia normativa para la divulgación y conocimiento de las normas y regulaciones aduaneras y para garan-

tizar la Seguridad Jurídica. Por tanto los Decretos y las Resoluciones que se expidan para el desarrollo o la reglamentación de la Ley Marco de aduanas, entrarán en vigencia en un plazo no menor a quince (15) días comunes y no mayor a noventa (90) días comunes después de su publicación en el Diario Oficial. No obstante, el Gobierno puede expedir normas que tengan efecto y vigencia inmediata por circunstancias especiales, las cuales deben motivarse en las razones de la decisión.

- Para garantizar que una disposición sea aplicada y reglamentada en la materia aduanera, cuando una disposición exija para su publicación una reglamentación por parte de una autoridad competente, esta deberá expedir la reglamentación en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días después de su publicación en el Diario Oficial, para que se permita el cumplimiento efectivo y real de la disposición a reglamentar. Por lo tanto, esta regulación de la Ley Marco reviste enorme importancia, pues los decretos que expida el Gobierno en materia de aduanas deberán reglamentarse en el plazo máximo determinado en la norma, evitando así que beneficios procedimientos o garantías establecidos por el Gobierno queden sin efecto por carencia de reglamentación que haga posible su acceso a los destinatarios de la norma.
- La Ley Marco le da una importancia especial a la regulación de actividades en los departamentos de frontera del territorio colombiano. Así, el Gobierno Nacional antes de reglamentar el régimen de aduanas deberá realizar los análisis necesarios para adecuar medidas que vayan en consonancia con la situación económica real de estos departamentos por su carácter fronterizo.
- El marco señalado por la ley establece que Gobierno Nacional para modificar los aranceles y demás disposiciones del régimen de aduanas deberá tener en cuenta que los objetivos del país en estas materias son orientados a la facilitación del desarrollo y de la aplicación de los tratados internacionales suscritos por Colombia y la integración económica; adecuarse a la política comercial del país y al fomento y la protección de la producción nacional en el marco de los tratados y los principios y normas del derecho Internacional; Es un objetivo primordial facilitar y agilizar las operaciones de comercio exterior que den acceso a los factores de producción de productos y

Con la nueva ley se está derogando a ley marco de aduanas que rigió por más de 40 años en Colombia que fue la Ley 6 de 1971.

servicios en los mercados internos y externos; Fomentar el uso de tecnologías y medios de comunicación modernos y ambientalmente sostenibles en las buenas prácticas internacionales; Propender por la adopción de procedimientos simplificados que contribuyan a la facilitación y agilización de las operaciones de comercio exterior. Este es el fundamento que el legislador ha señalado y que deberá orientar el contenido de la regulación aduanera.

- En cuanto a los Principios, la ley marco introduce importantes avances. Así, La norma indica que los decretos que expida el Gobierno Nacional en la materia aduanera y con ello, también las actuaciones de los funcionarios de Gobierno en la materia aduanera, deberán sujetarse a no solamente a los principios constitucionales y los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (actual ley 1437 de 2011) sino que eleva tales principios y los relaciona detalladamente, incorporando a la materia aduanera los principios de debido proceso, igualdad, buena fe, economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, prevalencia de lo sustancial, responsabilidad, publicidad y contradicción, progresividad eficiencia, Seguridad y Facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, Coordinación y Colaboración, y Principio de Favorabilidad. En este último caso, se destaca que en el “proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aún cuando no haya sido solicitada o alegada”¹ salvo lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros. Por tanto, la Ley Marco señala ahora un referente indispensable, para una adecuada gestión aduanera basada en los principios, que garanticen el desarrollo propio de un auténtico Derecho Aduanero en el país. También se destaca que en la materia probatoria la ley se detiene a reiterar los principios especiales del derecho probatorio y del régimen de aduanas.
- Es importante la referencia que se hace en la Ley Marco, a los criterios, para ejercer la función administrativa aduanera y la reglamentación aplicada por las autoridades de la DIAN y los demás funcionarios públicos y los usuarios aduaneros, los cuales deben propender por prevenir, evitar y atacar de manera frontal y decidida la corrupción, el contrabando y el lavado de activos, así como

1 Parágrafo 4 Artículo 4 Ley Marco de Aduanas Ley 1609 del 2 de Enero de 2013.

toda conducta que vaya en contra del leal y correcto desempeño de las funciones aduaneras.

- En ejercicio de esta función administrativa aduanera para combatir el contrabando el Gobierno Nacional desarrollará un Sistema de Identificación de Alertas, Gestión y Control de Riesgos de Lavado de Activos en materia de comercio exterior, dirigido al sector público como al sector privado. La determinación de un sistema de control de riesgos por lo general disminuye las inspecciones y dificultades en el procedimiento aduanero de quienes están por fuera de lo que se considera riesgoso. El hecho de que éste sea un control de riesgos dirigido al el sector público y privado implica que las empresas y personas usuarias del comercio exterior sabrán cuales son las alertas y podrán prepararse con documentación y procedimientos legales que faciliten el paso de sus mercancías por la Aduana.

La Ley Marco de Aduanas para el Siglo XXI, adoptada por la ley 1609 de 2013 es el esfuerzo concertado ante el Congreso Nacional, en el Senado y la Cámara de Representantes, con participación de los agentes económicos y las autoridades de Gobierno, y el liderazgo de la Academia que como el Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, apoyaron siempre su expedición. Aspiramos que tales referentes a los principios y criterios, sirvan en el proceso de la modernización y actualización de la legislación aduanera que permita el fortalecimiento y estructuración del Derecho de Aduanas y la seguridad jurídica, para nuevas oportunidades en los negocios y la inserción en los mercados internacionales, y que favorezcan el trabajo y el emprendimiento en Colombia para las actuales y futuras generaciones.

LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 1609

Marco de aduanas y la jurisprudencia de las Cortes

*Ramiro Araujo Segovia** y *Juan David Barbosa Mariño***

Resumen

Uno de los grandes aportes de la Ley Marco es establecer unos principios propios. Esto exige de la comunidad aduanera un gran reto en virtud de que los mismos requerirán llenarse de contenido en la aplicación de nuestro derecho. Este artículo tiene la finalidad de ilustrar algunos de los desarrollos de estos principios en las Cortes y ejemplificar cómo los mismos pueden empezar a tener un contenido aduanero.

Palabras clave: Ley Marco, Principios, Derecho Aduanero.

Abstract

A major contribution of the Bill 1609 of 2013 is that it establishes the principles that will rule the Customs Law. However, the interpretation and application of these principle demands the customs practitioners to start using them. This article is intended to illustrate some of the jurisprudence developments of these principles and exemplify how they can start to have Customs content.

Key words: Law Framework, Principles, Customs Law.

INTRODUCCIÓN

La nueva ley marco de aduanas enuncia quince principios (15) que debe seguir el Gobierno Nacional en la expedición de los Decretos que desarrollen las aduanas.²

* Abogado.

** Abogado.

2 Es preciso considerar que esto no obsta para que estos Principios también deban convivir con los principios de la OMC y de Kyoto. Específicamente estos ultimo son

Esto implica que estos principios son ahora propios del derecho aduanero. Aunque muchos de ellos ya tenían sustento y consagración constitucional, el gran avance de la ley marco es que expresamente los incorpora a lo aduanero, haciéndolos exigibles y obligatorios. A partir del 2 de enero de 2013 el Gobierno deberá incorporarlos en toda la normatividad que expida en desarrolló de los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Muchos de estos principios, que no obstante ya han tenido un desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en menor medida en la del Consejo de Estado, en la mayoría de los casos todavía no tienen una referencia jurisprudencial en el contexto del derecho aduanero. Esto en la medida que varios de ellos son “importados de otras áreas del derecho.”

Lo anterior exige de la comunidad aduanera un gran reto en virtud de que estos principios requerirán llenarse de contenido en la aplicación de nuestro derecho. Si bien la consagración literal de estos principios pareciera estar dirigida solo al Gobierno en cuanto redactor de los decretos que regulen el tema aduanero, es razonable pensar que su función no se agotará con la expedición de esos decretos, sino que se tendrán que tomar en cuenta también en las reglamentaciones y actuaciones de la administración aduanera y, en este sentido, también deberán convertirse en el norte de las decisiones judiciales. Porque no tendría sentido entender que se incorporan principios como guía conceptual de las regulaciones básicas aduaneras y que luego, en los desarrollos reglamentarios y en las actuaciones concretas no se tengan en cuenta. Es en todas estas actuaciones donde radica la gran importancia de haber consagrado estos Principios Generales en materia aduanera. Así, no solo en la transición del antiguo estatuto aduanero al nuevo que se ha anunciado como de inminente expedición se pondrán a prueba la efectividad de estos principios, sino que su consagración legal habrá de condicionar la actividad de la administración aduanera en todas sus manifestaciones.

Este artículo tiene la finalidad de ilustrar algunos de los desarrollos de estos principios en las Cortes y ejemplificar cómo los mismos pueden empezar a tener un contenido aduanero.

Uno de los grandes aportes de la Ley Marco es establecer unos principios propios.

“Transparency and predictability, Standardization and simplification, Maximum use of information technology, Minimum necessary control to ensure compliance, Risk management for facilitation and control, Fast track procedures for traders with good compliance record (“authorized traders” concept) y Cooperation and partnership with all stakeholders.”



1. PRINCIPIO DE EFICACIA Y DEBIDO PROCESO

La Corte Constitucional ha señalado respecto de este principio que “las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichos problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos.” Sentencia T-733/09 (subrayado es nuestro).

El principio de eficiencia y debido proceso consagra un deber para las autoridades administrativas, en este caso la Aduana, pero también de las otras entidades que colaboran con esta (POLFA, INVIMA, ICA, por ejemplo) en la medida que “impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades.” Sentencia T-733/09.

La jurisprudencia va más allá al señalar cómo “la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo.” Sentencia T-733/09 (subrayado es nuestro).

Un ejemplo de este debido proceso en materia aduanera se puede aplicar específicamente en los procesos de aprehensión. “Una aeronave fue retenida e inmovilizada por funcionarios de la Aduana con el argumento de que los motores y hélices no correspondían a los que figuraban en el manifiesto de importación, de lo cual se presumió su introducción ilegal al país y se dedujo, en consecuencia, que se había incurrido en contrabando.” Sentencia No. T - 460 de 1992). Sin embargo, a la fecha en la cual la misma fue importada se consideraba que el motor y las hélices eran partes integrantes del avión y por esto no se encontraban en el manifiesto de importación, adicional a que a ese avión se le montaron motores de otras aeronaves que se accidentaron, respecto de las cuales no es posible probar si se importaron o no en forma legal.

Específicamente, la Corte Constitucional en este caso señaló que “La garantía del debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al

acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas." (Negrillas son nuestras) (Sentencia No. T - 460 de 1992).

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El Test de Igualdad que a lo largo de estos años la Corte Constitucional ha elaborado es un requisito necesario para entender los alcances de este principio, que aunque de aplicación directa antes incluso de la Ley Marco por su consagración Constitucional en el artículo 13, se incluye expresamente para todos los efectos aduaneros, obligando en este caso al propio legislador, al Gobierno en sus actuaciones regulatorias, a la Aduana en su fiscalización y a las propias Cortes en su interpretación.

Como tal, la Corte Constitucional ha consagrado que del "principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes." Sentencia "C-250/12.

Piénsese que el Legislador o el Gobierno decide establecer que todos los importadores que tengan cualquier tipo de pretensión, derecho, reclamo, acción o participación frente a la DIAN, derivados de acciones de aprehensión o decomiso de mercancías, deberán presentar personalmente, memorial escrito en el que conste el valor de la pretensión, derecho, reclamo, así como la cuantía de las indemnizaciones y demás valores a que tengan derecho, indicando los fundamentos de hecho y de derecho de las mismas, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la norma, pero que de no presentarse en la forma prevista se entenderán caducados, desistidos o

prescritos, según el caso, y sobre los mismos no se podrá proseguir o iniciar proceso alguno”.³

En caso de esa naturaleza, la Corte Constitucional señaló que “Imponer a las personas con pretensiones o derechos pendientes (...) la obligación de presentar un escrito de reclamación que no se juzga necesario ni razonable, implica la violación del principio de igualdad consagrado en el art. 13 de la Constitución Política, pues sin que exista un fundamento de hecho serio y válido, se exige a quienes demandan el reconocimiento de algún derecho ante el (...), un trámite administrativo sui generis, al cual no se someten las demás personas que tienen que hacer valer sus pretensiones frente a la administración.” Sentencia C-544 de 1993

En un futuro, será preciso analizar cómo las decisiones del Gobierno de establecer tramites sui generis, registros por ejemplo, deben respetar el principio de igualdad.

3. PRINCIPIO DE BUENA FE

Este principio que tiene consagración constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política preceptúa que la buena fe se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas.⁴

En la jurisprudencia aduanera el mismo ha tenido un desarrollo “tratóndose de mercancía de origen extranjero, aprehendida en manos de un tercero adquirente de buena fe”, al analizar el Consejo de Estado si es o no procedente su decomiso por el hecho de no haber acreditado su legal importación, al no aparecer amparada por la respectiva declaración de

3 Fue este el caso de la declaratoria de inexecutable del parágrafo del artículo 107 de la Ley 6a. de 1992, que establecía estos requisitos y condiciones frente al Fondo Rotatorio de Aduanas.

4 Esta presunción que tiene una importante consagración en materia de derecho civil, está definida por el artículo 768 del Código Civil como “... la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio” y que, de acuerdo con el artículo 769, *ibidem*, “... se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”, preceptos últimos que por disposición del artículo 822 del Código de Comercio son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles. El Código de Comercio, en sus artículos 835, 871 y 773 dispone, respectivamente, que “Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa...”, que “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”, y que “Una vez que la factura cambiaría sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.

importación, y si cabe presumirla de contrabando, situación que amonta el decomiso.⁵

Sin embargo, el alcance de este principio es mucho mayor en materia aduanera. Por ejemplo, el hecho de realizar una importación o una exportación a partir de un concepto de la DIAN o basándose en una clasificación arancelaria oficial es solo una de las manifestaciones en las que puede tener este principio y Principio de economía (procesal):

Este principio “tiene que ver con el pronto diligenciamiento de los procesos: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. Sentencia C-404/97 De hecho, la propia Corte Constitucional ha señalado cómo “El inciso segundo del artículo 306 está basado en el principio de la economía procesal. Economía procesal que implica conseguir los resultados del proceso (el establecimiento de la verdad como medio para lograr la realización del derecho sustancial), con el empleo del mínimo de actividad procesal, naturalmente sin violar el derecho fundamental al debido proceso, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución.” Sentencia C-404/97.

En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.⁶ El tema es más interesante en lo aduanero si consideramos que “El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia. En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad.” Sentencia C-037 de 1998

4. PRINCIPIO DE CELERIDAD

Consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo establece que “En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán

5 CONSEJODE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá, D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil cuatro (2004), Expediente núm. 2500023240002001 00161 01(8987), Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Actor: FRONTIER DE COLOMBIA S.A. Y Sentencia de 14 de junio de 2001. e\p. núm. 6506: actor. Comercializadora P.S.S.A., Consejero Ponente. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

6 Artículo 11, Ley 1437 de 2011.



oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.”

La Corte Constitucional ha indicado: “El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa. La ley debe buscar entonces armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, y el derecho de defensa que implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa.” Sentencia C-699/00

5. PRINCIPIO DE EFICACIA

El Código de Procedimiento establece: “En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.”⁷

La Corte Constitucional expresamente ha señalado que “El principio de eficacia de la administración pública, impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo.” Sentencia T-733/09.

6. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política contemplan como característica de la propia esencia y sustantividad de la administra-

7 Artículo 11, Ley 1437 de 2011.

ción de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción de la adopción de sus decisiones al principio de imparcialidad. En ese sentido, también el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establece que “En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”⁸

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido: “para preservar el debido proceso y, en especial, el principio de la doble instancia, resulta exigible, como condición esencial, la imparcialidad del superior jerárquico. En efecto, es indispensable que el criterio del fallador que revisa la decisión adoptada en primera instancia, se encuentre libre de cualquier prejuicio, atadura o prevención que le impida juzgar o proceder autónomamente y, por lo tanto, evaluar si la determinación sujeta a control, real y efectivamente se fundamentó en consideraciones fácticas y jurídicas pertinentes, suficientes y adecuadas al caso en concreto.¹⁶” Adicionalmente que “...se estima que no existe objetividad y, por ende, imparcialidad, cuando previamente el juez o servidor público ha tenido conocimiento de un asunto litigioso. En consecuencia, en tratándose de la doble instancia, la imparcialidad no sólo se expresa en la autonomía subjetiva y objetiva del juzgador para tomar la decisión, sino también en la apreciación de los hechos, en la valoración de las pruebas y, en general, en la preparación o sustanciación jurídica del proyecto de decisión.”

En materia aduanera el reto en la práctica será cómo mantener esa objetividad y permitir el control aduanero. La aplicación de instituciones tan peligrosas para el ciudadano como la suspensión provisional, prevista en el proyecto de reforma aduanera, impondrán un gran reto a la administración aduanera, que aún ante una figura tan draconiana y regresiva frente al derecho administrativo, deberá de garantizar el principio de imparcialidad.

7. PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LO SUSTANCIAL

Este principio, consagrado en el artículo 228 de la constitución política, ha tenido un importante desarrollo en materia tributaria. El mismo

8 Artículo 11, Ley 1437 de 2011.



contempla que en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. En síntesis, “este principio, busca que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad, no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto.” C-733 de 2003

En la mayoría de los casos el incumplimiento de los deberes formales del contribuyente impide o hace imposible que la administración de impuestos pueda recaudar los impuestos que un contribuyente debe pagar, o que pueda verificar la exactitud de los mismos, casos en los cuales, no se puede alegar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Caso contrario sucede cuando el incumplimiento de una obligación formal, no afecta para nada el impuesto que el contribuyente debe pagar, y en esos casos, sí debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, puesto que el objetivo de la ley se ha conseguido, y el logro del objetivo no puede ser desconocido por una simple formalidad. Piénsese por ejemplo en el caso de una declaración de importación que la Administración rechaza por tener el importador un número diferente de su apartamento en la dirección que figura en su RUT.

8. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establece que “En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.” En materia aduanera una aplicación de este principio puede encontrarse en la responsabilidad de custodia que tiene la DIAN sobre las mercancías que se encuentran aprehendidas.

9. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCIÓN

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este

Código.”⁹ En este sentido, será necesario, por ejemplo, analizar cómo maneja la DIAN sus conceptos y las clasificaciones arancelarias.

10. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

La Corte Constitucional ha señalado que “la progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.” Sentencia C-228/11.

