



**Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina**



**Pontificia Universidad | Sede
Católica del Ecuador | Ambato**

COMERCIO INTERNACIONAL & DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA



Primera edición

© 2021 De cada texto su autor

© 2021 Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato

Dr.C. Jorge Núñez Grijalva

Prorector Sede Ambato

Mg. Miguel Augusto Torres Almeida

Director Académico Sede Ambato

Dr.C. Osmany Pérez Barral

Coordinador de Investigación

Msc. Carlos Rodrigo Moreta Herrera

Presidente Comisión de Publicaciones, Sede Ambato

Miembros Comité Editorial

Msc. Carlos Rodrigo Moreta Herrera

Dra. C. Varna Hernández Junco

Mg. Paúl Marlon Mayorga Lascano

Mg. Aitor Larzabal Fernández

Diagramación e Impresión: Editorial Pío XII



ISBN: 978-9942-8534-6-2

Ambato, Septiembre de 2021

Edición digital. Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, sin la previa autorización por escrito de los autores y las instituciones.

PUCE SEDE AMBATO:

Dirección: Av. Manuelita Sáenz. Ambato

Teléfono: 258-6016

Mail: www.pucesa.edu.ec



**Pontificia Universidad | Sede
Católica del Ecuador | Ambato**



**Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina**

Comercio Internacional & Derecho Aduanero y Tributario en la Comunidad Andina

Gustavo García Brito. Jorge Núñez Grijalva. María Daniela Núñez Viera. Massimiliano Geraci. Hugo R. Gómez Apac. Osmany Pérez Barral. Mónica Alarcón Quinapanta. Joyce Mora Rivera. Verónica Peñaloza López. Varna Hernández Junco. Roberto Argelio Frías Jiménez. Hernán Rodrigo Romero Zambrano. Edgar Santiago Morales Morales. Andrea Micaela López Tamayo. Xiomara Valeria Soria Santiana. Luis Rafael Vergara Quintero. Luis Felipe Aguilar Feijoó. Karla Margot Rodríguez Noblejas. Hernán Eduardo Almeida Jaramillo. Lina María Rodríguez Fernández. Alejandra Muñoz Torres. Mariohr Pacheco Sotillo. Luis Alfonso Marcelo Ruiz Carrillo. Alejandra Leiva Brussil. Manfred Arauz Olavarria.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

COMERCIO INTERNACIONAL

AGRADECIMIENTO 11

PRESENTACIÓN 17

1. CAPÍTULO I. FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN LA COMUNIDAD ANDINA 22

Gustavo García Brito

2. CAPÍTULO II. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS MEDIDAS EN FRONTERA VIGENTES EN ECUADOR Y EN LA UNIÓN EUROPEA, FRENTE AL COMERCIO ILÍCITO DE MERCANCÍAS CON MARCAS FALSIFICADAS Y OBRAS PIRATEADAS 65

Jorge Núñez Grijalva, María Daniela Núñez Viera, Massimiliano Geraci

3. CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA EN LA COMUNIDAD ANDINA 113

Hugo R. Gómez Apac

4. CAPÍTULO IV. TENDENCIA Y PERSPECTIVA DEL COMERCIO JUSTO ENTRE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS CON RESPONSABILIDAD SOCIAL 150

Osmany Pérez Barral, Mónica del Rocío Alarcón Quinapanta, Joyce Mora Rivera, Verónica Leonor Peñalosa López, Varna Hernández Junco, Roberto Argelio Frías Jiménez

SEGUNDA PARTE

DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO

- 5. CAPÍTULO V. LEGISLACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA ARMONIZADA EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO Y EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAISES MIEMBROS** 173

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

- 6. CAPÍTULO VI. POLÍTICA ANDINA FRENTE A LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA** 246