Lo anterior se conoce como el test de proporcionalidad que ha elaborado la Corte en materia de regresividad de los derechos sociales.¹⁰ Ahora bien, es preciso preguntarse si el mismo resulta aplicable al ámbito aduanero, y si por ejemplo la Aduana al adoptar una medida regresiva que tenga un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, como es el control del contrabando, deba exponer el presupuesto de la necesidad, valorando si de todas las medidas posibles, la que escogió es la menos regresiva. Sentencia C-228/11 Adicionalmente, el juez constitucional deberá verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, confrontando el principio de no regresividad con otros

9 Artículo 11, Ley 1437 de 2011.

10 Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparea. Sentencia C-228/11



principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.

11. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

La Ley Marco consagra: “En las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera, siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior.”¹¹ La doctrina ha considerado que “la eficacia en el ámbito público debe conjugarse con otros principios y valores igualmente susceptibles de valoración y garantía, desconocidos en el sector privado o siendo conscientes de su existencia pueden ser desdeñados. Baste pensar en la cláusula constitucional del Estado Social y los mandatos que de ella devienen como obligatorios para la Administración Pública.”¹²

Y es que en materia tributaria, la Corte Constitucional ha señalado: “En cuanto al principio de eficiencia, también ha considerado la Corte, que “resulta ser un recurso técnico del sistema tributario dirigido a lograr el mayor recaudo de tributos con un menor costo de operación; pero de otro lado, se valora como principio tributario que guía al legislador para conseguir que la imposición acarree el menor costo social para el contribuyente en el cumplimiento de su deber fiscal (gastos para llevar a cabo el pago del tributo)”. Sentencia C-397/11 Aquí es interesante establecer si por ejemplo en desarrollo de este principio la administración debe buscar el pago de tributos y no la aprehensión, por ejemplo, al permitir la legalización de mercancías en la modalidad de corto plazo.

12. PRINCIPIO DE SEGURIDAD Y FACILITACIÓN EN LA CADENA LOGÍSTICA DE LAS OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR

El propio artículo 4º, en su párrafo 2, de la ley 1609 de 2013, establece que “Para efectos del Principio de Seguridad y Facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, los Decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la ley marco de aduanas estarán sujetos al marco de un Sistema de Gestión del Riesgo, orientado a neutralizar las conductas de contrabando, de carácter fraudulento, lavado de activos y a fortalecer la prevención del riesgo ambiental, de la salud,

11 Párrafo 1º, Ley 1609.

12 De “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública.” Pedro T. Nevado-Batalla Moreno. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca.

de la seguridad en fronteras y la proliferación de armas de destrucción masiva.

En el contexto del Convenio de Kyoto, Capítulo 6, sobre Control Aduanero, debe entenderse que la aduana empleará análisis de riesgo para designar a las personas y a las mercancías que deban ser reconocidas. Sin embargo, este principio exigirá una armonización y constante equilibrio frente a otros principios aduaneros, como el de igualdad y el del debido proceso.

13. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establecen: “En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.”¹³

Adicionalmente, el artículo 4 ley 1609 2013 establece, en el Parágrafo 3°, que “Para efectos del Principio de Coordinación y Colaboración, las autoridades del Estado y los Operadores de comercio exterior, al desarrollar operaciones conjuntas procurarán mantener en todo momento el máximo interés y adecuada disposición para la coordinación y desarrollo de las actuaciones relacionadas con las mismas.”

En este sentido, el Consejo de Estado – Expediente (15558) del 11 de junio de 2009,¹⁴ señaló que el principio de coordinación pretende que las

13 La Ley 489 de 1998 en su artículo 6° estableció como “ARTICULO 6o. PRINCIPIO DE COORDINACION. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares. PARAGRAFO. A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo 19 de esta ley y en cumplimiento del inciso 2o. del artículo 209 de la cp. se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector. “

14 Los ciudadanos Mario Felipe Tovar Aragón y Álvaro Andrés Díaz Palacios, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demandaron la nulidad de la Circular 0024 de febrero 7 de 2005, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN. Considerando que el acto demandado reprodujo en lo atinente a la clasificación arancelaria la Circular Conjunta No. 01 de abril 1° de 2002, proferida por el INVIMA y la DIAN, lo cual fue anulado por el Consejo de Estado mediante sentencia de diciembre 9 de 2004.

autoridades administrativas: 1) garanticen la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones, 2) logren los fines y cometidos estatales, 3) que la colaboración entre las entidades sea para facilitar el ejercicio de sus funciones, y 4) no dificultar unas el cumplimiento de las funciones de las otras. Por lo tanto, la coordinación implica acciones tendientes a llevar a cabo, de manera coherente, una acción común, es decir, que “la coordinación se presenta entonces cuando, por disposición constitucional o legislativa, hay competencias comunes entre dos o más autoridades públicas. A través de la coordinación se expresan los principios de unidad y de participación y sirve de fundamento para ponderar otros principios como la eficacia, la celeridad y la economía, que son igualmente propios de la función administrativa”.

14. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Finalmente, el artículo 4 de la ley 1609 también consagra en el Parágrafo 4º: “Para efectos del Principio de Favorabilidad la Autoridad Aduanera en el proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aun cuando no haya sido solicitada o alegada. Se exceptiona de este tratamiento lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros.” Este principio plasmado en el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables.

Esto ha sido reconocido por el Consejo de Estado - Expediente No. 05001-23-31-000-1999-01981-01 del 11 de octubre de 2007, donde AERO TRANSCOLOMBIANA DE CARGA demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia a la Nación- DIAN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto de que “Declare la nulidad de las resoluciones XXXXX, por las cuales fue declarada responsable de falta administrativa al presentarse un exceso en la cantidad de bultos y en peso de la mercancía inspeccionada, procedente de Miami y relacionada en el manifiesto de carga 104079, y le fue impuesta una multa de seis millones ciento siete mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$6.107.234.00), y se decidió el recurso de reconsideración, en el sentido de confirmar la primera, respectivamente.” Indicó: “Se observa, entonces, que el referido principio tiene regulación especial en una materia que no es precisamente penal, sino administrativa, por ende la Sala considera que se ha de atender dicha regulación en la medida en que estuviere vigente para la época en que se tramitó el procedimiento administrativo objeto del sub lite, pues se trata de disposiciones vinculantes, de carácter público, adoptadas mediante facultades constitucionales propias del Presidente de la República y dentro de

los límites de leyes marco. Según tal regulación, la aplicación de una norma posterior que sea más favorable al encartado se hará siempre y cuando no haya sido tomada la decisión que ponga fin a la actuación administrativa del asunto, pues a esa decisión es que se refiere dicha norma cuando prevé que “la administración deberá aplicarla obligatoriamente (la norma posterior más favorable), aunque no se haya mencionado en el recurso interpuesto” en su contra.”

CONCLUSIÓN

No es fácil esbozar a priori qué será lo que cambiará en el acontecer aduanero, desde su regulación hasta las decisiones concretas, a consecuencia de la incorporación de estos principios en la ley marco de aduanas, pero estamos seguros de que ellos contribuirán a que el derecho aduanero y su aplicación práctica sean más ecuanimes, y humanistas, menos dirigidos al cumplimiento ciego del texto del inciso o de a la configuración del sistema de recolección de datos, aunque con ellos se ofenda la razón, sino que permitirán avanzar hacia decisiones diferentes a la fría y cómoda respuesta de “usted tiene razón pero el sistema no lo permite” o aquello de “la norma dice eso, pero la orden es no aplicarla así, sino como dice la circular xyz.”

COMENTARIOS Y POSIBILIDADES

Ante el incumplimiento por término de las importaciones temporales de corto plazo.

*Juan Carlos Henao Pelaez**

Resumen

El artículo 228 del decreto 2685 de 1999, permite la legalización de una importación de corto plazo a una de largo plazo, esto contrario al criterio de la DIAN según el cual, el incumplimiento de término en las temporales a corto plazo solo puede finalizar o corregirse por vía de legalización a importación ordinaria.

Palabras clave: Importación temporal, legalización, importación ordinaria, producción nacional, bienes de capital.

Abstract

The article 228 of Decree 2685 of 1999, allow the legalization of import from short term to a long-term, this contrary to the DIAN criterion according to which failure to finish in the short-term temporary can only end or corrected via ordinary import legalization.

Keywords: Temporary, legalization, ordinary import, domestic production, capital goods.

INTRODUCCIÓN

De las importaciones temporales de bienes de capital

Los Importadores temporales de bienes de capital para la construcción de infraestructura básica de oleoductos, de obra o servicio público, importan inicialmente sus máquinas o unidades funcionales bajo la modalidad de importación temporal a corto plazo para luego re-exportarlas, solicitar

* Abogado. Correo electrónico: juancarlosednao@asduana.com

prórrogas o como última alternativa, modificarlas a importaciones temporales de largo plazo con el pago de las cuotas causadas hasta su re-exportación definitiva, según la oportunidad y disponibilidad exigida en los contratos celebrados en Colombia. Lo anterior tiene tanto razones operativas y financieras, así como por el hecho que dichas mercancías no tienen vocación de permanencia definitiva en el territorio Nacional, pues sus propietarios son generalmente empresas extranjeras con compromisos en muchos Países.

En esta operación compleja por el nivel de información y la cantidad de maquinaria que ingresa, algunas importaciones de corto plazo resultan incumplidas por término, ante lo cual se evidencia la falta absoluta de una legislación que entienda y ampare este tipo de operaciones y sus contingencias, modalidades tan vitales y urgentes para nuestro desarrollo.

El País creció en competitividad, extendió su brazo logístico y operativo, pero mantiene viejas tradiciones legales de recaudo tributario en contra de la facilitación del comercio exterior, y en favor de las restricciones administrativas, tratándose de importaciones temporales a corto plazo. Ante estos incumplimientos de término, habida consideración de no existir una norma que se identifique plenamente con estas necesidades industriales y empresariales, se hace en la actualidad y bajo la vigencia del decreto 2685 de 1999, indispensable regularizar tal incumplimiento utilizando la figura de legalización a la modalidad de importación para la cual venía destinada la mercancía, es decir, a las temporales de largo plazo, tratándose como lo mencione de bienes de capital o unidades funcionales.

Gran parte de esta maquinaria no tiene vocación de permanencia en el País, y una vez finalizan las obras, dichas máquinas son re-exportadas al exterior para servir en otros proyectos de infraestructura a cargo de las compañías propietarias.

El problema: la Tesis de la DIAN frente al incumplimiento del término y la exigencia de legalización a importación ordinaria

Se viene acuñando ante la DIAN, el criterio según el cual, el incumplimiento de término en las temporales a corto plazo solo puede finalizar o corregirse por vía de legalización a importación ordinaria, derogando de plano el artículo 228 del decreto 2685 de 1999, y creando un problema sin solución, pues mucha maquinaria de este tipo esta catalogada con producción nacional sin derecho a su licencia de importación, adicional resulta injusto que la omisión en una conducta formal, el incumplimiento de un término, genere la apropiación de la mercancía por vía de aprehensión para decomiso, cuando son mercancías que deben servir a otros destinos

diferentes al Colombiano, y su inobservancia debería concretarse en una sanción tal y como esta previsto actualmente en el artículo 482-1 numeral 1.3 del decreto 2685 de 1999.

Lamentablemente la DIAN en su afán de recaudo olvida todo lo anterior y así, mediante oficio número 100210226-2009 de septiembre 24 de 2012, el Subdirector de Gestión de Comercio Exterior, cierra la posibilidad de legalización a largo plazo de una importación temporal de corto plazo incumplida, y lo mas exótico, el oficio 00860 del 12 de diciembre de 2012, emitido por la Subdirección de Gestión de normativa y doctrina, deroga el artículo 228 al considerar según una audaz interpretación “sistemática” de la norma aduanera, que la legalización solo es posible única y exclusivamente para la ordinaria, pues según ellos todas las citas que el decreto 2685 de 1999, hace sobre legalización exige el “pago de los tributos aduaneros a que haya lugar” de donde coligen que toda legalización exige el pago de la totalidad de los tributos. Digo exótica y audaz, pues creemos sinceramente que la norma no dice eso, dice todo lo contrario, el termino “tributos a que haya lugar” permite que entre el mundo entero, es decir se pague nada o todo, pero la Subdirección cree todo lo contrario, aun en contra del propio artículo 228 del decreto actualmente vigente.

Se deroga entonces por vía de concepto y oficio de la DIAN el artículo 228 del decreto 2685 de 1999, el cual permite la legalización si esta correctamente presentada y se omitió alguna obligación a la declaración, pudiéndose legalizar, “...a la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la operación...”

Y el artículo 150 del mismo decreto, inciso segundo, señala expresamente dos requisitos para la legalización de las temporales a corto plazo incumplidas, a otra modalidad que no define expresamente, simplemente señala que se deben cumplir estas dos condiciones: a) Pago y allanamiento voluntario de la multa prevista en artículo 482-1 del decreto 2685 de 1999, y b) Legalización a una modalidad de importación que contemple el pago de tributos aduaneros.

Como se notará, la importación temporal a largo plazo exige según el artículo 145 y 146 del mismo decreto, el pago de los tributos aduaneros por cuotas, diferidos por semestres lo que resulta perfectamente viable si lo exigido es el pago de unos tributos aduaneros.

Debieron los actos analizar el inciso segundo y sexto del artículo 150 en concordancia con el artículo 228 del decreto 2685, principalmente el sexto que es realmente el inciso que autoriza el cambio de una

temporal de corto plazo a una de largo plazo, y nótese que en este sentido el legislador a diferencia de lo mencionado en el inciso primero, no previo el momento de su transformación, si era dentro o por fuera del termino, simplemente dejo la posibilidad para que una de corto plazo pueda pasara a una de largo plazo si cumple las condiciones sustanciales, entre ellas principalmente, que se trate de bienes de capital, y dichas mercancías vengan al País a efectuar trabajos transitorios y tengan vocación de salida, es decir, conforme al artículo 228 de la legalización cumpla con la naturaleza y condiciones de la operación a la cual vengan destinadas.

Nótese en correspondencia con lo anterior y en estricto cumplimiento del artículo 228, obligatorio en este análisis, que algunas mercancías no podrán someterse a la importación ordinaria como lo sugiere el Subdirector en contradicción con el tantas veces citado artículo 228 del decreto, porque a pesar de ser bienes de capital no pueden obtener por política de comercio exterior del MinComercio, autorización de permanencia definitiva mediante el otorgamiento de la licencia de importación, situación esta suficiente para demostrar que estas mercancías solo pueden ser sometidas a temporales de corto y largo plazo, porque no corresponden a la naturaleza y condiciones de una operación definitiva u ordinaria, en cambio si pueden ingresar o permanecer bajo la figura de la temporal de largo plazo, tal y como lo previo el artículo 228 en concordancia con el inciso segundo y sexto del artículo 150 del decreto 2685 de 1999.

Adicional a lo anterior y corroborando nuestro criterio, lo contenido en esta respuesta se opone a la doctrina expuesta anteriormente por la misma DIAN contemplada en el Concepto No 047 de 2004, documento que pretendió armonizar todos los conceptos emitidos sobre la aplicación de los artículos 89, 150 y 228, fundamentándose en la interpretación sistemática y armónica ordenada por el artículo 30 del Código Civil, pues este concepto contradice abiertamente los criterios recientes.

Rescatando dicho Concepto para el caso que nos ocupa, se expreso en esa ocasión y sobre este tema lo siguiente:

(Pagina dos) "... 4. Cuando se incumple la obligación de terminar la modalidad de importación temporal, solo procede terminarla con una declaración de legalización mas no con una modalidad de importación ordinaria..."

Alude el mencionado concepto, que en este evento el mecanismo de solución al incumplimiento se denomina legalización, independientemente de la modalidad a donde vaya la mercancía.

(Página dos) "... 1. El artículo 156 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 14 del Decreto 1232 de 2001 prevé como forma de terminar la modalidad de importación temporal con la legalización.

2. El artículo 228 *ibídem* dispone que las mercancías presentadas a la aduana en el momento de su importación, respecto de las cuales se hubiera incumplido alguna obligación aduanera que de lugar a su aprehensión, podrán ser declaradas en la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la operación. El resalta-do implica que el que legaliza no pierde los beneficios de los cuales gozan los bienes importados (...)"

Esta consideración expuesta en el concepto 047 de 2004, resulta trascendente, y esta mencionada también en el concepto 043 de 2003, al cual alude este concepto unificador de la doctrina. Se refiere a que en virtud de la especial naturaleza de las mercancías, las condiciones económicas y el objetivo por los que se importan los bienes de capital al País, el Gobierno no pretende por un mero incumplimiento de término, hacer perder los beneficios que estas gozan, repito bienes de capital, y uno de estos beneficios además de exenciones y otros, sin lugar a dudas lo constituye la importación temporal a largo plazo, entre ellos podría mencionarse como beneficios, el pago de tributos por cuotas semestrales, y la liberación de licencias de importación, que en tratándose de importaciones ordinarias serían exigibles y contradicen las condiciones y naturaleza de la operación ejecutada.

Continúa el concepto en cita:

(Página 4) "... La interpretación sistemática y armónica de las normas citadas permite aplicar a su vez el artículo 228 del Decreto 2685 de 1999 cuando prescribe que cuando las mercancías se legalizan «pueden ser declaradas en la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y CONDICIONES DE LA OPERACIÓN...»

La norma actual permite la legalización para continuar en largo plazo.

En nuestro criterio el artículo 228 del decreto 2685 de 1999, permite la legalización si esta correctamente presentada y se omitió alguna obligación, "...a la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la operación..." Y el artículo 150 del mismo decreto, inciso segundo y sexto, señalan expresamente dos requisitos para la legalización de las temporales a corto plazo incumplidas, a otra modalidad que el inciso segundo no define expresamente pero que el inciso sexto complementa, autorizándola a la de largo plazo sin mencionar o condicionar que se trata de una actuación antes o después del termino otorgado a la de corto plazo. El inciso segundo en cita simplemente señala que se deben cumplir dos

condiciones para esta legalización: a) Pago de la multa prevista en artículo 482-1 del decreto 2685 de 1999, y b) Legalización a una modalidad de importación que contemple el pago de tributos aduaneros.

Es claro que el inciso segundo del artículo 150 *Ibídem* no trajo una condición especial o adicional al concepto de Legalización de mercancías, regulando expresamente que la ÚNICA o EXCLUSIVA modalidad sea la legalización a importación ordinaria. La condición que si puso la norma, es que se LEGALIZARA con el pago de tributos a que haya lugar, siendo evidente que la norma tampoco distinguió el tiempo y forma en el pago de dichos tributos, razón por la que es plenamente aplicable el adagio jurídico que dice: “donde la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo”.

Bajo esta condición la legalización como forma de terminación de una importación temporal para re-exportación en el mismo estado no tiene en las normas aduaneras una diferenciación en su aplicación respecto de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 150 cuando reza:

“Ante el incumplimiento de esta obligación, tratándose de importaciones temporales a corto plazo se aprehenderá la mercancía y, se hará efectiva la garantía en el monto correspondiente a los tributos aduaneros y la sanción de que trata el numeral 1.3 del artículo 482-1 del presente decreto en el procedimiento administrativo previsto para imponer sanciones, a menos que legalice voluntariamente la mercancía con el pago de los tributos aduaneros y la sanción citada, sin que haya lugar al pago de rescate por legalización voluntaria. Aprehendida la mercancía, la legalización dará lugar al pago de los tributos aduaneros más el rescate correspondiente previsto en los incisos 4 y 5 del artículo 231 del presente decreto” (subrayas fuera del texto)

Por lo que, tal como lo dice el artículo 30 del Código Civil, «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía...», es el criterio que debe conservarse para el análisis de este caso, pues ha sido su referente para resolver asuntos relativos a la liquidación de los tributos en esta modalidad de importación, recordando que en materia de vigencia y aplicación de la doctrina administrativa le es aplicable el artículo 264 de la Ley 223 de 1995.

Debería permitirse incluso que las importaciones temporales a corto plazo que por algún motivo incumplan con el termino de su finalización puedan ser dispuestas a otra modalidad de importación o de exportación, de manera voluntaria por el usuario, cuando identifique este incumplimiento y demuestre su buena fe acercándose de manera voluntaria a la DIAN, solicitando su regularización.

Debe entonces exigirse el pago de una multa por incumplimiento, una sanción razonable y proporcional, pero permitirse disponer de su mercancía, bien sea legalizando a una temporal de largo plazo si son bienes de capital y su decisión es permanecer un tiempo mayor, o re-exportarla porque debe sacarla del País como debe ser el propósito de todas las temporales para re-exportación. Piénsese que estas mercancías deben ser re-exportadas en el mismo estado, tienen controles y restricciones, están soportadas por garantías, sus importadores son abiertamente conocidos dado el carácter restrictivo de las temporales, tiene objetivos previamente definidos por el legislador, todos de beneficio social y económico, y adicional son bienes de capital, o maquinaria, o las mercancía y sus propósitos en el País están previstos de manera expresa en el artículo 140 de la resolución 4240 de 2000.

No existe riesgo fiscal, y no existe una justificación válida que impida que las importaciones temporales de corto plazo salgan del País. Si el responsable deja vencer un término, debe ser acreedor de una sanción proporcional a este incumplimiento, pero no la pérdida de la mercancía como ocurre en este momento. Se trata de iniciar una limpieza del estatuto diferenciando claramente lo que son verdaderas conductas lesivas del Fisco o de los objetos tutelados que generan la aprehensión y el decomiso, y no asumir aprehensiones y decomisos por meros incumplimientos formales como el vencimiento de un término, ante los cuales es válida la sanción, pero no se justifica la aprehensión y el decomiso, y mucho menos que un extranjero tenga que nacionalizar su mercancía, o legalizarla solo a ordinaria, importarla pagando los tributos cuando su objetivo es retirarla del País, sencillamente perderla pues en su gran mayoría son bienes usados y el Ministerio de Comercio y Turismo no le otorga licencias por producción Nacional.

A MANERA DE CONCLUSIÓN Y PARA CONSIDERACIÓN EN EL NUEVO ESTATUTO ADUANERO

Por esta razón y para zanjar la discusión, proponemos ante la reforma aduanera que se avecina se modifiquen los actuales textos, así: Artículo 228 (Modifícase el inciso primero del artículo 228 del decreto 2685 de 1999, el cual quedara así "Procedencia de la legalización: Las 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 de lugar a su aprehensión, podrán ser declaradas en la modalidad de importación o exportación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la modalidad, en forma voluntaria o provocada por la autoridad aduanera,

según se establezca en el presente decreto” (Lo subrayado constituye el único agregado por adición)

Artículo 150, así: “Ante el incumplimiento de esta obligación, tratándose de importaciones temporales a corto plazo se aprehenderá la mercancía y , se hará efectiva la garantía en el monto correspondiente a los tributos aduaneros y la sanción de que trata el numeral 1.3 del artículo 482-1 del presente decreto en el procedimiento administrativo previsto para imponer sanciones, a menos que se legalice voluntariamente la mercancía al régimen aduanero al cual venga destinada la mercancía, bien sea re-exportación o cualquier modalidad de importación, siempre y cuando cumpla con las exigencias legales y administrativas de la modalidad solicitada y se cancele la sanción citada, sin que haya lugar al pago de rescate por legalización voluntaria....”

LIBRE IMPORTACIÓN DE PRODUCTOS REMANUFACTURADOS. Acordada en el marco del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos

*Carolina Solano**

Resumen

Todos los TLC celebrados, a excepción de los tratados con Chile, con los países del Triángulo Norte y con la Unión Europea, han previsto disposiciones sobre la libre comercio de productos re-manufacturados.

Este artículo analiza los alcances de estas disposiciones a la luz del derecho de la OMC y de los compromisos acordados en cada TLC.

Palabras clave: Mercancías re-manufacturadas, licencia de importación, Tratados de Libre Comercio.

Abstract

All FTAs concluded, except for those treated with Chile, with the Northern Triangle countries and with the European Union, have planned arrangements about free trade of remanufactured products.

This article discusses the scope of these provisions in the light of WTO law and the commitments agreed in each FTA.

Key words: re-manufactured goods, import license, Free Trade Agreements.

1. INTRODUCCIÓN

La apertura bilateral del comercio de Colombia impulsada a partir de la negociación del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado con Estados Unidos (en adelante TLC EEUU), está dinamizando distintas facetas de la industria y del comercio nacional. Entre ellas, estará la industria de

* Abogado.

los productos re-manufacturados que ahora podrán ser importados y consumidos libremente en Colombia bajo ciertos condicionamientos.

Para el mundo a diferencia de lo que ocurre en Colombia, la producción de bienes re-manufacturados ya es un fenómeno consolidado y surgió a partir de la necesidad de producir eficientemente y a bajo costo. Para ello los productores de bienes re-manufacturados toman partes o piezas de mercancías ya elaboradas que aún permanecen en óptimas condiciones para ensamblarlas en nuevos productos cuya utilidad y calidad es comparable con los de un bien nuevo. Estados Unidos es pionero en el mundo en la producción y comercialización de estos bienes de ahí que impulsa en el plano multilateral acuerdos que permitan liberalizar el comercio de mercancías re-manufacturadas.

Sin embargo este fenómeno mundial es nuevo para Colombia y su mercado interno. Nuestro país no cuenta aún con industrias consolidadas en la producción de mercancías re-manufacturadas. Éstas apenas inician la fase de exploración de nuevos mercados y técnicas de reutilización de bienes que otros países ya practican. Para el consumidor colombiano en general, la posibilidad de acceder a este tipo de bienes es también nueva toda vez que la libre importación de bienes re-manufacturados no estaba permitida.

La celebración de tratados de libre comercio por parte de Colombia que permiten la libre importación de ciertos productos re-manufacturados exige conocer en primer lugar cuáles son los bienes que pueden cobijarse bajo la denominación de productos re-manufacturados y de ellos es preciso clarificar cuáles podrán ser importados libremente y sin necesidad de licencia previa. Así mismo resulta imperativo definir las condiciones que deben cumplir estos bienes y entender cuáles son los desafíos que enfrentarán nuestras autoridades nacionales para controlar la producción, importación y consumo de los productos re-manufacturados.

2. ANTECEDENTES LEGALES SOBRE LOS PRODUCTOS REMANUFACTURADOS

Como es sabido, el esquema de libre importación reemplazó el antiguo régimen de "Sustitución de Importaciones" donde el principio general consistió en exigir licencia o autorización para importar cualquier bien a Colombia. No obstante el nuevo régimen de libre importación mantuvo en nuestra legislación algunos controles taxativos sobre las importaciones de ciertos bienes. Éstos fueron establecidos en la Resolución 001 del 2 de enero de 1995 la cual se determinaba las condiciones y requisitos que debían cumplir las solicitudes de registro o licencia de importación para mercancía usada, imperfecta, saldos

de inventario, desperdicios o sobrantes. En estas denominaciones como se puede observar, no se incluyó la categoría de productos re-manufacturados.

Solo hasta el Decreto 3808 de 2006, que derogó y reemplazó la Resolución 001 de 1995, se incorporó en nuestra legislación la regulación para la importación de bienes re-manufacturados. Ahí se estableció expresamente en el Artículo 3 que se exigiría licencia previa para la importación de “mercancía usada, imperfecta, reparada, reconstruida, restaurada (refurbished), subestandar, re-manufacturada, saldos de inventario”, entre otras.

Bajo este Decreto, el importador que busque la licencia para importar este tipo de bienes, tiene la carga de indicar si la mercancía es “nueva, usada, imperfecta, reparada, reconstruida, restaurada (refurbished), subestandar, re-manufacturada, saldos de inventario, desperdicios, sobrantes o chatarra; señalando la clase de imperfección, el año de fabricación, el valor cuando tenía la calidad de nueva y el que podría corresponder normalmente si fuera mercancía de primera calidad o de temporada.” Sin embargo no incluyó definiciones precisas que permitieran diferenciar entre estos tipos de productos y mucho menos indicó las condiciones que debían cumplir para estar cobijadas por la denominaciones respectiva.

De ahí, que en la negociación de los tratados de libre comercio de tercera generación, siendo el más destacable el TLC EEUU, fue importante para Colombia definir qué mercancías podían ser re-manufacturas, qué condiciones debían cumplir y cuáles específicamente podían ser importadas a Colombia sin el requisito de la licencia previa establecido en el Decreto 3803 de 2006, Artículo 3.

3. PRODUCTOS REMANUFACTURADOS A LA LUZ DELA OMC

En el marco multilateral es decir, en la Organización Mundial del Comercio (OMC) aún no existe una definición vinculante sobre productos re-manufacturados. Sin embargo los miembros de la OMC están reconociendo la importancia de dar claridad sobre las características y condiciones de estos productos para que puedan estar sometidos también al libre comercio promovido por esta organización. En la Ronda de Doha iniciada en el año 2001 se incluyó dentro de la agenda de negociación de bienes no agrícolas (NAMA) la posibilidad de celebrar una Decisión Ministerial sobre el comercio de productos re-manufacturados. Estados Unidos, Japón y Suiza han proyectado la Decisión¹⁵ que finalmente será sometida a negociación y votación por parte de los miembros de la OMC.

15 Documento TN/MA/W/124.

Allí, los países se encuentran negociando la siguiente definición sobre productos re-manufacturados:

“5) Para efectos de esta Decisión, producto re-manufacturado significa [un productor no agrícola que (1) está compuesto total o parcialmente de piezas (i) que se han obtenido del desensamblaje de mercancías usadas; y (ii) que se han elaborado, limpiado, inspeccionado o comprobado en la medida necesaria para asegurar sus condiciones de funcionamiento iniciales; y (2) tiene una garantía]”

Como es sabido, la Ronda Doha de 2001 no ha terminado y su conclusión está aún bastante condicionada a la voluntad política que demuestren los miembros de la OMC para alcanzar consensos en los temas críticos negociados. De ahí que la conclusión de la negociación de una definición multilateral y vinculante sobre productos re-manufacturados aún no se vislumbre cercana.

4. COMPROMISOS SOBRE MERCANCÍAS REMANUFACTURADAS ACORDADAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

En ejecución de la estrategia de internacionalización de la economía colombiana en el mundo globalizado, Colombia ha celebrado, a la fecha, siete tratados de libre comercio con: Estados Unidos, Chile, países del Triángulo Norte (Honduras, Guatemala y El Salvador), Canadá, Países AELC (Lichstenstein, Noruega, Suiza e Islandia), Unión Europea y Corea del Sur.

Todos los TLC celebrados, a excepción del TLC Chile, TLC con los países del Triángulo Norte y TLC con la Unión Europea, han previsto disposiciones sobre el libre comercio de productos re-manufacturados. Fue el TLC EEUU el primero en incorporar la obligación concreta de no exigir trámites de licenciamiento ni otras restricciones a la importación de mercancías re-manufacturadas.

4.1 Compromisos de libre comercio de mercancías re-manufacturados acordados en el TLC EEUU

Concordemente encontramos en el TLC EEUU Anexo 2.2 Sección A que Colombia estableció excepciones a la obligación de conceder trato nacional y el compromiso de no establecer restricciones a las importaciones. Entre esas excepciones se encuentra la nota “(c)” en donde Colombia dispuso que podrá mantener los controles a la importación de mercancías usada, imperfectas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos de conformidad con la Resolución 001 del 2 de enero de 1995, ahora remplazada por el Decreto 3803 de 2006. La nota de pie de página número

2 de ese literal (c) aclara que “los controles identificados en este párrafo no aplican a mercancías re-manufacturadas”. Esto implica que Colombia no puede mantener controles a la importación de bienes re-manufacturados. Posteriormente encontramos que el TLC EEUU define qué son bienes re-manufacturados y dice en el Capítulo 4 sobre Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, Artículo 4.23 que:

“mercancías re-manufacturadas significa mercancías industriales, ensambladas en el territorio de una Parte, clasificadas en el Sistema Armonizado en los capítulos 84, 85, 87 o 90 o la partida 94.02, salvo las mercancías clasificadas en las partidas 84.18 u 85.16 del Sistema Armonizado, que:

- a. Están compuestas completa o parcialmente de mercancías recuperadas; y
- b. Tengan una expectativa de vida similar y gocen de una garantía de fábrica similar a la de una mercancía nueva;”

Los capítulos del Sistema Armonizado a los que hace referencia la definición corresponden a:

- Capítulo 84 sobre reactores nucleares, calderas, máquinas, aparatos y artefactos mecánicos; partes de estas máquinas o aparatos.
- Capítulo 85 referente a máquinas, aparatos y material eléctrico, y sus partes; aparatos de grabación o reproducción de sonido, aparatos de grabación o reproducción de imagen y sonido en televisión, y las partes y accesorios de estos aparatos
- Capítulo número 87 sobre vehículos automóviles, tractores, velocípedos y demás vehículos terrestres, sus partes y accesorios
- Capítulo 90 referente a instrumentos y aparatos de óptica, fotografía o cinematografía, de medida, control o precisión; instrumentos y aparatos médico-quirúrgicos; partes y accesorios de estos instrumentos o aparatos
- Capítulo 94.02 sobre mobiliario para medicina, cirugía, odontología o veterinaria (por ejemplo: mesas de operaciones o de reconocimiento, camas con mecanismo para uso clínico, sillones de dentista); sillones de peluquería y sillones similares, con dispositivos de orientación y elevación; partes de estos artículos. Todos ellos, en últimas, son considerados bienes de capital y maquinaria muy especializada.

La excepción prevista en la definición aplica para las partidas 84.18 sobre refrigeradores, congeladores y demás material, máquinas y aparatos

para producción de frío, aunque no sean eléctricos; bombas de calor, o la partida 85.16 referente a micrófonos y sus soportes; altavoces (altoparlantes), incluso montados en sus cajas; auriculares, incluidos los de casco, incluso combinados con micrófono, y juegos o conjuntos constituidos por un micrófono y uno o varios altavoces (altoparlantes); amplificadores eléctricos de audiofrecuencia; equipos eléctricos para amplificación de sonido. Es decir, estas descripciones no se entenderán como productos re-manufacturados.

Así las cosas, para efectos del TLC EEUU, Colombia no puede establecer restricciones a la importación de mercancías re-manufacturadas cuya clasificación arancelaria corresponde a las establecidas en el Artículo 4.23 y que cumplan con las condiciones también ahí establecidas y analizadas a continuación.

Frente a mercancías re-manufacturadas, el TLC EEUU dispuso además que la importación de estas mercancías estarían sometidas a un cronograma de desgravación especial que fue definido en las Notas Generales de Colombia del Anexo 2,3. Allí se estableció que durante los primeros cinco años de vigencia del Tratado, el arancel aplicado a las mercancías re-manufacturadas se mantendría inalterado en 20%. Posteriormente el arancel iniciaría su desgravación hasta llegar a 0% arancel en el año 10 del Tratado.

Colombia aplicará el siguiente tratamiento arancelario a las mercancías originarias re-manufacturadas, tal como se definen en el Capítulo Cuatro (Reglas de y Procedimientos de Origen), donde se indique en su Lista: Los aranceles sobre estas mercancías deberán mantenerse en la tasa base durante los años uno al cinco. Comenzando el 1 de enero del año seis, los aranceles sobre estas mercancías deberán ser eliminados en cinco etapas anuales iguales, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles el 1 de enero del año 10.

El Decreto 730 de 2012 que implementó las obligaciones contraídas en el marco del TLC EEUU, ratificó estos compromisos. El Artículo 14 de dicho Decreto transcribe la definición de mercancía re-manufacturada acordada en el el Capítulo de Reglas de Origen, el Artículo 15 enumera las 69 partidas arancelarias de bienes que pueden importados como re-manufacturados y finalmente el Artículo 16, deja explícita la imposibilidad de exigir licencia previa a la importación de las mercancías que estén dentro de la lista y señala que tales mercancías deben cumplir con la condiciones para denominarse re-manufacturadas.



4.2 Compromisos de libre comercio de mercancías re-manufacturados acordados en el TLC Canadá

El Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá (TLC Canadá) incluyó igualmente disposiciones que liberalizan el comercio de mercancías re-manufacturadas.

Encontramos que en el Anexo 202 del TLC Canadá, el cual establece las excepciones al trato nacional y restricciones a la importación y exportación, Colombia reservó la posibilidad de mantener controles a la importación de las mercancías referidas en el Artículo 3 del Decreto 3803 de 2006. Sin embargo, tales controles no podrán aplicarse a las mercancías re-manufacturadas por cuanto para ellas, Colombia si debe cumplir con las obligaciones de conceder trato nacional y de no establecer restricciones a la importación y exportación.