Edgar Santiago Morales Morales

Andrea Micaela López Tamayo

Xiomara Valeria Soria Santiana

- 7. CAPÍTULO VII. IMPORTANCIA DE LOS REGÍMENES ADUANEROS EN LA COMUNIDAD ANDINA** 282

Luis Rafael Vergara Quintero

Lina María Rodríguez Fernández

- 8. CAPÍTULO VIII. DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA, EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO – SICA Y EL MERCADO COMÚN DEL SUR – MERCOSUR** 302

Luis Felipe Aguilar Feijóo

Luis Alfonso Marcelo Ruiz Carrillo

Alejandra Leiva Brussil

Manfred Arauz Olavarria

TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA ADUANERA Y TRIBUTARIA

9. CAPÍTULO IX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA ADUANERA 333

Alejandra Muñoz Torres

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Mariobr del Carmen Pacheco Sotillo

10. CAPÍTULO X. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA TRIBUTARIA 385

Hernan Eduardo Almeida Jaramillo

Lina María Rodríguez Fernández

RESEÑAS DE LOS AUTORES 406

«Cada uno de los autores y co autores son los únicos responsables por el contenido de los capítulos de su autoría que se encuentran en las tres partes de esta publicación. El contenido de dichos capítulos no refleja la posición institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ni de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato.»

Agradecimiento

La obra titulada APUNTES DE DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, es un esfuerzo interinstitucional y multidisciplinar, realizado con el objetivo de estudiar el Derecho desde dos ramas especializadas: Derecho Tributario y Derecho Aduanero. Esta interesante y novedosa iniciativa, surgió del diálogo directo y constructivo entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, entidades que han puesto lo mejor de sí mismas para la consecución del proyecto.

De manera previa a expresar mi sincera gratitud a las personas que apoyaron y participaron en el desarrollo del libro, quisiera invitar al dilecto lector del mismo a efectuar una breve travesía por el Derecho, en el propósito de visibilizar de mejor forma la función social que le ha sido encargada a esta rama del conocimiento humano, la cual, por supuesto, es factible de cumplirse de diversas maneras, siendo una de ellas la difusión del conocimiento, actividad que se alinea a la obra que se encuentra entre sus manos.

Esta travesía se inicia, reconociendo que, el Derecho se ubica muy cercanamente a la realidad del ser humano, de sus anhelos y de sus problemas cotidianos, teniendo como propósito general, colaborar en la búsqueda de la coexistencia y el relacionamiento entre todos los integrantes de la sociedad. Con lo cual, se puede afirmar que, la misión del Derecho es contribuir a un mejor bienestar social de las personas. En este contexto, el origen del Derecho se traslada a tiempos muy remotos, a las primeras civilizaciones humanas, donde se volvía indispensable el alcanzar acuerdos colectivos que garantizarían la presencia de tres elementos esenciales para la vida en comunidad: i) Paz y armonía entre los habitantes; ii) Estabilidad y justicia en las relaciones entre gobernantes y gobernados; y, iii) Establecimiento de cierto orden productivo que posibilite el bienestar colectivo.

Teniendo presente que, el Derecho es una creación humana desde tiempos antiguos, donde se han desplegado grandes esfuerzos para que pueda cumplir con la compleja misión que se le ha confiado. Se requiere entender, qué es el Derecho. Es por ello, que, innumerables han sido los intentos de conceptualizarlo (y organizarlo) a lo largo del tiempo, por parte de

mesopotámicos, babilonios, chinos, egipcios, griegos, romanos, franceses, alemanes, ingleses y españoles. Esta extensa evolución del Derecho, nos ha legado una gran riqueza de conocimiento, que, representa la base para los actuales y futuros desarrollos jurídicos, llamados a solucionar los problemas que debe enfrentar la humanidad. Como ejemplo de esta herencia milenaria, la actual organización del Derecho a nivel mundial (como lo conocemos y aplicamos), está basada en la estructura y contenidos del *Corpus Iuris Civilis Romani*, elaborado por orden del emperador romano Justiniano I, hace aproximadamente 15 siglos¹.