Para efectos del TLC Canadá, las partes acordaron en el Artículo 106 que:

“mercancía re-manufacturada significa una mercancía industrial de una subpartida establecida en el Anexo 106 ensamblada en el territorio de una o ambas Partes que:

- i. Esté compuesta completa o parcialmente de mercancías recuperadas, y
- ii. tenga una expectativa de vida y una garantía de fábrica similares a la de una mercancía similar nueva;”

Luego el referido Anexo 106 identifica las subpartidas de las mercancías que pueden ser importadas como re-manufacturadas a saber:

| | | | | | |
|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| 7307.92 | 8411.91 | 8413.91 | 8431.20 | 8483.50 | 8531.20 |
| 7318.15 | 8411.99 | 8414.30 | 8431.49 | 8483.60 | 8531.80 |
| 7318.19 | 8412.21 | 8414.80 | 8433.90 | 8483.90 | 8537.10 |
| 7320.20 | 8412.29 | 8414.90 | 8479.90 | 8487.90 | 8542.32 |
| 8408.20 | 8412.39 | 8415.90 | 8481.20 | 8501.31 | 8708.29 |
| 8407.34 | 8412.90 | 8419.50 | 8481.80 | 8503.00 | |
| 8409.91 | 8413.30 | 8419.90 | 8482.10 | 8511.40 | |
| 8409.99 | 8413.50 | 8421.23 | 8483.10 | 8511.50 | |
| 8411.81 | 8413.60 | 8421.29 | 8483.20 | 8526.10 | |
| 8411.82 | 8413.81 | 8421.31 | 8483.40 | 8526.91 | |

Estas mercancías re-manufacturadas que sean importadas a Colombia están sometidas también a un cronograma de desgravación especial definido

en el Artículo 15 del Decreto 185 de 2012 el cual dio cumplimiento a los compromisos arancelarios acordados en el TLC Canadá. Así como se acordó en el TLC EEUU, los aranceles aplicados a estos productos se mantendrán fijos por un período de cinco años y luego disminuirán hasta que en 10 años estén libre de arancel.

4.3 Compromisos de libre comercio de mercancías remanufacturados acordados en el TLC AELC

El Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (TLC AELC) guarda el mismo esquema de acuerdo para liberalizar el comercio de mercancías re-manufacturadas.

El Anexo X del Tratado que establece las excepciones a los principios de trato nacional y a las restricciones a las importaciones establece en el numeral 1(c)

“1. Párrafos 1 y 2 de los Artículos 2.9 (Restricciones a la Importación y Exportación) y 2.11 (Trato Nacional) no se aplicarán a las siguientes medidas tomadas por Colombia:

(c) controles a la importación de mercancías, de conformidad con el Artículo 3 del Decreto 3803 de 2006, excepto los controles a las mercancías re-manufacturadas;”

Posteriormente el TLC AELC en el numeral 3 del Anexo X define cuáles bienes pueden ser considerados re-manufacturadas y establece que:

“Para efectos de este Anexo, el término “mercancías re-manufacturadas” significa mercancías industriales que han sido ensambladas en una Parte, a las que se hace referencia en el Apéndice a este Anexo y que:

- a. están total o parcialmente compuestas de partes que han sido obtenidas del desensamblaje de mercancías usadas;
- b. han sido procesadas, limpiadas, inspeccionadas, probadas o certificadas en la medida de lo necesario para asegurar que están en condiciones originales de trabajo; y
- c. tienen una expectativa de vida y una garantía similar a la de mercancías nuevas, cumplen con estándares similares de desempeño de una mercancía nueva, y están claramente identificados como mercancías re-manufacturadas.”

Y finalmente en el Apéndice del Anexo U, el TLC AELC enumera las subpartidas del Sistema Armonizado que pueden ser importadas a Colombia como productos re-manufacturados.

| | | | | | |
|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| 8411.11 | 8438.90 | 8443.16 | 8456.90 | 8515.90 | 9030.10 |
| 8411.12 | 8439.10 | 8443.17 | 8462.91 | 8802.11 | 9030.20 |
| 8411.21 | 8439.20 | 8443.19 | 8463.10 | 8802.12 | 9030.31 |
| 8411.22 | 8439.30 | 8443.31 | 8463.20 | 8802.20 | 9030.32 |
| 8411.81 | 8439.91 | 8443.32 | 8463.30 | 8802.30 | 9030.33 |
| 8411.82 | 8439.99 | 8443.39 | 8463.90 | 8802.40 | 9030.39 |
| 8411.91 | 8440.10 | 8443.91 | 8474.39 | 8802.60 | 9030.40 |
| 8411.99 | 8441.10 | 8443.99 | 8477.10 | 8901.10 | 9030.82 |
| 8412.90 | 8441.20 | 8445.11 | 8477.20 | 8901.20 | 9030.84 |
| 8413.70 | 8441.30 | 8445.12 | 8477.30 | 8901.90 | 9030.89 |
| 8422.30 | 8441.40 | 8445.40 | 8477.40 | 8902.00 | 9030.90 |
| 8422.40 | 8441.80 | 8445.90 | 8477.51 | 8903.92 | 9031.80 |
| 8422.90 | 8441.90 | 8446.10 | 8477.59 | 9015.10 | 9101.11 |
| 8425.39 | 8442.30 | 8446.30 | 8477.80 | 9015.20 | 9101.21 |
| 8428.20 | 8442.40 | 8451.40 | 8477.90 | 9015.30 | 9101.29 |
| 8428.39 | 8442.50 | 8451.50 | 8479.81 | 9015.40 | 9102.11 |
| 8428.90 | 8443.11 | 8451.80 | 8479.82 | 9018.12 | 9102.21 |
| 8437.80 | 8443.12 | 8451.90 | 8479.89 | 9022.19 | 9102.29 |
| 8437.90 | 8443.13 | 8456.10 | 8502.39 | 9027.30 | |
| 8438.10 | 8443.14 | 8456.20 | 8504.40 | 9027.80 | |
| 8438.20 | 8443.15 | 8456.30 | 8515.21 | 9027.90 | |

De manera expresa, el TLC AELC establece que la importación de estas mercancías re-manufacturadas no puede estar sometida a procedimientos de licencias no automáticas o medidas diferentes de las aplicadas a mercancías nuevas.

Es preciso resaltar que las mercancías re-manufacturadas identificadas anteriormente, no fueron objeto de un cronograma especial de desgravación. En consecuencia deberán estar sometidas al arancel acordado para la canasta respectiva de la partida arancelaria.

4.4 Compromisos de libre comercio de mercancías re-manufacturadas acordados en el TLC Corea del Sur

El Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, al igual que han hecho los otros tratados analizados, establece excepciones al principio de trato nacional para las mercancías de la otra parte, así se establece en el Artículo 2.2.3. Dicho artículo remite al Anexo 2.2 del Tratado para identificar las excepciones taxativas al principio de trato nacional y a la obligación de no establecer restricciones a la importación y a la exportación de mercancías.

El Anexo 2.2 en el literal c) establece que Colombia puede mantener los controles a la importación que se establecen en los artículos 3 y 6 del Decreto 3803 de 2006, no obstante indica que quedan excluidos de tal prerrogativa, los productos re-manufacturados. Es decir, que Colombia puede exigir licencia previa a la importación de mercancía usada, imperfecta, reparada, reconstruida, restaurada (refurbished), subestandar, y saldos de inventario, pero no podrá exigir licencia previa a la importación de productos re-manufacturados.

“ANEXO 2.2. TRATO NACIONAL Y RESTRICCIONES
A LA IMPORTACIÓN Y A LA EXPORTACIÓN

1. En el caso de Colombia, los Artículos 2.2 y 2.8 no se aplicarán a:

(...)

(c) Los controles a la importación de mercancías conforme a lo dispuesto en los Artículos 3 y 6 del Decreto 3803 de octubre de 2006, excepto para los productos re-manufacturados.

Ahora bien, es preciso analizar a la luz de este Tratado, cuáles son las mercancías re-manufacturadas sobre las cuales Colombia no podrá exigir licencia previa. El literal c) citado, contiene un pie de página que explica lo siguiente:

- 2 Las Partes consultarán con miras a resolver cualquier asunto relacionado con el comercio de mercancías re-manufacturadas después de la entrada en vigencia del presente Acuerdo, y se comprometen a tomar una decisión conjunta sobre la definición de las mercancías re-manufacturadas incluidas en el Anexo 2.2 en el Comité de Comercio de Mercancías que será establecido bajo el Artículo 2.16.»
(Resaltado fuera de texto)”

Así las cosas en el TLC con Corea, las partes no acordaron incluir en el texto del Tratado una definición bilateral para mercancía re-manufacturado sino que dejaron esta negociación para las reuniones que se realizarán en el Comité de Comercio de Mercancías. Esto implica que hasta tanto no exista esta definición bilateral, será potestad de Colombia determinar en su legislación interna lo que entiende por mercancía re-manufacturada. Como ya se dijo, nuestra legislación no define este concepto y esto hará que no sea exigible la aplicación de la obligación de permitir la libre importación a Colombia de productos re-manufacturados.

5. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS MERCANCÍAS REMANUFACTURADAS

5.1 Las mercancías re-manufacturadas deben estar clasificadas en una de las partidas arancelarias acordadas

En los tratados analizados anteriormente, a excepción del TLC con Corea del Sur, Colombia ha acordado que no exigirá control a la importación de mercancías re-manufacturadas que estén dentro de ciertas partidas arancelarias.

De ahí que si la mercancía re-manufacturada que se pretenda importar no está dentro de una de dichas partidas, entonces Colombia podrá exigirle controles a la importación, es decir, tendrá que solicitar licencia previa a su importación.

5.2 Las mercancías re-manufacturadas deben estar compuestas de mercancías recuperadas

La definición del TLC EEUU sobre mercancía re-manufacturada, así como la definición hallada en los otros TLCs, coinciden con que la mercancía tiene que estar compuesta total o parcialmente de mercancías recuperadas. El mismo TLC EEUU contiene una definición sobre el particular y establece que:

Mercancías recuperadas significa materiales en forma de partes individuales resultantes de:

- a. desensamblaje de mercancías usadas en partes individuales; y
- b. la limpieza, inspección, verificación u otros procesos según sean necesarios para regresar el material a su condición de funcionamiento normal;

El procedimiento para obtener un bien recuperado comprende en primera medida el desensamblaje que se realiza del bien usado para luego someterlo a ciertos procedimientos necesarios como su limpieza, inspección, o verificación, necesarios para devolverle el funcionamiento normal de la parte a ensamblar.

El TLC EEUU no estableció expresamente cuáles son los procedimientos que debe seguir el productor para devolver la pieza recuperada a su funcionamiento normal. De esta manera, se dejan abiertas las posibilidades de implementar cualquier procedimiento como el de limpieza, inspección, o verificación que lleven a recuperar el funcionamiento normal de la pieza.

Distinto es lo que sucede en el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, donde explícitamente se indica el procedimiento que debe adelantar el productor para poder elaborar productos con la característica de ser re-manufacturados. Establece que no solo se tendrá que realizar un desmonte y un proceso de limpieza, inspección o prueba de pieza, sino que además, deberán realizarse uno o más de los procedimientos señalados en el Tratado para lograr su final ensamble junto con las demás piezas listas para crear el producto re-manufacturado. Estos procedimientos precisos son: la soldadura, pulverización térmica, maquinado de superficies, moleteado, enchapado, enfundado y/o rebobinado.

Establece el artículo 4.28 del Tratado en mención:

Mercancías recuperadas significa determinadas mercancías industriales, ensambladas en el territorio de una Parte, designadas en el Anexo 4.18 que:

- a. estén íntegra o parcialmente compuestas de materiales correspondientes a mercancías recuperadas;
- b. tengan las mismas expectativas de vida y cumplan con las mismas normas de rendimiento que las mercancías nuevas; y
- c. tengan la misma garantía de fábrica que las mercancías nuevas.

Por mercancía recuperada el Tratado establece:

Mercancías recuperadas significa materiales en forma de partes individuales que son:

Resultado:

- a. del desmontaje completo de mercancías usadas, en sus piezas individuales; y
- b. de limpieza, inspección, prueba u otro procesamiento de esas partes en la medida que sea necesario para el logro de buenas condiciones de trabajo, uno o más de los siguientes procesos: soldadura, pulverización térmica, maquinado de superficies, moleteado, enchapado, enfundado y rebobinado con el fin de que esas piezas se ensamblen con otras, lo que incluye otras piezas recuperadas en la elaboración de una mercancía re-manufacturada del Anexo 4.18;

Por su parte el Anexo 4.18 dispone un listado taxativo de aquellas partidas que representan los productos re-manufacturados que pueden ser ingresados a territorio de una de las Partes sin necesitar de licencia previa.

Este anexo trae una salvedad y es acerca de las mercancías destinadas exclusivamente para uso en las mercancías automotrices de las partidas o

subpartidas 8702, 8703, 8704.21, 8704.31, 8704.32, 8706 y 8707 las cuales quedan exceptuadas de poder aplicárseles este régimen especial.

5.3 Las mercancías re-manufacturadas deben tener una expectativa de vida y una garantía de fábrica similares a la de una mercancía similar nueva

Las partes en los tratados no entraron a definir los términos de la garantía que debe ofrecerse al consumidor de las mercancías re-manufacturadas de ahí que corresponde a la legislación de cada país establecer las exigencias que se requieran sobre la garantía de una mercancía re-manufacturada. Solo se indica que debe ser similar a la garantía de una mercancía nueva.

Partiendo de la base de que en Colombia se exigirá que las mercancías re-manufacturadas tengan una garantía no similar, sino igual a la de una mercancía nueva, entonces es preciso hacer referencia a la Ley 1480 de 2011 que estableció el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor. Los artículos 7 al 17 consagran el régimen de las garantías.

La garantía está definida el artículo 7 como “aquella obligación a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.” Sobre el término de la garantía establece el Estatuto que será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente y si no existiera, entonces será el definido por el productor o proveedor. A falta de definición por parte de los productos o proveedor, el Estatuto indica que el término supletorio de la garantía se entenderá que es de un año para productos nuevos.

5.4 Las mercancías re-manufacturadas deben estar identificadas mediante etiquetado para protección del consumidor.

La obligación de etiquetar e identificar a una mercancía como producto re-manufacturado es un requisito que se adopta para proteger al consumidor. Por esta razón, la Ley 1480 de 2011, en consonancia con este propósito, previó en el artículo 15 que los productos re-manufacturados, entre otros, deben indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria establece el artículo en mención:

Artículo 15. Productos imperfectos, usados, reparados, re-manufacturados repotencializados o descontinuados. Cuando se ofrezcan en forma pública productos imperfectos, usados, reparados, re-manufacturados, repotencializados o descontinuados, se debe indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria, de acuerdo con las instrucciones que señale la Superintendencia de Industria y Comercio.

En desarrollo de esta norma y de otras atribuciones dadas por la Ley, El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo emitió la Resolución 497 de 2013 en virtud de la cual adopta un reglamento técnico de etiquetado de productos en circunstancias especiales entre los cuales, se encuentran los mercancías re-manufacturadas. El Reglamento Técnico entrará en vigencia desde el 20 de agosto de 2013.

La competencia para vigilar el cumplimiento del Reglamento Técnico está en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio. Ella deberá asegurar que en el mercado colombiano, los productos re-manufacturados estén debidamente etiquetados e identificados como tales.

6. MERCANCÍAS REMANUFACTURADAS FRENTE A MERCANCÍAS REPARADAS, NUEVAS Y USADAS

La re-manufactura como anteriormente se dijo, lleva un proceso de recuperación por parte de las partes usadas en otro producto que por cualquier razón ha perdido su uso. Posteriormente esas piezas pasan por un proceso de limpieza y adecuación para proceder a dejarlas de nuevo en perfecto estado. Por último se tiene el ensamblaje de todas y cada una de las piezas que van a conformar el producto final. La re-manufactura conlleva en sí un proceso de reestructuración de las piezas usadas que aún conservan su estado natural de creación, es decir, conservan un óptimo estado el desempeño por el cual fueron creados para mezclarlas con piezas nuevas y formar un producto final con características únicas, y con una vida útil y garantía similar a la de un producto usado.

6.1 Mercancías reparadas

En la reparación de un bien encontramos que pueden incorporarse tanto productos nuevos como usados, sin embargo, tal incorporación no hace que el bien pierda su identidad original. Todo lo contrario sucede con un bien remanufacturado ya que al crearlo se da vida a una nueva identidad de objeto, con partes que presentan buen funcionamiento y vida útil similar o igual a la de un bien nuevo.

6.2 Mercancías nuevas y usadas

Los bienes o piezas nuevas, por su parte, son aquellas mercancías en donde cada una de sus piezas ha sido elaborada a base de materia prima sin utilizar, está intacta y lista para ser procesada y dar forma o vida a un bien, cualquiera que vaya a ser su uso en el mercado. Los bienes usados son, al contrario, aquellos productos que presentan un desgaste o uso en la



implementación de su fin por el cual fueron elaborados. No puede entonces, equipararse a un bien re-manufacturado por múltiples razones siendo la más importante, la vida útil del producto final, la garantía y el buen funcionamiento que pueden garantizar unos y otros.

Los productos re-manufacturados son equiparables con bienes nuevos al tener una garantía y vida útil similar a éstos sin importar que en su elaboración se hayan utilizado piezas que fueron extraídas de otros bienes ya puestos en uso.

7. CONCLUSIONES

La conveniencia de permitir la libre importación de productos re-manufacturados a Colombia en los términos y condiciones explicados en este artículo, depende solo del interés de aprovechar la apertura que genera el libre comercio. De ahí que, estos compromisos pueden ser vistos como amenazas si la mentalidad es pasiva y reactiva o por el contrario, puede ser una gran oportunidad de crecimiento si se toma la decisión de explotar un mercado naciente como es la industria de los productos re-manufacturados.

En mi opinión, creo que solo hay cabida para tener visión positiva y proactiva y considerar que hay oportunidades de crecer y beneficiarse de la posibilidad de llegar con productos re-manufacturados en Colombia a otros destinos.

No obstante, la apertura genera grandes desafíos que exigirán por una parte, suplir vacíos jurídicos que hoy existen frente a los productos re-manufacturados en Colombia. Y en segundo lugar, estos compromisos internacionales exigirán que en Colombia tengamos instituciones fuertes y capaces de ejercer control y vigilancia estricta sobre la importación, producción y comercialización de productos re-manufacturados. Sin la fortaleza de estas instituciones, los esfuerzos para crear nuevos mercados, tienen posibilidades de fracasar.

EL COMERCIO INTERNACIONAL de mercaderías y las nuevas regulaciones a la importación en Argentina

*Juan Patricio Cotter**

Resumen

Frente a la necesidad de la protección de la industria nacional argentina y la tutela de la balanza de pagos de ese país, el autor analiza las distintas medidas que se han impuesto y la adecuación de estas a los principios constitucionales y a los acuerdos internacionales suscritos por la Argentina. Temas como el otorgamiento de licencias calificadas como automáticas y la imprevisibilidad instalada respecto de su otorgamiento, las restricciones directas, establecidas por vías de hecho, esto es sin norma legal que las sustentara, o la exigencia de una Declaración jurada anticipada de importación (DJAI) para las importaciones definitivas, cualquiera fuere la mercadería, son objeto de análisis por el autor en este artículo.

Palabras clave: Licencias de Importación, Declaración Anticipada, Acuerdo sobre Licencias de Importación, Valor en aduana, Barreras para arancelarias, Artículo XI del GATT.

Abstract

In front of the need of the Argentina's national industry protection and the balance payments guardianship of that country, the author analyzes the different measures that have been imposed and the appropriateness of these to the constitutional principles and international agreements signed by Argentina.

Topics like the licensing qualified as automatic and installed unpredictability respect of grant, the direct restrictions, established by fact routes, this is not legal standard that substantiate, or the requirement of an import advance Affidavit (DJAI) for permanent imports, whatever the goods, are analyzed by the author in this article.

Key words: Import Licensing, Early Declaration, Agreement on Import Licensing, Customs value, Tariff barriers, Article XI of the GATT.

* Abogado.

1. INTROITO

1. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Este principio rector de las libertades individuales se encuentra previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina. Garantiza a los ciudadanos la libertad para realizar cuantos actos lícitos no se encuentran prohibidos por ley. Sin perjuicio de la claridad de este precepto constitucional, en la argentina de estos días no todos los administrados se encuentran en condiciones de importar libremente los productos que la ley admite importar. El comercio internacional se encuentra regulado, intervenido, incluso enmarañado y, en algunos casos, resulta complejo determinar las normas que regulan esta intervención.
2. Primero fue el turno de las licencias de importación¹⁶ que, impuestas a efectos de analizar los flujos comerciales de ciertos productos, se transformaron, en algunos casos, en virtuales restricciones a la importación de ciertas mercaderías. Las demoras en el otorgamiento de licencias calificadas como automáticas y la imprevisibilidad instalada respecto de su otorgamiento, se tradujeron en pérdidas económicas para muchos administrados, que se vieron imposibilitados de importar sus productos o, en su caso, de importarlos en los tiempos comprometidos.

16 En honor a la verdad, antes fue el turno de los controles del valor en aduana de las mercaderías de importación implementados a partir de los "valores criterio", establecidos en el año 1995 y actualmente vigente por las Resoluciones Generales AFIP 1907 y 1908. En estos supuestos, los importadores que declaran valores inferiores a estos "valores criterios", deben constituir una garantía dineraria por la diferencia tributaria existente para poder librar a plaza las mercaderías y luego presentar elementos respaldatorios del valor de importación documentado. Además, en estos supuestos, pierden determinados beneficios tributarios. El "valor criterio", también nace como un esquema de control de valor razonable y permitido por el GATT, pero luego, a partir de su implementación, en muchos supuestos, se transforma en una verdadera medida restrictiva. Nos hemos ocupado de este tema en la ponencia titulada "El control de valor en aduana y los valores criterio", presentada en las II Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero, realizadas por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales durante los días 11, 12 y 13 de agosto de 2009, en la ciudad de Buenos Aires en el Tema II, "Problemas actuales de la Valoración Aduanera", cuyo trabajos y conclusiones fueran publicados por Errepar, Buenos Aires, 2009. Las medidas luego se profundizaron en el año 2007 a partir de la implementación de los análisis de riesgo en materia de valoración de importación que surgieron a partir de la Nota Externa N° 55/2007 y luego siguieron con las Notas Externas N° 57/2007 y 60/2007, entre otras, que crearon las "Alertas Destinaciones Oficializadas" (ADO). Estas medidas, profundizadas en el año 2011, suponen en muchos casos la detención de los despachos aduaneros hasta tanto el importador aporte cierta documentación complementaria.

3. Luego fue el turno de las restricciones directas, establecidas por vías de hecho, esto es sin norma legal que las sustentara. Las trabas a la importación de productos de la línea blanca y la reciente restricción a los libros, son sólo dos ejemplos. En estos y otros casos, no hay norma escrita que determine la prohibición de importación, pero la liberación a plaza de estas mercaderías no resulta posible, incluso con la declaración de importación presentada y los derechos aduaneros abonados.
4. A su turno se estableció la exigencia de una Declaración jurada anticipada de importación (DJAI) para las importaciones definitivas, cualquiera fuere la mercadería. Declaración jurada previa y obligatoria, que se enmarca en el contexto general de autorizaciones e intervenciones previas.
5. Asimismo, recientemente se ha establecido un nuevo procedimiento de control aduanero realizado por un equipo multidisciplinario de verificación, valoración e inspección, que comenzaron a funcionar en el mes de abril del año pasado.
6. La finalidad de las medidas recientemente implementadas es la protección de la industria nacional y la tutela de la balanza de pagos de nuestro país. Anticipamos que coincidimos con la importancia de los fines perseguidos. Sin embargo, en estas líneas nos proponemos reflexionar en torno a las medidas utilizadas para tal fin y su adecuación a los principios constitucionales y a los acuerdos internacionales que nuestro país ha suscripto.

2. LAS LICENCIAS

1. Como fuera anticipado, en los últimos años hemos observado como política de Estado de la Argentina, la imposición de licencias de importación a una importante cantidad de mercaderías.¹⁷

17 Nos hemos referido a las licencias en la Mesa Redonda "Las restricciones al comercio internacional en el nuevo escenario económico", realizada en el marco de las II Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero realizadas por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, los días 11, 12 y 13 de agosto de 2009, en la ciudad de Buenos Aires, oportunidad en la cual hemos presentado el trabajo "Las restricciones al comercio internacional. Breves reflexiones en relación con los certificados de importación". Los certificados de importación", publicado conjuntamente con las conclusiones de las jornadas por Errepar, Buenos Aires, 2009. Luego también nos hemos ocupado del tema en "Licencias de importación", publicado en la Revista Foro de Comercio Exterior, agosto 2009 y en "Las restricciones al comercio internacional", publicado en la Revista de Aduanas y Comercio Exterior, mayo 2011, Montevideo, Uruguay, ps. 10/22.

Al implementarse las primeras certificaciones para los juguetes y el calzado, Halperín nos anticipaba ya hace algunos años que resultaba posible que, siguiendo una orientación proteccionista, “sus autores hayan pergeñado estas resoluciones ministeriales como globos de ensayo”.¹⁸

2. El tiempo le dio la razón. En estos años en la Argentina se han ido estableciendo certificados de importación para la importación de calzado (CIC), para la importación de partes de calzado (CIPC), para la importación de papel (CIP), para la importación de pelotas de fútbol (CIP), para la importación de bicicletas (CIB), para la importación de artículos para el hogar (CIAH), para la importación de neumáticos (CIN), para la importación de motocicletas (CIM), para la importación de juguetes (CIJ), para determinados productos metalúrgicos (CIPM), para la importación de productos textiles (CIPT), para la importación de cubiertas y cámaras neumáticas de bicicletas (CICCNB), certificado de importación para hilados y tejidos (CIHT), certificados de importación de manufacturas diversas (CIMD), para la importación de tornillos y afines (CITA) y también para la importación de diversos productos, en cuyo caso el certificado exigido es el certificado de importación de productos varios (CIPV), entre otros.
3. Los fundamentos jurídicos que se invocan para justificar las medidas son los “cambios significativos en los flujos de comercio en determinados productos de la Nomenclatura Común del MERCOSUR, cuyo comportamiento resulta conveniente evaluar”.¹⁹
4. Las licencias de importación se encuentran regladas en Acuerdo sobre Procedimientos para el trámite de Licencias de Importación.²⁰ Constituyen un medio eficaz a los efectos de realizar un control estadístico sobre un determinado producto que se otorga sin condición alguna (Licencia automática) o a efectos de hacer efectiva una restricción encuadrada en el sistema de la OMC (Licencia no automática).
5. Es claro que, en atención a la existencia de un Acuerdo internacional que regula el régimen de licencias y su ratificación y aprobación

18 Halperín, Marcelo: “Nuevos frentes de conflicto: las aparentes licencias de importación de juguetes y calzado”, Guía Práctica N° 29, 21/10/2005, ps. 2/4.

19 Fundamento consignado en los considerandos de las resoluciones.

20 Uno de los Acuerdos del GATT incorporado a nuestra legislación interna por ley 24.425

por parte de un país, los certificados de importación que un país establece deben ajustarse a aquel régimen. En caso contrario, su ilegalidad sería manifiesta, por violatoria del principio de jerarquía legal. Como primera medida, deben dictarse teniendo en cuenta el fin con el cual fueron creados como instrumentos jurídicos reguladores del comercio internacional. Esto es a fines de realizar un estudio estadístico (licencias automáticas) o a los fines de administrar una medida restrictiva establecida en el marco del sistema de otro Acuerdo del GATT-OMC. Las licencias no deben constituir una traba en sí mismas y no deben tener efectos restrictivos sobre las importaciones.

6. La aplicación indiscriminada de licencias para numerosos productos, a fines estadísticos, ha generado serios inconvenientes en la argentina y evidencia, en cierto punto, que la finalidad perseguida con su implementación se encuentra desvirtuada. La gran cantidad de licencias establecidas en los últimos tiempos, ha tornado de difícil cumplimiento los plazos máximo de otorgamiento establecidos por el Acuerdo, a la vez que impide que el Estado pueda realmente controlar y fiscalizar el flujo de ingreso de estos productos.
7. Consecuentemente, si bien en los considerados de las resoluciones que imponen las licencias se presentan como certificaciones previas que se requieren para analizar el flujo de las importaciones de los productos involucrados, lo cierto es que, en algunos casos, las licencias se han ido transformando en verdaderas trabas a la importación. Insistimos, las licencias no pueden ni deben establecerse como medidas restrictivas al comercio internacional de mercaderías, aun en casos de crisis económicas o incluso de ingresos desmedidos de determinados productos. No fueron regladas a ese efecto. A ese efecto la OMC ha reglado otros instrumentos legales. (v.g.r. Salvaguardias)
8. En el marco del conocimiento preliminar y limitado que admite una medida cautelar, la jurisprudencia federal se ha manifestado de manera contundente, en contra de la demora producida en la entrega de las Licencias.²¹

21 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala III, 15.02.07, "Luxor Company SRL". Señalando que "La exigencia de la tramitación de un certificado adicional de importación de juguetes como recaudo para el libramiento de la mercadería a plaza aparece, en principio, como arbitraria e irrazonable, en tanto no se observa justificación de hecho o de derecho para supeditar dicho ingreso al libramiento del certificado

9. Se ha señalado que “a simple vista se advierte que las resoluciones se encuentran más dirigidas a valorar el comportamiento del flujo comercial que a determinar normas de seguridad en la importación del calzado. Que por lo tanto, dejar sujeta la liberación de la mercadería importada por la actora, al cumplimiento del requisito exigido por las citadas resoluciones...comportaría un perjuicio de mayor magnitud y de difícil reparación ulterior para la actora, frente al que podría ocasionarse al Estado Nacional en la medida que la restricción impuestas en las citadas resoluciones no resulta ser de naturaleza económica o tributaria”.²²
10. Sin embargo, recientemente la Corte Suprema²³ ha convalidado las licencias en un polémico fallo en el cual hace suya la opinión legal de la Procuración General de la Nación. En el limitado análisis que permite una medida cautelar, la Corte consideró que las medidas implementadas no aparecían como manifiestamente inconstitucionales.

3. LAS PROHIBICIONES DE HECHO

1. También recientemente la Aduana argentina ha establecido, para ciertas mercaderías, una virtual prohibición de importación, sin la existencia de norma escrita que justifique la medida. En efecto, a más de las licencias establecidas como requisitos previos a la importación de varios productos, en ocasiones se ha dispuesto una virtual prohibición de importación, al no admitirse el ingreso a plaza de cierta mercadería. Ello así aun en casos en los cuales el importador ha presentado el correspondiente despacho de importación, ha liquidado y pagado los tributos aduaneros y ha cumplido con todos los trámites operativos correspondientes a una importación. Cabe aquí recordar los inconvenientes que han tenido los productos de línea blanca y los libros para ser ingresados a plaza.

previsto en la norma... y considerando que los datos solicitados en la resolución impugnada pueden ser obtenidos en igual modo verificando el despacho de importación...Por tales motivos, los recaudos establecidos en la resolución 485/05 se erigen preliminarmente como una barrera para-arancelaria que provoca una restricción, cuando menos temporal, a la importación de determinados artículos, viciando así la finalidad del acto, que persigue la obtención de información sobre flujos de importación del sector”

22 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala V, 08.04.09, “Wal Mart”.

23 Corte Suprema, 04.09.12, “El Brujo SRL”.

2. Como característica notoria de esta prohibición de importación podemos destacar que no está sustentada en un acto administrativo fundado que motive la medida. No existe, en estos casos, determinación escrita que ampare la prohibición. Tampoco existe una norma legal que la justifique. Simplemente aparece como justificativo –en los medios periodísticos- la loable intención de protección de la industria nacional. La medida aparece entonces como una medida disuasoria de las importaciones de ciertos productos de ciertos sectores económicos. Se pretende disuadir a los importadores de comprar sus productos en el exterior, a fin de que opten por comprar productos sustitutivos de origen nacional, con la finalidad de propender a la protección de la industria nacional y el superávit de la balanza comercial.
3. La vía de hecho o la voie de fait como institución dogmática del derecho administrativo nace en Francia, como una regla de atribución y delimitación de competencia de la denominada jurisdicción administrativa. Nace en el derecho francés para justificar la competencia excepcional de los tribunales judiciales para juzgar a la administración. Se constituyeron como un coto del Consejo de Estado Francés y con el ánimo de llevar a la administración a los estrados judiciales, en los casos de graves irregularidades.²⁴
4. En un Estado de Derecho, el principio de legalidad o juridicidad preside todo el accionar de la administración, pues ésta se encuentra sometida al ordenamiento jurídico y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de las normas. Siguiendo a García de Enterría podemos señalar que “opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima”²⁵
5. Cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho, definida como “la viola-

24 Mairal, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en Estudios de Derecho Administrativo II, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.

25 García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 10ª edición, 2001, Tomo I, p. 440

ción del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública".^{26,27}

6. La acción del Estado de impedir el ingreso de ciertas mercaderías cuando no existe norma legal alguna que justifique este accionar, configura un comportamiento material de la administración lesivo de derechos y garantías constitucionales de aquellos importadores que se ven impedidos de importar productos o insumos a nuestro país para luego industrializar o comercializar estos productos, según fueren insumos o productos finales. La medida analizada violenta la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Y esta prohibición lesiona la garantía constitucional de ejercer industria lícita y comerciar de los administrados que legítimamente quieren importar mercaderías como insumos de sus propias producciones nacionales o para comercializar directamente.

4. LAS DJAI

1. Mediante la Resolución General AFIP 3252/2012, la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina ha establecido que todos los sujetos importadores que se encuentren inscriptos en los registros especiales aduaneros, deberán solicitar una autorización previa a la AFIP, antes de preceder al registro de una importación definitiva e incluso con anterioridad a la emisión de la Nota de Pedido, Orden de Compra o documento similar utilizado para concretar las operaciones de compras en el exterior.
2. Esta autorización previa denominada "Declaración jurada anticipada de importación" (DJAI), debe ser peticionada ante la AFIP, por intermedio de su página WEB, como paso primerísimo a la com-

26 Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Tomo II, p. 213; Escola, Héctor Jorge, "Tratado General de Procedimiento Administrativo", Ed. Depalma, 1975, p. 120.

27 En relación a este particular, la jurisprudencia ha señalado que "a efectos de la configuración de las llamadas 'vías de hecho de la Administración', ésta debe comportarse de modo tal que su obrar material traiga aparejado la restricción o el cercenamiento de algún derecho o garantía constitucional, situación que genera como efecto primordial la ilicitud de dicho obrar administrativo. Ello puede derivar de la discordancia indudable entre el acto administrativo particular dictado y su ejecución material (puesta en práctica), de las modalidades de ejecución, o de la inexistencia de decisión administrativa Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 12/12/95, "Fernández Concepción y otros".

pra de un producto extranjero. Esto es, antes de concretar una compra en el exterior, debe obtenerse esta autorización.

3. Según los considerandos de la medida, su implementación obedecería a la necesidad que tendría el estado nacional de contar anticipadamente con la información del comercio internacional para asegurar y facilitar el comercio mundial. De acuerdo a lo indicado en los considerandos, esta información resultaría fundamental para el fortalecimiento de la Aduana, todo ello –según sostiene– en el marco de los lineamientos establecidos por la Organización Mundial de Aduanas (OMA).
4. Esta declaración jurada, se encuentra sujeta al pronunciamiento de distintos organismos y dependencias del estado nacional, en un determinada lapso dentro del cual podrán formular “observaciones” que deberán ser regularizadas por los importadores para su posterior autorización. No está claro el tipo de observaciones que podrían oponer los distintos “organismos”.
5. Se constituye como un trámite previo e ineludible, a punto tal que al momento de presentar un despacho de importación ante la Aduana, resultará fundamental contar con el número de declaración. Sin este dato, el despacho no podrá ser registrado en el Sistema Informático María. Asimismo, si la mercadería luego requiriere una licencia para su importación, el trámite de licencia no podrá iniciarse sin haberse obtenido la DJAI.
6. Los datos que deberán consignarse al solicitar una DJAI son el CUIT del importador, su razón social, el CUIT del despachante, la divisa de compra, la descripción de la mercadería, el precio unitario de la mercadería, su valor FOB total, la posición arancelaria de la mercadería en el Sistema Informático María, la unidad de medida de comercialización, la cantidad, el país de origen, el país de procedencia y el Inconterms acordado. Existe una tolerancia en el FOB de un 5% en más o en menos permitido y un 5% en menos en cantidad. Cabe notar que resulta curioso el nivel de información peticionado, siendo que el importador aún no ha emitido una orden de compra, lo que supone que las condiciones comerciales aún no han sido concertadas.
7. Esta DJAI tendrá una validez de 180 días corridos con opción a prórroga, desde su otorgamiento. No es transferible y su aprobación o rechazo se comunicará al importador y al despachante por e-ventanilla y en la consulta de Mis Operaciones Aduaneras del

sitio web de la AFIP. La norma establece que la validación de una DJAI no deberá superar el plazo de 10 días a contar desde su solicitud. La AFIP considera que pueden aprobar la integración de la misma en entre 48 y 72 hrs. pero los Organismos adherentes podrían, si la gestión prospera demorar hasta 10 días corridos. Al vencimiento de dicho plazo si no hay observaciones se dará por aprobada.