De otro lado, dentro del Derecho, ha sido extensa la confrontación filosófica-jurídica entre diversas corrientes de pensamiento, siendo quizá la más ilustrativa, la dilatada discusión entre las corrientes iusnaturalista y la iuspositivista. La existencia de esta antigua divergencia conceptual, ha enriquecido el debate dogmático, generándose así, nuevas vías para entender mejor el Derecho y su función. Es así que, de varios siglos de puntos de vista diametralmente opuestos, es a partir de la fundación del método sintético a priori, por parte de Immanuel Kant, que se hace posible pensar que la condición también a priori del derecho positivo, es precisamente el derecho natural; con lo cual, la legislación positiva (emanada del legislador), está legitimada en la medida que se convierta en portavoz de las instancias racionales² vinculadas a la naturaleza del hombre.

Con el paso del tiempo, y luego de los diversos períodos (etapas, años, siglos) que ha tenido que atravesar el Derecho en su evolución como rama de la ciencia en el siglo XXI, se hace necesario aceptar la asociación existente entre Derecho y Estado. Como ejemplo de esta condición de realidad, la actual enseñanza del Derecho en las entidades de educación superior, si bien conserva y respeta toda la fascinante historia del mismo y los diversos enfoques que posee, de forma pragmática mira a esta ciencia como una creación que no puede separarse de la fuerza coercitiva del Estado contemporáneo, considerándola como “el vehículo mediante el

1 El Digesto (en latín, *Digestum*), que constituye la obra más importante del *Corpus Iuris Civilis Romani*, fue publicado en el año 533 d.C.

2 Trujillo, Isabel, “Iusnaturalismo tradicional, clásico, medieval e ilustrado”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México DF, 2015, pp. 3-35.

cual ese poder se canaliza, se disciplina y se legitima”³. De esta manera, en el actual día a día de su praxis, el Derecho llega a compenetrarse con la Ley emanada del poder legislativo y complementada por las decisiones emitidas por los tribunales de justicia, ecuación que ha sido descrita como: “la absorción de todo el derecho por la ley”⁴.

No obstante, la actual existencia de esta realidad hiper-positivista, con efecto holístico, se hace necesario traer a la memoria del lector dos conceptos que, recogen el ‘deber ser’ del Derecho, a través de los cuales se invita a reflexionar sobre nuestro propio rol como ciudadanos. El primero de ellos, lo expresó el insigne jurista mexicano Raúl Cervantes Ahumada, para quien: “el derecho es un conjunto autónomo y coordinado de estructuras ideales, emanado de un poder público efectivo, y destinado a actuar en la vida humana de relación social”⁵. De este pensamiento, se resalta la necesidad de la existencia de una estructura ‘ideal’ del Derecho (quizá diferente a la actual), en la cual, los diversos valores jurídicos (p. ej. seguridad jurídica, bien común y justicia) imperan en la sociedad, convirtiéndola en un espacio deseado para la convivencia humana, que, de manera efectiva, posibilita alcanzar el anhelado estado de ‘buen vivir’, impulsado por nuestro texto constitucional. El segundo concepto, trae a la memoria al gran jurista alemán Immanuel Kant, cuyo aporte a través de la Filosofía del Derecho ha influido en la configuración del mundo jurídico contemporáneo. Así, para Kant, el Derecho es: “la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esta libertad concuerde con la libertad de todos”⁶; visión bienvenida en el actual momento en que se vive, donde los ciudadanos solamente exigen respeto a sus derechos personales y la libertad para ejercerlos (p. ej. derecho a recibir atención universal de salud frente a la pandemia del Covid-19), pero olvidándose que, en la misma

-
- 3 Escobar-Córdova, Federico, “La esquiada definición del Derecho, a la luz de los códigos mesopotámicos”, en *Universitas*, vol. 57, n.-117, julio-diciembre de 2008, Bogotá, p. 66.
 - 4 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducido por Martínez Manuel, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 36.
 - 5 Cervantes Ahumada, Raúl, “Sobre el Concepto del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XIV, n.- 55, julio-septiembre 1964, UNAM, p. 670.
 - 6 Kant, Immanuel, *Teoría y Praxis*, traducción de Correas Carlos, Buenos Aires, Leviatán, 1995, p.40.

medida, 'el derecho de los demás' requiere que todos cumplamos las obligaciones impuestas por el sistema de vida en sociedad (p. ej. respetar las normas sanitarias y las restricciones de movilidad, para prevenir el contagio de esta mortal enfermedad), exigible precisamente a través de las normas de Derecho y del poder coercitivo del Estado.