8. En definitiva, se ha establecido un nuevo requisito previo para las destinaciones definitivas de importación de la argentina, que ha generado un temor generalizado en los actores del comercio internacional, visto la activa participación de la Secretaría de Comercio Interior en el monitoreo de estas declaraciones previas.
9. Hasta el presente cabe destacar que la medida ha tenido un trámite adecuado por parte de la Aduana argentina, siendo luego no tan sencilla su tramitación cuando quien debe opinar es la Secretaría de Comercio Interior. Allí muchas peticiones aparecen “Observadas”. Lo curioso es que en el sitio informático donde corresponde seguir la actuación, no se especifican los motivos de la observación. De más esta decir que esta “observación” paraliza la tramitación de la DJAI y consecuentemente paraliza la compra para su posterior importación de la mercadería.
10. El estado “observado” del trámite de la DJAI, consignado por la Secretaría, sin la menor fundamentación, resulta ciertamente objetable. Ello violenta el art. 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que obliga a los funcionarios a fundar y motivar los actos administrativos.
11. Por otra parte, esta observación que demora sine die el trámite se transforma en una verdadera restricción de importación. Llegado a este punto resulta oportuno destacar que la DJAI es una verdadera licencia de importación, visto que es una solicitud previa y necesaria a la importación.²⁸

²⁸ El procedimiento para las licencias ha sido reglado en uno de los acuerdos del GATT-OMC, acuerdos que nuestro país ha ratificado y luego aprobado por ley 24.425. El art. 2 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (ley 24.425), establece que “Se entiende por trámite de licencias de importación el procedimiento administrativo utilizado para la aplicación de los regímenes de licencias de importación que requieren la presentación de una solicitud u otra documentación (distinta de las necesaria a efectos aduaneros) al órgano administrativo pertinente, como condición previa para efectuar la importación en el territorio aduanero”.

12. El sistema de declaración jurada anticipada (DJAI) no tiene como objetivo en sí mismo imponer restricciones al comercio internacional ni tampoco administrar una medida restrictiva autorizada por el GATT antes establecida. Ello es evidente, dado que mal podría nuestra nación imponer una restricción cuantitativa masivamente para todo el universo de mercaderías (recordemos aquí que las DJAI se aplican a todas las importaciones definitivas), puesto que ello violentaría los cimientos del GATT. La medida –como lo sostienen sus considerandos– pretende generar un sistema de anticipación de información para facilitar el control aduanero. Por lo tanto, las DJAI deben entenderse como licencias automáticas y consecuentemente, no deben constituir una traba en sí mismas y ni tampoco deben tener efectos restrictivos sobre las importaciones. Su otorgamiento debe ser automático y no deben constituir en sí mismas una medida de restricción al comercio.
13. De allí que las DJAI cuyo trámite se encontrare “observado” sin mayores explicitaciones por la Secretaría de Comercio Interior, por tiempo indeterminado, se transforman en una barrera para arancelaria, que se opone a los propios fines para los cuales han sido establecidas. Bien administrada, puede resultar un instrumento de anticipación de información pero la “observación” infundada que demora sin die las operaciones, restringe el comercio sin mayores fundamentos y violenta los principios que inspiraron el GATT, muy especialmente el párrafo 1 del art. XI del GATT 94.

5. EL NUEVO CONTROL MULTIDISCIPLINARIO

1. Mediante Resolución General 3304/12, la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina, aprobó un nuevo procedimiento de control físico y de valor que se llevará a cabo en el curso de las destinaciones de importación, especialmente seleccionadas. Para llevar adelante este nuevo control se han establecido nuevos equipos multidisciplinarios de Verificación, Valoración e Inspección de Control (denominados EMVIC). Esos equipos están integrados por verificadores, valoradores e inspectores y tendrán a su cargo el control conjunto y concurrente de la verificación física, el control documental y de valor de las destinaciones alcanzadas.
2. En la misma disposición se estableció el mecanismo de selección de las destinaciones que serán objeto de control, por parte del área de fiscalización, fijando entre otros parámetros: i) un

análisis integral de la Declaración Jurada Anticipada de Importación; ii) un análisis sobre la migración de Posiciones Arancelarias en las Declaraciones Aduaneras, en función de los distintos requerimientos que se han establecido para las mismas; iii) los antecedentes objetivos de precios de mercadería idénticas o similares; iv) los perfiles de riesgo generados por la Subdirección General de Control Aduanero; v) datos adicionales que amerite el análisis de valor.

3. Los funcionarios designados, tendrán que desempeñar sus funciones de control en forma coordinada, en la fiscalización relacionada al análisis preliminar del valor y de la correcta clasificación de las mercaderías. A ese efecto, con carácter previo a la liberación de la mercadería se extraerán muestras para su posterior remisión al laboratorio de la Aduana (ITEM), también se procederá a sacar fotografías de las mercaderías. Mientras se procede a realizar el análisis que resulte necesario, el despacho estará suspendido. Ello supone, entonces, que mientras el laboratorio analiza la muestra enviada la mercadería no podrá ser librada a plaza.
4. Consideramos que la medida de control dispuesta, en tanto y en cuanto suspende el curso del despacho, resulta ciertamente polémica. En principio, toda medida que tienda a perfeccionar el control así como toda disposición que mejore la aplicación de los recursos del estado para el logro de sus objetivos y funciones, en el caso la fiscalización del régimen de restricciones y la adecuada tutela de la renta fiscal asociada al comercio exterior, debe ser propiciada y aplaudida.
5. Sin embargo, este control debe ser ejercitado de manera razonable. Y la razonabilidad de la medida de control se asegura cuando la medida implementada es adecuada y tiene relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida. De allí que esta medida de control implementada resultaría adecuada, si su implementación operativa estuviera dirigida a determinadas operaciones en las cuales existieran dudas fundadas en la administración en orden a la legitimidad de la operación. Esto es, el control riguroso, previo al libramiento, que incluya la extracción de fotografías para su análisis y la extracción de muestras para su análisis técnico por parte del laboratorio, resulta justificado en casos puntuales, definidos como tales en función de los perfiles de riesgo antes determinados. Esto es cuando existieren dudas concretas, sustentadas en los perfiles de riesgo.

6. Sin embargo, la aplicación indiscriminada de esta medida supondría un control excesivo que atentaría contra los principios constitucionales de libertad de comercio y ejercicio de las actividades lícitas, de comerciar, de usar y disponer la propiedad, entre otras, previstas en los arts. 14 y 28 de la Constitución argentina. También violentaría las previsiones del GATT.
7. La aplicación infundada de la medida podría oponerse al Artículo III del Acuerdo, que establece que los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.
8. También se opondría al Artículo VIII del Acuerdo, en cuyo punto c) se establece “la necesidad de reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y la exportación”.
9. Además, la detención del despacho por cuestiones clasificatorias o de valoración, que no involucren una eventual prohibición, también atentaría contra el Artículo VII del Acuerdo (Acuerdo de Valor), en cuyo artículo 13 se establece claramente que “Si en el curso de la determinación del valor en aduana de las mercaderías importadas resultase necesario demorar la determinación definitiva de ese valor, el importador de las mercaderías podrá no obstante retirarlas de la Aduana si, cuando así se lo exija, presta una garantía suficiente...”.
10. En definitiva, la medida analizada, pretende mejorar el control y hace especial referencia al control de la clasificación y valoración de las mercaderías. Consecuentemente, resulta ciertamente objetable la suspensión del curso del despacho mientras el laboratorio de la Aduana realiza el análisis técnico de la mercadería, siendo que ello podrá insumir varios días y considerando que el GATT autoriza el libramiento bajo el régimen de garantía. Cabe aquí destacar que el libramiento bajo el régimen de garantía también se encuentra contemplado en el Código Aduanero (ley 22.415) en el art. 453 y concordantes.



6. LA CRISIS INTERNACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

1. El mundo se encuentra inmerso en una crisis de significativa importancia y ello ha generado un estancamiento de las economías de las principales naciones del mundo. La crisis ha atacado el consumo y existe una sobre-oferta de ciertos productos en el mundo. Esto justifica el aumento de los controles y la acción decidida de los gobiernos en pos de la tutela de las industrias locales y las balanzas de pagos.
2. En el caso de Argentina, de manera gradual pero constante, se comenzaron a observar indicios de desaceleración en la economía, caídas en los niveles de inversión productiva y dolarización de los portafolios de inversión.
3. En este contexto de crisis económica, el comercio internacional ilegal aumenta y resulta indudable que los países deben extremar los recaudos para controlar el comercio internacional de mercaderías, analizar los nuevos flujos comerciales e investigar los que resultaren sospechosos.²⁹ Las mercancías buscan puertos con controles relajados. Y desgraciadamente, nuestras latitudes suelen ser puertos propicios para mercadería de descarte o sub-valorada.
4. Obviamente, la acción decidida del Estado es necesaria. A nadie escapa que en épocas tormentosas es cuanto más se requiere la mirada atenta y la actuación diligente y mesurada de los gobernantes. Sin embargo, este control estatal necesario debe ajustarse al marco legal aplicable. El Estado y sus funcionarios, son los primeros obligados al cumplimiento y respeto del marco legal aplicable.

7. LAS CRISIS INTERNACIONALES. LAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS POR NUESTRO PAÍS Y SU ADECUACIÓN A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, LAS LEYES INTERNAS Y LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

1. La aplicación sistemática de licencias en la Argentina, violenta seriamente el decreto de desregulación (DNU) 2284/91, ratificado por la ley 24.307, que suprimió las restricciones cuantitativas a la importación y dejó sin efecto las autorizaciones o cualquier acto administrativo previo a la intervención aduanera.

²⁹ Ej. Dumping, subfacturación, fraude marcario, etc.

2. También corresponde tener presente que, además de violentar normas internas, las licencias, en la forma en la cual han sido establecidas y en los casos de demoras injustificadas, se oponen a disposiciones previstas en tratados internacionales. Y, en relación a este punto, es importante recordar que en la Argentina se ha superado la vieja disputa entre la tesis monista y la tesis dualista, relacionada con los conflictos de normas internas con las normas internacionales y su adecuada aplicación. Primero, a partir de la solución jurisprudencial brindada por la Corte Suprema³⁰ y luego a partir de la reforma constitucional. Con la reforma del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, quedó definitiva y plenamente receptado el principio de la supremacía de los Tratados Internacionales en un eventual conflicto con cualquier norma de derecho interno que resultare contraria, aunque ésta fuere posterior.
3. Lo mismo cabe señalar en relación a las DJAI “observadas” por la Secretaría sin fundamentación. Esta declaración de información previa se transforma, de esta manera, en una prohibición de importación, contraria a la Constitución y a los Acuerdos internacionales detallados.
4. La acción del Estado además de respetar los principios constitucionales y las normas internas de nuestra patria, debe adecuarse necesariamente a los principios tutelados en los Acuerdos Internacionales suscriptos. Particularmente, corresponde tener presente que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, nuestro país ha ido acordado pautas generales que regulan el comercio internacional de mercaderías, principios y acuerdos marco a los cuales los países suscriptores deben adecuar su accionar.³¹
5. A más de ello, debemos tener presente que el adecuado análisis de las medidas de control que pudiera establecer la Argentina, debe considerar especialmente los pasos decididos que se han dado en su integración con los hermanos países de Brasil, Uruguay y Paraguay,

30 Fallos “Ekmekdjian” (LL-1992-C-543); “Café la Virginia” (LL-1995-D-277); “Fibraca” (Fallos 316:1669); entre otros. En estos pronunciamientos judiciales, la Corte Suprema, aun antes de la reforma constitucional de 1994, resolvió que una norma interna posterior no podía derogar un Tratado Internacional.

31 Los Acuerdos del GATT y particularmente el Acta Final en que se Incorporaron los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales. Las Decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio y sus anexos, suscriptos en el año 1994 y que nuestro país aprobó por ley 24.425 (BO 5.1.1995).

en el Marco del Tratado de Asunción,³² dando origen al MERCOSUR. Allí también se han fijado pautas generales relativas a la liberación del comercio intrazonal que deben ser consideradas y respetadas. Cualquier norma de control al comercio internacional que dicte nuestro país, de espaldas a los principios y garantías tuteladas por el Tratado de Asunción, sería claramente censurable.

6. Consecuentemente, así como consideramos necesaria la acción decidida y enérgica del Estado para salvaguardar el interés de los ciudadanos y especialmente de nuestra industria nacional, aun en épocas de crisis, esta acción decidida deberá tener presente que existen posiciones y políticas marco que la Argentina se ha comprometido respetar al suscribir los Acuerdos del GATT y el Tratado de Asunción. Cualquier curso de acción que violente estos acuerdos, se opone al principio de jerarquía de normas que tutela la Constitución Nacional de la Argentina y violenta además la Convención de Viena de los Tratados.

8. EL GATT Y LA ELIMINACIÓN GENERAL DE LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

1. Es oportuno tener presente que hasta la primera guerra mundial la regulación del comercio internacional de mercaderías se ejercía mayormente a través de los aranceles aduaneros. En general, las restricciones directas eran establecidas por razones de salubridad, seguridad, moralidad, etc. Luego los métodos de regulación se hicieron más complejos y elaborados. Se recurrió a la regulación monetaria, el control de pagos y se amplió el horizonte de las restricciones directas, mediante la utilización de regímenes de licencias o cupos.³³
2. Luego, el comercio internacional de mercaderías comenzó a disciplinarse, a partir de 1947, con el establecimiento de reglas básicas que fueron establecidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y el Comercio (GATT). Estas reglas y principios, obligan hoy a los Estados miembros de la OMC, al pleno respeto de ciertos compromisos económicos, financieros, cambiarios y tributarios. Obliga al respeto

³² Tratado inscripto en el marco de la ALADI como Acuerdo de Complementación Económica N° 18.

³³ Gual Villalbi, Pedro: "Teoría y técnica de la política aduanera y de los tratados de comercio", Juventud SA, Barcelona, 1943, T° I, p. 459.

de los métodos de control directo de las importaciones y las exportaciones acordados en ese marco.³⁴

3. La comunidad de las naciones miembros de la OMC condena las restricciones directas a las importaciones y exportaciones. Este principio se halla consagrado en el Artículo XI, titulado Eliminación general de las restricciones cuantitativas, que en su párr. 1 dispone: "Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá- aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas".
5. La prohibición establecida por el Acuerdo, alcanza tanto a las restricciones económicas a la importación como a la exportación y comprende tanto las medidas que expresamente o directamente establezcan la restricción como aquellas que indirectamente o de hecho la impongan.
6. Consecuentemente, las naciones que han suscripto el Acuerdo -y la argentina es uno de ellos- se encuentran inhibidas de establecer restricciones económicas directas o indirectas, salvo aquellas expresamente previstas por el Acuerdo General. Claro está, existen excepciones a este principio. Dentro de las excepciones podemos destacar las medidas de urgencia sobre la importación de determinados productos prevista en el Artículo XIX del GATT, denominada cláusula de salvaguardia, cuya aplicación se permite en los casos excepcionales de aumentos inusitados de las importaciones de ciertos productos susceptibles de perjudicar una industria nacional. También podemos referir las excepciones establecidas en el Artículo XII para preservar la balanza de pagos; la excepciones generales aplicables con motivo de cuestiones de moral, saludo pública, etc., previstas en el Artículo XX del GATT y las excepciones reconocidas por razones de seguridad previstas en el Artículo XXI del GATT.

³⁴ Alsina, Basaldúa y Cotter Moine, "Código Aduanero, Comentarios, Antecedentes y Concordancias", Abeledo Perrot, Bs. As., 1985, Tº IV, p. 94.

7. Todas estas medidas de excepción, pueden ser aplicadas por los países contratantes previa verificación de los extremos previstos en los respectivos Acuerdos que las justifican.³⁵

9. LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS VIGENTES Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONÓMICA

1. La libertad económica, que tiene una estrecha relación con el derecho de propiedad, abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos. Las libertades de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales y toda actividad susceptible de producir bienes, quedan englobadas en la libertad económica cuando persiguen una finalidad de tal índole. Si bien la Constitución no menciona de manera expresa a la libertad económica, en varias de sus cláusulas encontramos referencias a actividades que la configuran.
2. El sistema económico de la Constitución está basado sobre la libertad y el reconocimiento de la propiedad privada. Badeni destaca que los fines de la Ley Fundamental, son la libertad y dignidad de las personas expresadas tanto en el ámbito político, como en el económico y filosófico. Sin libertad económica, no existe la libertad política ni la libertad que caracteriza a una convivencia social pacífica, armónica y respetuosa de los derechos de todos los habitantes. Asimismo, sin libertad política, no habrá libertad económica ni se manifestará aquel tipo de convivencia. Por otra parte, si no se garantiza aquella convivencia armónica, que presupone la plena vigencia de la Constitución, tampoco habrá libertad política ni económica. La libertad y dignidad anhelada por los constituyentes debe exteriorizarse en los tres ámbitos de modo simultáneo.³⁶
3. El Estado, es decir, el aparato social de coerción y compulsión, por fuerza ha de ser un vínculo hegemónico. Si los gobernantes estuvieran facultados para ampliar ad libitum su esfera de poder, podrían aniquilar el mercado, reemplazándolo por un socialismo totalitario. Para evitarlo, es preciso limitar el poder del Estado. He

35 Para ampliar en detalle ver Basaldúa, Ricardo Xavier, "La Organización Mundial de Comercio y la regulación del comercio internacional", Lexis Nexis, 2007, Buenos Aires, ps. 133/281.

36 Badeni, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", t. I, ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 862.

ahí el objetivo que persiguen todas las constituciones, leyes y declaraciones de derechos. Conseguirlo fue la aspiración del hombre en todas las luchas que ha mantenido por la libertad.³⁷

4. Sabemos que la idea de Estado de Derecho se construye a partir de distintas vertientes y que su delimitación dista de ser pacífica. Pero si la discusión instrumental, acerca de los recaudos que debe tener un determinado sistema para ser considerado un Estado de Derecho, no puede considerarse concluida, podemos, en cambio, suponer que, al menos en el presente, y tal como lo destaca Vanossi, la idea de “Estado de Derecho” quedó estrechamente unida a la suerte de las concepciones personalistas sobre la relación individuo sociedad-estado.³⁸
5. Desde esta óptica se ha afirmado que “la nota tecnológica esencial que define al gobierno de las leyes o sistema democrático constitucional y lo distingue del gobierno de los hombres o sistema autoritario la da el que tiene por finalidad suprema la garantía de la libertad del hombre... El ser humano aparece de este modo como un fin y el Estado como el medio que sirve para ese fin”.³⁹
6. Enseña Alberdi que toda libertad que se apropia el Estado, excluyendo a los particulares de su ejercicio y goce, constituye un monopolio o un estanco, en el cual es violado el art. 14 de la Constitución Nacional.⁴⁰ Por otra parte, conforme se desprende del art. 19, la libertad es la regla general. Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. La Constitución Nacional faculta a los administrados para desarrollar aquellas conductas o actividades que no están prohibidas por la ley.⁴¹ En un estado democrático, la libertad debe ser entendida como la posibilidad de hacer lo que las leyes permiten debe ser la regla. Su

37 Ludwig Von Mises, “La acción humana. Tratado de economía”, Union Editorial, Madrid, 2007, p. 344.

38 Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Estado de derecho”, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 21, citado por Laplacette, Carlos, “Control de constitucionalidad de oficio y estado constitucional de derecho”, La Ley 27/10/2011.

39 Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, t. 7, ps. 189/190.