Pues bien, una vez puesto en escena el concepto de Derecho y su función en bien colectivo, este invita a ser observado en cualquier rama especializada del mismo, como, por ejemplo: Derecho Tributario y Derecho Aduanero, materias de la presente obra. Asimismo, mediante una breve revisión del índice del libro, el estimado lector puede darse cuenta de que está orientado a estudiar de manera puntual y técnica, el sistema normativo vigente en los países de la Comunidad Andina -CAN-, dentro de las mencionadas áreas tributaria y aduanera.

La tarea desarrollada, ha sido llevada a efecto mediante el abordaje específico de varios de los componentes que poseen las dos ramas especializadas del Derecho que se propone en la obra, sea a través de una mirada al interior; por ejemplo, la facilitación del comercio o las medidas de salvaguardía en la Comunidad Andina; o a través de la relación con otras ramas del Derecho, como la Propiedad Intelectual (p. ej. análisis comparado de las medidas en frontera vigentes en Ecuador y en la Unión Europea, frente al comercio ilícito de mercancías con marcas falsificadas y obras pirateadas); o quizá, mediante su correspondencia con otros ámbitos del conocimiento diferentes al Derecho, como es el caso de la Economía (p. ej. tendencia y perspectiva del comercio justo entre los países latinoamericanos, con responsabilidad social).

En las diversas áreas de investigación mencionadas, es necesario subrayar que, en función de la conceptualización y misión social, analizadas en líneas anteriores, el Derecho exige a todos por igual el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, como un mecanismo natural de igualdad y equidad en las relaciones entre todas las personas, y a su vez, entre estas y el Estado. Así, por ejemplo, el derecho a recibir educación y salud, el acceso a la justicia o el recibir servicios básicos de calidad, son posibles de ejecutar en la medida de que todos paguemos los tributos y cumplamos las disposiciones en materia aduanera; lográndose con ello, la construcción colectiva de un Estado constitucional de derechos y justicia, social,

democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, organizado en forma de república y que se gobierna de manera descentralizada⁷, el cual, todos anhelamos.

Una vez que, se ha intentado resaltar la importancia del aporte individual de los autores para materializar el concepto y la misión del Derecho, en los diversos ámbitos de ejercicio del mismo (p. ej. Derecho Tributario y Aduanero), buscando la construcción de una mejor sociedad para vivir, me permito expresar una profunda gratitud a todos quienes han participado en este proyecto, donde sus resultados de investigación colaboran con nuevos aportes científicos a quienes lean esta obra, de manera tal, que puedan tener su propio criterio y ejercer de mejor forma su rol ciudadano al interior de un conglomerado social.

De manera especial, agradezco a los cuatro señores magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como, a los diversos miembros de su equipo asesor. En igual forma, agradezco a los señores profesores de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato que han participado en esta obra, así como, a los académicos asociados a las redes de investigación nacionales y extranjeras que posee la Universidad, por haberse unido a este proyecto.

Un agradecimiento especial para el señor Doctor Hernán Romero, Magistrado por la República del Ecuador, junto a quien planificamos e iniciamos la presente iniciativa conjunta en el mes de julio del año 2020, cuando se desempeñaba como presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. A su vez, mi gratitud al señor Doctor Gustavo García, actual presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su colaboración para culminar la presente obra. Quisiera también expresar mi congratulación al señor Doctor Osmany Pérez Barral, Coordinador de Investigación de la PUCE Ambato y a los miembros de su equipo editorial (revisores de estilo y diagramadores internos, y pares revisores externos), por su paciencia y capacidad de trabajo sin horario, cualidades que hicieron posible finalizar este libro en tan corto tiempo.