40 Alberdi, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico”, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 67.

41 Sagüés, Néstor, “Elementos de Derecho Constitucional”, t. II,, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 371.

limitación debe ser la excepción y como tal debe estar expresamente prevista legalmente.⁴²

7. Las medidas de regulación de las importaciones, en tanto y en cuanto mediante su implementación se transformen en verdaderas restricciones a la importación violentan el principio de libertad económica de los administrados. Limitan su posibilidad de ejercer industria lícita y ejercer el comercio.

10. LAS RESTRICCIONES Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. La seguridad jurídica disipa el temor y las dudas en las relaciones sociales. No solamente respecto de las conductas que deben seguir los individuos, sino también las autoridades. Garantiza al hombre que no será pasible de sanciones legales por realizar los actos permitidos por la ley, y que los efectos atribuidos por la norma a esos actos se operarán irremediamente. La seguridad jurídica, permite organizar la vida individual y social, sin quedar sujeta a arbitrariedad y a los cambios normativos injustos, irrazonables e imprevisibles. Se trata de una garantía que, sobre la base de la previsibilidad legal, protege a los hombres de los actos ilegales y arbitrarios ejecutados por los individuos y las autoridades gubernamentales, haciendo posible el ejercicio de los derechos constitucionales en forma ordenada y consecuente, por la sencilla razón que emana del estricto cumplimiento de las reglas de juego establecidas por la Ley Fundamental.⁴³
2. La seguridad jurídica supone el gobierno de la ley que establece, de manera previsible, las normas a las cuales los individuos deberán ajustar su accionar. Es una emanación de la idea de justicia y exige la protección de la posición jurídica una vez obtenida. Implica la supremacía de la ley frente a los actos de gobierno. Garantiza a los administrados que podrán realizar los actos permitidos por la ley. Barreira⁴⁴ destaca que “la seguridad jurídica en el ámbito del dere-

42 Grillo, Iríde Isabel, “Algunas reflexiones sobre la justicia desde la justicia”, el derecho constitucional del 15 de noviembre de 2011.

43 Badeni, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. II, ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 1074.

44 Barreira, Enrique, “Sistema y metodología del Código Aduanero Argentino”, en obra colectiva, “Estudios de Derecho Aduanero, 30^a Aniversario del Código Aduanero Argentino”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, con cita de Chevallier, Jacques, “L’Etat de droit”, Edition Montchrestien, Paris, 2003, pág. 101.

cho público...es imprescindible para propender a otro fin superior a él: el “estado de derecho” que, modernamente y en palabras de la doctrina y jurisprudencia europea actual, supone que el derecho existente pueda ser conocido y comprendido, que haya estabilidad de las leyes así como de las situaciones que ellas definen, y que el administrado posea vías de protección contra el abuso de las autoridades. En otras palabras, que el ciudadano tenga acceso al derecho”.

3. García Belsunce, define a la seguridad jurídica como “la previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones”.⁴⁵ La Corte Suprema ha destacado el valor del principio de seguridad jurídica y le ha asignado rango constitucional.⁴⁶
4. Las nuevas regulaciones, especialmente las DJAI observadas y sin fundamentos y las Licencias cuyos trámites se demoran sin die –en ambos casos en el ámbito de la Secretaría- se transforman en una verdadera restricción de importación, y violentan el principio de seguridad jurídica. Suponen, además, un abuso de facultades discrecionales, visto que los administrados no tienen posibilidad de conocer porque unas DJAI se autorizan y otras se observan o porque unas licencias salen y otras no son emitidas.
5. Ello supone, en algunos casos, el ejercicio abusivo de facultades discrecionales, que se encuentra vedado conforme la dictaminara la Corte Suprema.⁴⁷ En el caso “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, en el considerando 6º in fine la Corte señaló que “El legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir”.
6. Conforme señala Villaruel⁴⁸ el Tribunal Superior destaca la estrecha vinculación existente entre discrecionalidad y legalidad, afirmando

45 García Belsunce, Horario A “Crisis institucional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005.

46 Fallos 242:501; 243:465; 253:47.

47 Fallos 315:1361.

48 Villaruel, María Susana, “Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años”, El Derecho 31/10/2011.

en el 7º considerando que “la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter” (consid. 7º). Por lo tanto, aun cuando se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que “la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba”⁴⁹ (...) en tanto ello llevaría a consagrar (...) una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos”.⁵⁰

7. Ciertamente, parece abusivo que a simple observación de ciertos funcionarios actuantes en el ámbito de la Secretaría de Comercio, ciertas mercaderías no pueden ser importadas. En palabras de la Corte, en cada embarque el administrado debe aguardar pacientemente si el funcionario gira los pulgares para abajo o para arriba.

11. REFLEXIONES FINALES

1. “Donde antes se satisfacían las viejas necesidades con productos nacionales, surgen ahora necesidades nuevas que reclaman para su satisfacción los frutos de tierras y climas remotos. Donde antes había mercaderías locales y nacionales autosuficientes, tenemos hoy relaciones comerciales en todas direcciones, una interdependencia universal de las naciones”.⁵¹
2. Las naciones que más han progresado en los últimos tiempos basaron su crecimiento económico en un comercio internacional activo y vigoroso. Es fundamental generar condiciones adecuadas para el desarrollo económico sostenible que permitan generar un mercado exportador cada vez de mayor volumen y de mayor valor agregado.
3. La protección de la industria nacional y de la balanza de pagos, constituyen fines loables que deben ser perseguidos por todos los gobiernos, cualquiera fuere su bandera política. Claro está, a partir del respeto y aplicación de la letra y los principios contenidos en la

49 La Corte Suprema cita un precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, del año 1963, “D.M.K. Realty Corp. vs. Gabel”.

50 Con cita de García de Enterría -Fernández, “Curso de derecho administrativo”, 4ª ed., Madrid, 1984, t. I, p. 433.

51 Marx, Karl, “El Manifiesto Comunista”.

Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales y en las leyes internas.

4. Se trata, en última instancia, del correcto ejercicio de facultades de control, del uso lícito y razonable de las facultades discrecionales para sustanciar los trámites de autorizaciones previas y para definir los perfiles de riesgo en función de los cuales luego se determinarán las operaciones que estarán sujetas a estudio. Las facultades delegadas no pueden ser ejercidas de manera abusiva. Por el contrario deben guiarse por criterios razonables.
5. La implementación de medidas contrarias a los normas y principios constitucionales, violatorias de los acuerdos internacionales o incluso de las propias leyes interiores, atentan contra el Estado de derecho y generan desconfianza. Consecuentemente, más allá del posible éxito puntual que pudiera tener cierta medida con la obtención de algún objetivo de corto plazo, no hay éxito posible por fuera del respeto de la ley. Aristóteles enseñaba que el fin puede estar condicionado por los medios. Que así sea.

Donde antes se satisfacían las viejas necesidades con productos nacionales, surgen ahora necesidades nuevas que reclaman para su satisfacción los frutos de tierras y climas remotos

EL NUEVO ARANCEL DE ADUANAS VENEZOLANO

*Nallyver Corredor**

Resumen

El presente ensayo constituye un análisis general al Arancel de Aduanas venezolano vigente a partir del 05 de abril de 2013. Su objetivo principal es identificar los principales cambios efectuados en su articulado y su estructura general. Así mismo, se hace un breve resumen sobre la forma determinar el régimen legal aplicable a las operaciones de importación, exportación y tránsito de mercancías hacia y desde Venezuela con los países miembros de MERCOSUR y terceros países, especialmente Colombia. De igual forma, este ensayo invita a los actores del mercado internacional a valorar el impacto que este cambio representa en cada una de sus economías.

Palabras clave: Arancel de Aduanas Venezolano, Decreto 9.430, Sistema Armonizado, Nomenclatura NCM, Arancel Externo Común AEC, preferencias comerciales.

Abstract

This essay is an overview to Venezuelan Customs Tariff Schedule, in force since April 5, 2013. Its main objective is to identify major changes in its articles and its general structure. Also, a brief overview of how to determine the legal regime applicable to the importation, exportation and transit of goods to and from Venezuela to MERCOSUR member countries and third countries, especially Colombia. Similarly, this essay invites international market players to assess the impact that this change could take in each of their economies.

Key words: Venezuelan Customs Tariff Schedule, Decreto 9.430, Harmonized System, NCM Nomenclature, Common External Tariff AEC, Trade preferences.

* Licenciada en Ciencias Fiscales. Mención Aduanas y Comercio Exterior de la ENAHP.IUT. Venezuela. Profesional Aduanero y Tributario del SENIAT. Caracas, Venezuela. Correo electrónico: Nallyver@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de marzo salió publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.097 Extraordinario, el Decreto N° 9.430 de fecha 19/03/2013, mediante el cual se dicta el nuevo Arancel de Aduanas venezolano. Después de siete (7) años, desde que salió publicado el Decreto 3.679 del año 2005 (Arancel de Aduanas derogado), este nuevo instrumento comercial viene a honrar los compromisos internacionales y nacionales que sobre política comercial se habían adquirido.

Como País Miembro de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y Parte Contratante del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA), Venezuela tenía el compromiso de adecuar la nomenclatura arancelaria contenida en el Decreto 3.679 del 2005, de conformidad con la IV y V Recomendación de Enmienda emitida por la citada organización, es decir adoptar el SA en su Edición 2012. Sin embargo, hasta el pasado 4 de abril, el Arancel Aduanero Venezolano seguía basándose en la Nomenclatura Común de los Países miembros de la Comunidad Andina (NANDINA), cuya versión del SA era del año 2002, ya que no se había aprobado ningún cambio en la nomenclatura nacional desde que la República Bolivariana de Venezuela denunciara el Acuerdo de Cartagena (base de la Comunidad Andina) el 22 de abril de 2006, ni desde que anunciara su adhesión al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

II. CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

En este sentido, el nuevo arancel aduanero basa su nomenclatura en primera instancia en el Sistema Armonizado en su Edición 2012, honrando así los compromisos internacionales con ese organismo. Este cambio se ve reflejado en los seis primeros dígitos del código numérico y su respectiva descripción de las mercancías (Partidas y subpartidas del SA).

En segundo lugar, Venezuela adoptó en este arancel dos (2) instrumentos del esquema de integración al cual ahora forma parte integrante: la Nomenclatura Arancelaria Común de los Estados miembros de MERCOSUR (NCM) y el Arancel Externo Común (AEC), conforme a Ley Aprobatoria del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR de fecha 19 de julio de 2006 y en base a la Resolución 51/12 de fecha 05 de diciembre de 2012 y la Decisión 31/12 de fecha 06 de diciembre de 2012 emanadas del Grupo del Mercado Común del Sur y del Consejo del Mercado Común del Sur, respectivamente.

La NCM, se ve reflejada en el séptimo y octavo dígito del código numérico y su respectiva descripción (contenidos en el artículo 40 del Decreto 9.430), que conforman la designación de las mercancías regionales. Con esta adopción, de la nomenclatura Mercosur, se incrementan los códigos arancelarios mediante los cuales se identifican los productos, por lo que Venezuela pasa de 6.250 códigos a un total de 10.029⁵² ítems regionales.

Respecto al AEC, se refleja en la tarifa ad - valorem que se muestra en el artículo 40 del citado instrumento. Esta tarifa es aplicable a las importaciones procedentes de países no miembros de MERCOSUR (terceros países) y se acordó en cuatro fases anuales a partir del 05/04/2013 al 05/04/2016. En su primera fase se incorporaron las tarifas NCM a 2.829 códigos arancelarios de los 10.029⁵³ del MERCOSUR.

En tercer lugar, en este Arancel se adoptaron las regulaciones aplicables a las mercancías objeto de comercio internacional exigidas por los acuerdos ambientales internacionales, tales como: la Convención Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES); el Acuerdo Internacional que regula la materia de desechos peligrosos, productos químicos contaminantes, órgano persistentes, armas nucleares, químicas y biológicas; el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, entre otros convenios y acuerdos internacionales. Estos cambios se observan no sólo en su articulado (artículos 29 al 31 del Arancel), sino también en el régimen legal codificado.

III. ESTRUCTURA

Con estos grandes cambios en sus bases, el nuevo arancel venezolano (Decreto 9.430), evidentemente refleja una estructura más compleja que la anterior, por ello pasa de contener 27 artículos a 42 artículos, con cinco anexos que forman parte integrante del mismo. Su normativa se estructura de la siguiente forma:

Capítulo I (artículos 1 al 5): en el cual se establecen los cambios en la nomenclatura, conforme al SA 2012 y NCM.

Capítulo II (artículos 6 al 20): relativo a los regímenes aplicables a las operaciones de importación, exportación y tránsito.

⁵² El periodiquito, Declaraciones de la Ministra Edmé. Viernes 05/04/2013.

⁵³ EL PERIODIQUITO, Declaraciones de la Ministra Edmé. Viernes 05/04/2013.

En el caso de la importación, el régimen tarifario se pueden dividir en tres (3) tipos en virtud del origen de las mercancías: Extrazona, para aquellas provenientes de terceros países (no miembros de MERCOSUR); Intrazona, para aquellos productos originario del esquema de integración MERCOSUR y, provenientes de países con un tratamiento favorable en el marco de acuerdos comerciales ratificados por la república.

Para productos provenientes de Extrazona se destacan, en esta normativa, las posibles excepciones a la aplicación del AEC, en virtud de: 1) las excepciones propiamente dichas que comprenden 225 subpartidas del NCM (artículo 8 y anexo III del Arancel); 2) las alícuotas preferentes al AEC establecidas de forma transitoria para 260 subpartidas NCM (artículo 9 y su anexo IV); 3) la alícuota preferente del 2% ad- valorem para los Bienes de Capital (BK) (artículo 10); 4) alícuota preferente del 0% ad- valorem para los Bienes de Informática y Telecomunicaciones (BIT) (artículo 12); 5) las posibles reducciones a la alícuota del AEC en virtud de "Acciones Puntuales en el Ámbito Arancelario por Razones de Abastecimiento", conforme a lo dispuesto por el Grupo del Mercado Común del Sur (artículo 13); y 6) la posible alícuota preferente del 0% ad- valorem para los Bienes del Sector Aeronáutico, conforme al artículo 12 y su anexo V.

Respecto a las mercancías provenientes de los países miembros del MERSOCUR, el artículo 15 indica que estarán sujetas a los Programas de Liberación Comercial contenidas en los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica Nos. 63 (y sus protocolos modificatorios) 68 y 69 en los términos que allí se indican.

En el caso de las mercancías provenientes de países con un tratamiento favorable en virtud de acuerdos comerciales ratificados por Venezuela, como es el caso del Acuerdo de Alcance Parcial de naturaleza comercial entre Colombia y Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial venezolana N° 6.082 Extarordinario de fecha 20/08/2012, las tarifas aplicables serán las dispuestas en dicho acuerdo, siempre que cumplan con el régimen de origen correspondiente.

Capítulo III (artículos 21 al 39): comprende las restricciones y demás requisitos legales exigible a la Importación, Exportación y el Tránsito de mercancías, en el cual establece el Régimen Legal.

Respecto al régimen legal codificado, conforme al artículo 21 del Arancel, se observa que aumentó de 15 códigos a 17. Esto se debe a los ajustes en las competencias de los nuevos entes ministeriales, más no en la creación de nuevos permisos. Por otra parte, en el artículo 40 del Arancel se observan algunas subpartidas que se ven ahora afectadas por regímenes codificados adicionales, como resultado de la adopción de los compromisos

internacionales en materia ambiental y los regímenes nacionales que habían estado de forma irregular en otros instrumentos legales y sub legales, los cuales conforme al artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas sólo debían realizarse a través del Arancel de Aduanas.

Capítulo IV (artículo 40): en este capítulo se expone el esquema de la Nomenclatura Arancelaria con sus respectivos gravámenes y regímenes legales aplicables. Así mismo se exponen las Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura, siendo novedoso la incorporación de las Reglas Generales Complementarias, adoptadas conforme a la NCM.

Anexos del Decreto 9.430: constituyen cinco (5) anexos de obligatoria observancia, a saber: Anexo I: Mercancías sujetas a Normas Venezolanas COVENIN de Obligatorio Cumplimiento o Reglamentos Técnicos; Anexo II: Régimen Legal aplicable a la exportación de mercancías; Anexo III: Lista Nacional de Excepciones al Arancel Externo Común (AEC); Anexo IV: Lista Nacional de Mercancías con Alícuota Transitoria distintas al Arancel Externo Común (AEC) - Cronograma; y Anexo V: Regla de Tributación para productos del Sector Aeronáutico.

Los principales cambios en el Arancel de Aduanas venezolano se basan en la adopción de la versión 2012 del Sistema Armonizado (SA)

CONCLUSIONES

Como se observa en el presente trabajo de análisis, los principales cambios en el Arancel de Aduanas venezolano se basan en la adopción de la versión 2012 del Sistema Armonizado (SA), específicamente la IV y V Recomendación de Enmienda emitidas por la OMA; la adopción de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y del Arancel Externo Común (AEC), cambios efectuados a fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales sobre la materia comercial.

Estas modificaciones, indudablemente afectaran el comercio y sus operadores. Por ejemplo, para los operadores venezolanos este cambio, reflejado especialmente en la IV recomendación de enmienda (SA 2007) representa un cambio sustancial en varias partidas del SA. Sin embargo, es posible que no represente un gran impacto para los operadores internacionales por cuanto, ya muchos países tenían adoptados en sus instrumentos legales la versión 2007 del SA según se expone en la página web oficial de la Organización Mundial de Aduanas.⁵⁴

54 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS. Position of Contracting Parties To The Harmonized System Convention And Non-Contracting Party Administrations. 15/04/2013. Bruselas, Bélgica.

Por otra parte, se observa que el Capítulo II de este Arancel, constituye el punto clave para determinar de la tarifa aplicable a la mercancía en virtud del país de origen. Por lo que es de obligatoria observancia y comprensión para todos los operadores de comercio.

Adicionalmente, se hace necesario efectuar un estudio estadístico, sobre el cambio en las tarifas aplicables a cada mercancía, el cual deberá efectuarse tomando en consideración las siguientes variables: 1) correlaciones entre la nomenclatura del Decreto 9.430 y el Decreto 3.679 (arancel derogado) y 2) el volumen de intercambios, a fin de esbozar su impacto en la economía nacional, y su impacto efectivo sobre cada rubro. Por lo que los exhorto a efectuar este arduo trabajo de análisis en el área de su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DEL SUR. Decisión 31/12 de fecha 06 de diciembre de 2012.
- EL PERIODIQUITO, Declaraciones de la Ministra Edmé. Viernes 05/04/2013. Disponible en: <http://www.elperiodiquito.com/article/93739/Ministra-Edme--Adopcion-del-arancel-comun-del-Mercosur-representa-una-oportunidad-para-el-desarrollo>. (Consultado el 05/04/2013).
- GRUPO DEL MERCADO COMÚN MERCOSUR, Resolución 51/12 de fecha 05 de diciembre de 2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS. Position of Contracting Parties To The Harmonized System Convention And Non-Contracting Party Administrations. 15/04/2013. Bruselas, Bélgica. Disponible en: http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/~media/WCO/Public/Global/PDF/Topics/Nomenclature/Overview/HS%20Contracting%20Parties/Positions%20of%20CP/Situation_HS.ashx (consultado el 06/04/2013)
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Arancel de Aduanas. Gaceta Oficial N° 6.097 Extraordinario de fecha 19/03/2013, Decreto 9.430, Caracas, Venezuela.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas. Gaceta Oficial N° 38.875 de fecha 21/02/2008, Caracas, Venezuela.
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Aprobatoria del Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial entre Colombia y Venezuela. Gaceta Oficial N° 6.082 Extraordinario de fecha 20/08/2012
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Aprobatoria del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR de Gaceta Oficial No. 38.482 del 19 de Julio de 2006. Caracas, Venezuela.

RESEÑA JURISPRUDENCIAL: Unidades funcionales

Juan Manuel Camargo Gonzalez

Se puede corregir la declaración de unidades funcionales no declaradas inicialmente como tales, y se puede obtener la devolución de tributos pagados en exceso.

Una reciente sentencia abre una interesante posibilidad sobre devolución de tributos aduaneros pagados en exceso por mercancías susceptibles de ser clasificadas como unidad funcional.

HECHOS

En el año 2003, la empresa ICOLLANTAS decidió ensanchar su planta, para lo cual adquirió una unidad funcional para la producción de llantas neumáticas, compuesta de diversas partes, que ingresaron al territorio nacional en momentos distintos e incluso por diferentes administraciones de aduanas, cosa que expresamente permite el artículo 133 del Decreto 2685 de 1999.

El problema fue que los embarques se nacionalizaron como embarques independientes, es decir, clasificando subpartida por subpartida, y liquidando y pagando los aranceles establecidos para cada una de las partes que los componían, en lugar de clasificar todas las partes por la subpartida de la unidad funcional, y liquidar y pagar los tributos aduaneros a la tarifa que correspondía a dicha unidad funcional.

El modo de declarar implicó una gran diferencia en cuanto al valor de los tributos aduaneros a pagar. Cada pieza pagaba arancel a tarifas entre el 5% y el 30%, mientras que la unidad funcional hubiera pagado el 0% de arancel.

EL BENEFICIO ARANCELARIO

La subpartida de la unidad funcional (8477.59.90.00) se veía beneficiada por el decreto 2394 de 2002, que resolvió "Diferir el gravamen arancelario

a cero por ciento (0%) hasta el 31 de diciembre de 2003 para los bienes de capital, sobre los cuales no exista producción en los países de la Comunidad Andina de Naciones, clasificados en las siguientes subpartidas arancelarias: (...)" . El diferimiento fue prorrogado por un año por el decreto 3675 de 2003.

Pero, para tener derecho al diferimiento, se necesitaba que el Ministerio de Comercio Exterior expidiera una certificación de no producción subregional.

En consecuencia, tenemos una situación en que los embarques no se clasificaron arancelariamente como unidad funcional, lo que llevó a pagar más tributos, y además no se obtuvo antes de las declaraciones de aduana la certificación de no producción subregional.

Detectada la situación (después de presentadas las declaraciones y pagados los tributos), el importador y su agencia de aduanas, ALMAVIVA, desarrollaron una estrategia legal que incluyó las siguientes acciones:

- a. Se solicitó a la DIAN una clasificación oficial de la unidad funcional, que confirmó la subpartida que tenía derecho al diferimiento arancelario.
- b. Se pidió al Ministerio de Comercio la certificación de no producción subregional.
- c. Validos de los anteriores documentos, se solicitó a la DIAN una liquidación oficial de corrección con el fin de obtener la devolución de los tributos pagados en exceso.

La DIAN negó la solicitud, por lo que el importador y su agencia de aduanas demandaron dicha negativa en calidad de litis consortes necesarios, en acción de nulidad y restablecimiento de derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

EL CONCEPTO DE UNIDAD FUNCIONAL Y SU CLASIFICACIÓN ARANCELARIA

Para la fecha de los hechos, la Nota Legal de la Sección XVI del Arancel de Aduanas (contenido en el Decreto 2800 de 2001 y Decreto 4341 de 2004), expresamente señalaba:

"4. Cuando una máquina o una combinación de máquinas esté constituida por elementos individualizados (incluso separados o unidos entre sí por tuberías, órganos de transmisión, cables eléctricos o de otro modo) para realizar conjuntamente una función netamente definida,

comprendida en una de las partidas de los Capítulos 84 u 85, el conjunto se clasificará en la partida correspondiente a la función que realice.”

Ante la jurisdicción, los apoderados de los actores insistieron en los términos de esta nota, que son perentorios y no facultativos. Es decir, la nota no dice que el conjunto “podrá” clasificarse en la partida de la función, sino que “se clasificará” así.

Así mismo, el artículo 133 del decreto 2685 de 1999 indica que “deberá declararse cada envío por la subpartida arancelaria que para la unidad funcional se establezca en el arancel de aduanas o por la autoridad aduanera, según corresponda”.

Los actores también hicieron hincapié en que no existía disposición legal que consagrara como obligatorio el obtener previamente de la DIAN una clasificación arancelaria mediante resolución, como un requisito para acceder al otorgamiento del diferimiento arancelario ni mucho menos para determinar la calidad de unidad de funcional de la mercancía.

En esa medida, la resolución de clasificación arancelaria expedida por la DIAN a posteriori se esgrimía como prueba, no como requisito. ¿Y prueba de qué? De dos circunstancias: que el conjunto de embarques sí conformaba una unidad funcional, y que esta se clasificaba en la subpartida arancelaria pretendida por los actores.

En cuanto a la certificación de no producción subregional andina, se hizo notar que la misma acreditaba la no producción durante el periodo de las importaciones, y que no había ninguna norma legal que exigiera que esa certificación se obtuviera antes de la presentación de las declaraciones de importación.

LA DEMANDA

Con base en esas consideraciones previas, la demanda desarrolló una línea de argumentación que resumimos así:

1. La clasificación arancelaria correcta de todos y cada uno de los embarques independientes era por la subpartida arancelaria correspondiente a la función.
2. Como se clasificó cada embarque por subpartidas distintas a aquella, ese hecho implicó una errónea clasificación arancelaria.
3. Por normas legales expresas, durante el plazo de firmeza de las declaraciones de aduana, la DIAN tiene el deber de expedir

liquidaciones oficiales de corrección para corregir errores en la clasificación arancelaria.

4. Ese deber de la DIAN no excluye los casos en que corregir el error en la clasificación implique beneficiar al importador.
5. El requisito de obtener una certificación de no producción subregional andina para acceder al beneficio del diferimiento arancelario al 0% se puede cumplir con posterioridad a la presentación de las declaraciones de importación; lo importante es que la certificación se refiera a la época de las importaciones (aspecto sustancial), independientemente de la fecha de expedición de la certificación (aspecto formal).

Ahora bien, el artículo 133 del Decreto 2685 de 1999 establece algunas precisiones en relación con la forma como deberá procederse para declarar dicha unidad funcional, ya que ordena que se indique en las declaraciones de importación que se importa una unidad funcional. Sin embargo, el omitir esta mención no puede conducir a que se desconozca la calidad de unidad funcional, ya que en ningún momento se establece tal sanción, ni en el Decreto 2685 de 1999 ni en ninguna otra disposición legal vigente a la fecha.

POSICIÓN DE LA DIAN

La sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, favoreció a los demandantes. En su recurso de apelación, la DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda alegando lo siguiente (según se resume en la sentencia del Consejo de Estado que se reseña):

En primer lugar, adujo que la clasificación oficial emitida por la misma DIAN, mediante resolución, no podía ser aplicada retroactivamente; es decir, no podía ser aplicada a importaciones efectuadas antes de que la citada resolución hubiera sido expedida.

Como consecuencia de lo anterior, la DIAN postuló que se debían analizar las declaraciones a la luz de las subpartidas arancelarias declaradas, que no estaban beneficiadas con la tarifa de arancel 0% establecida en el decreto 2394 de 2002.

Finalmente, la DIAN hizo hincapié en dos omisiones formales: a) que en las declaraciones de importación no se dejó constancia de que las mercancías formaban parte de una unidad funcional, lo que, según la DIAN, era un requisito exigido por el artículo 133 del decreto 2685 de 1999 para

poder declarar la importación de unidades funcionales; y b) que al momento de la importación no se demostró que los bienes importados no tenían producción en la comunidad andina.

LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado inició su argumentación sobre el fondo del asunto repasando las normas que permiten que la DIAN profiera una liquidación oficial de corrección para enmendar errores en la clasificación arancelaria, incurridos en las declaraciones privadas de importación.

A continuación, la corporación pasó a analizar si la mercancía importada realmente se clasificaba en la subpartida 8477.59.90.00, que era la posición de la unidad funcional, y si tal subpartida estaba beneficiada con la tarifa de arancel del 0% por el artículo 2 del decreto 2394 de 2002.

Para el Consejo de Estado, fue muy importante a la hora de decidir la nota 4 de la sección XVI del arancel (transcrita arriba), que en términos imperativos dispone que las combinaciones de máquinas con una función definida se clasificarán en la partida correspondiente a la función que realice.

El fallo constata, en efecto, que las declaraciones de importación describieron las mercancías como partes usadas y reconstruidas de máquinas y aparatos para fabricar caucho en el proceso de construcción de llantas neumáticas.

Como la función de las mercancías fue declarada, el Consejo de Estado consideró pertinente aplicar la nota ya citada, y clasificar todas las partes en la subpartida correspondiente a la función que realice, esto es, la subpartida alegada por los actores (8477.59.90.00).

En este punto, la sentencia aborda un tema importante, ratificando una posición que el Consejo de Estado ha enunciado varias veces, pero que a menudo no es conocida ni comprendida. Hablando de la supuesta retroactividad de las clasificaciones arancelarias generales expedidas por la DIAN, la Corporación aclaró una vez más que el juez de la causa debe hacer un ejercicio de clasificación propio, confrontando las mercancías con el arancel para la época de los hechos, y que ese ejercicio es independiente y autónomo, y prevalece sobre lo que hayan establecido las resoluciones generales dictadas por la DIAN.

Refiriéndose al segundo argumento postulado por la entidad demandada, se desestimó el reproche de que las declaraciones de importación clasificaban las mercancías por subpartidas distintas a la de la unidad funcional.

Justamente, dijo el Consejo de Estado, esa clasificación distinta “se deriva del error en que incurrió el contribuyente al declarar las mercancías importadas de forma individual y no como una máquina diseñada para la fabricación de caucho en procesos de construcción de llantas neumáticas”.

Finalmente, el Consejo de Estado abordó los reproches formales de la DIAN de que las declaraciones de importación no podían ser corregidas porque en ellas no se dejó constancia expresa de que los bienes hacían parte de una unidad funcional y tampoco se demostró la no producción andina.

Sobre el primer requisito, el Consejo de Estado lo admitió, pero aclarando que “la norma no prevé una consecuencia por la inobservancia de esa obligación. Por tanto, dicha circunstancia no impide que las declaraciones de importación puedan ser corregidas con la expedición de la liquidación oficial de corrección”.

Respecto a la segunda supuesta omisión formal, la sentencia aludió a la certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la que se informa que no hay producción subregional registrada para la subpartida de la unidad funcional.

En consecuencia, dio este hecho por probado y no se refirió a la circunstancia de que la certificación hubiera sido expedida después de las importaciones.

SALVAMENTO DE VOTO

El magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas salvó su voto, aunque más con visos de aclaración de voto.

El consejero, en efecto, expresó su conformidad con la declaratoria de nulidad de los actos demandados. Su disenso se refería al hecho de que el restablecimiento del derecho haya consistido en la orden a la DIAN de expedir las liquidaciones oficiales de corrección, “porque esa orden no restablece el derecho”.

Para el consejero, esa orden puede dar lugar a otro conflicto jurídico, y lo que debería haber hecho la sentencia es pronunciarse expresa y directamente sobre el reconocimiento de saldos, la devolución de impuestos y el reconocimiento de intereses.

CONCLUSIÓN

En criterio del autor de esta reseña, la sentencia comentada es importante tanto por su aspecto filosófico como el puramente jurídico.

El Consejo de Estado se decidió por la prevalencia de la realidad sustancial sobre la formal. Prácticamente, todos los argumentos de la DIAN fueron formales: la alegada irretroactividad de la resolución de la clasificación arancelaria; la insistencia de que las únicas subpartidas a considerar eran las consignadas en la declaración; la omisión de una mención expresa a las unidades funcionales y la no presentación de una certificación en el trámite de importación.

En contraposición, el Consejo de Estado hizo un análisis de fondo. Determinó autónomamente cuál era la correcta clasificación de la mercancía en el momento de los hechos, sin considerar la fecha de expedición de la resolución de clasificación. Atendió al texto de la certificación de no producción andina, sin reparar en la fecha de su expedición. Y concordó con la DIAN en que se había omitido mencionar la unidad funcional en las declaraciones de importación, pero eligió no inventarse una consecuencia que la norma no preveía expresamente.

Nos parece que la sentencia es rigurosa, clara y sustantiva; de allí su mérito.

El salvamento de voto también plantea un tema muy importante. Hasta el momento, un procedimiento “autóctono” de la DIAN exige que se pida una liquidación oficial de corrección antes de solicitar una devolución de tributos aduaneros. Lo que la DIAN niega normalmente es la liquidación oficial de corrección, y esta negativa es la que se demanda. Por eso, el restablecimiento del derecho usualmente se concede en la forma de ordenar a la DIAN expedir la liquidación oficial de corrección.

Lo que pasa, como lo anota el magistrado Bastidas Bárcenas, es que este restablecimiento del derecho concede a la DIAN cierto grado de libertad, que en la práctica expide liquidaciones oficiales de corrección en las que no se reconocen intereses ni actualización. Debido a ello, no es raro ver que los particulares demandan nuevamente esta resolución de liquidación oficial de corrección.

Lo deseable, como lo dice el salvamento de voto, es que los jueces se pronuncien directa y definitivamente por el reclamo de fondo, y dispongan cuál es la suma a devolver, si esta se debe actualizar (y cómo) y si se reconocen intereses, y en qué cuantía.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 11 de octubre de 2012, referencia: 760012331000200504240 01. Magistrado ponente: Dr. William Giraldo Giraldo. Radicado: 18293.

PRIMER CONCURSO CARLOS SENIOR PAVA

Al mejor artículo sobre derecho adunero

EL CONCURSO SE CELEBRA TODOS LOS AÑOS CON PARTICIPANTES DE TODO EL PAÍS; SE PREMIA ESCRITORES DE ARTÍCULOS SOBRE DERECHO ADUANERO.

EL JURADO ESTÁ CONFORMADO CADA AÑO POR DISTINGUIDOS PROFESIONALES DEL DERECHO, QUIENES, DESPUÉS DE ANALIZAR CADA UNO DE LOS ARTÍCULOS, EMITEN SU VEREDICTO.

OBJETIVOS

Los objetivos del Concurso Carlos Senior Pava en derecho aduanero, son:

1. Estimular la investigación jurídica en el campo del derecho aduanero, dentro de criterios de excelencia académica.
2. Estimular la difusión de la investigación jurídica en el mismo campo.

PERIODICIDAD

El concurso se celebra todos los años.

PREMIOS

Este año, el premio es así:

- a. Un premio para el mejor artículo de derecho aduanero presentado al concurso que consistirá en \$1,000,000. Adicionalmente el artículo será publicado en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero.
- b. Los mejores artículos finalistas también serán publicados en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero.
- c. Si el concurso se declara desierto, los premios se acumularán para el año siguiente.



Por el hecho de recibir los premios, el autor concederá al ICDA, el derecho a publicar el trabajo ganador.

CÓMO CONCURSAR

1. Los autores de artículos que deseen concursar deben presentar un artículo que reúna todos los requisitos que normalmente se exigen para su publicación en la revista. Para esto sugerimos consultar el Reglamento publicado en el Número 3 de la Revista.
2. Solo se puede concursar con un artículo inédito.
3. Las postulaciones pueden hacerse hasta el 1 de octubre.
4. El autor debe enviar al ICDA un ejemplar del artículo que haya presentado al concurso en sobre cerrado identificado con seudónimo y en otro con su nombre completo a la Cra. 12 A No. 77^a-52, oficina 505 y se desean también al correo electrónico: revista@icda.com.co. El ICDA se encargará de hacer llegar los ejemplares o las fotocopias con el seudónimo a los jurados.

TEMAS ACEPTABLES

Será aceptado cualquier trabajo jurídico que incorpore elementos de análisis del derecho aduanero nacional o internacional.

Los artículos se calificarán en la forma descrita adelante y se espera que incluyan, entre otros, aspectos propositivos.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

El jurado calificará cada artículo en dos categorías: “finalistas y no finalistas”, y seleccionarán, por consenso, según los criterios que se establecen adelante, hasta cinco artículos para la primera categoría. A partir del 15 de octubre iniciará el proceso de calificación de los artículos finalistas, y deberán tenerlo completo el 31 de octubre. La calificación se hará con base en los siguientes criterios:

- a. Originalidad de los planteamientos.
- b. Lógica del razonamiento.
- c. Dominio de los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales del tema.

- d. Claridad y corrección del lenguaje.
- e. Uso de bibliografía especializada y actualizada sobre el tema.

Los artículos deben poner de presente un esfuerzo de investigación académica y original; por eso no serán calificados artículos que consistan en traducciones o conferencias para audiencias no especializadas. Se dará mayor énfasis a los criterios enunciados en los literales a y b del párrafo anterior.

El otorgamiento del premio a un artículo no significa, necesariamente, que el jurado comparta su análisis o conclusiones.

El jurado puede, si lo tiene a bien, conceder menciones honoríficas a trabajos distintos del ganador.

PREMIACIÓN Y DIFUSIÓN

El jurado debe comunicar el resultado a más tardar el 31 de octubre de 2013 a la Junta Directiva de ICDA, la cual lo acogerá oficialmente, y dará aviso a las personas interesadas.

Se espera tener la colaboración del ganador del trabajo para organizar actos académicos en Bogotá.

JURADOS

Han aceptado servir como jurados para esta primera edición los siguientes distinguidos profesionales: RAMIRO ARAUJO SEGOVIA, JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO, TOMÁS BARRETO RAMIREZ, JUAN MANUEL CAMARGO GONZALEZ, y SILVIA GONZALES ANZOLA.