7 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.- 449, 20 de octubre de 2008, Montecristi, p. 1.

La experiencia de trabajo conjunto entre el Tribunal y la Universidad, ciertamente ha sido muy enriquecedora, ya que, ha permitido que cada entidad comparta lo mejor de su vocación institucional, a favor del avance de la Ciencia Jurídica.

Ambato, 4 de abril de 2021.

Jorge Núñez Grijalva, PhD.

Prorector

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato

PRESENTACIÓN

El comercio internacional de mercancías es una actividad económica que está en constante evolución. Esta dinámica responde fundamentalmente a dos conjuntos de variables: el primero, relacionado con la actuación de los agentes económicos que intervienen en las relaciones comerciales internacionales, que incluye, las diferentes estrategias empresariales y comerciales que estos adoptan; y, el segundo, referido a las políticas públicas en materia comercial de los países, las que deben ser diseñadas e implementadas en el marco de una estructura normativa de cuatro niveles: multilateral, regional, bilateral y nacional; a través de la cual, se regulan todas las actividades vinculadas con el comercio internacional. Es precisamente en este segundo grupo de variables, en el que se encuentran las disposiciones jurídicas en materia de comercio internacional, derecho aduanero y tributario que son objeto de estudio y análisis en la presente obra.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el momento de adoptar la «Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», reconoció que, el comercio internacional «impulsa el crecimiento económico inclusivo y la reducción de la pobreza y contribuye a fomentar el desarrollo sostenible»¹. Al respecto, es evidente que, para alcanzar esos objetivos, resulta esencial contar con el compromiso de los actores públicos y privados que intervienen en el comercio internacional. En ese sentido, la convergencia de las políticas comerciales y las estrategias empresariales hacia un objetivo común, orientado a optimizar la productividad, ampliar y diversificar la oferta exportable, y facilitar los intercambios comerciales entre exportadores e importadores, con miras a obtener mutuos beneficios, constituye el punto de partida del camino que tendrán que recorrer los gobiernos y los empresarios de nuestros países en los próximos años.

1 Resolución 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Párrafo 68), adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, de fecha 25 de septiembre de 2015.
Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>
Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021

El desafío no es menor, pues como consecuencia de la Pandemia de la Covid-19 y de las medidas adoptadas por los Estados para contenerla, se han profundizado las diversas crisis que venía enfrentando la región latinoamericana. Una crisis social marcada especialmente por la pobreza extrema y el alto grado de desigualdad —de estrato socioeconómico, género, condiciones étnico-raciales, ciclos de vida (edad), estatus migratorio, situaciones de discapacidad, entre otros²—; una crisis económica anclada en bajos niveles de crecimiento, comercio e inversión, con altos índices de endeudamiento público; y, una crisis ambiental caracterizada por los efectos del cambio climático, la deforestación y los desastres naturales. A todas ellas, se sumó la crisis sanitaria y sus efectos consecuentes en los tres aspectos —social, económico y ambiental—. En ese escenario de incertidumbre e inseguridad, la integración regional se presenta una vez más como el espacio de coordinación y cooperación idóneo para delinear el camino de salida de la crisis y alcanzar la convergencia mencionada.

La Comunidad Andina, el proceso de integración regional más antiguo y sólido de Sudamérica, cuenta con la experiencia, la estructura institucional y los mecanismos necesarios para llevar adelante esta tarea. En efecto, sobre la base de la consolidación del Programa de Liberación del intercambio comercial y la armonización gradual de políticas económicas y sociales, contamos actualmente, con un mercado ampliado de más de 111 millones de personas en el territorio de los cuatro Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En este espacio Subregional, pueden circular libremente los ciudadanos andinos y las mercancías originarias de los países mencionados, con la garantía de un trato igualitario, sin ningún tipo de discriminación ni restricción, en el marco de un Estado de derecho, en el que prevalece el respeto a los principios de legalidad, seguridad jurídica y transparencia. Al efecto, en la Comunidad Andina se encuentra vigente un conjunto

2 Al respecto, ver: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. Santiago de Chile. 2016.

Disponible en:

https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/matriz_de_la_desigualdad.pdf

Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021.

de normas supranacionales vinculantes que reconocen derechos a los Países Miembros, los agentes económicos y los ciudadanos andinos, y del mismo modo, establecen una serie de compromisos jurídicamente exigibles, los cuales deben ser observados por todas las autoridades administrativas y judiciales nacionales.

En el contexto descrito, el presente libro ofrece a la comunidad académica y jurídica de la región, una serie de estudios sobre los aspectos de comercio internacional, aduaneros y tributarios regulados por el ordenamiento jurídico comunitario andino, los cuales, constituyen una parte esencial del marco regulatorio que sirve de base para el diseño de políticas públicas nacionales en materia de comercio exterior; y, del mismo modo, orientan y limitan las actividades empresariales y comerciales que deben llevar adelante los actores privados. Tomando en cuenta que, un ordenamiento jurídico no solamente es eficaz en la medida que sus destinatarios cumplan con sus disposiciones, sino que, también resulta eficaz cuando existe un adecuado y eficiente mecanismo de solución de controversias al cual acudir, en caso de incumplimiento. Este libro ofrece también un detallado análisis de la Jurisprudencia en ambas materias, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario andino, asegurar su interpretación uniforme, y con competencia exclusiva y excluyente para resolver las controversias que surjan con motivo de su aplicación.

La presente iniciativa académica es el resultado del trabajo conjunto y los valiosos aportes de los Magistrados y funcionarios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como de destacados profesores de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato. El órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, cumple así, con una de sus misiones fundamentales de promover la difusión y el perfeccionamiento del derecho comunitario andino y su jurisprudencia; y, del mismo modo, la mencionada casa de estudios contribuye con el fortalecimiento de las capacidades profesionales y académicas de toda la comunidad universitaria. De esta manera, los invito a revisar con atención las siguientes páginas,

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

pues estoy seguro que encontrarán en ellas un riguroso, profundo y detallado análisis del comercio internacional & el derecho aduanero y tributario en la Comunidad Andina.

Gustavo García Brito

Magistrado Presidente

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

PRIMERA PARTE
COMERCIO INTERNACIONAL

Capítulo I

Facilitación del comercio en la Comunidad Andina

Gustavo García Brito

Magistrado Principal por el Estado Plurinacional de Bolivia en el
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Las relaciones económicas internacionales son una constante en la historia de la humanidad. Los intercambios comerciales entre diferentes naciones preceden a la formación de los Estados y el financiamiento de emprendimientos en el extranjero es anterior a la creación del sistema financiero institucionalizado. Lo que cambió a lo largo del tiempo fueron, en primer lugar, los elementos constitutivos de dichas relaciones; es decir, los actores públicos y privados involucrados, así como su objeto, pues a manera de ejemplo, se pasó del trueque de alimentos a la venta de manufacturas y, posteriormente, al intercambio de servicios y activos inmateriales por medio de la telemática. En segundo lugar, los instrumentos jurídicos y las instituciones que regulan los compromisos comerciales de los actores que participan en los mercados internacionales, a nivel multilateral, regional o bilateral, son también dinámicos y variables. En tercer lugar, los medios y operaciones de logística y transporte, así como los mecanismos de control de los flujos comerciales, especialmente aquellos que están a cargo de las autoridades aduaneras nacionales, son aspectos que también están en permanente evolución y desarrollo.

En relación con estos dos últimos aspectos: jurídico e institucional, por una parte, y logístico operativo, por otra, es evidente que se han presentado cambios sustanciales en los últimos años, los cuales fueron promovidos, entre otros, por los nuevos compromisos internacionales en materia de facilitación del comercio. En efecto, la adopción del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (en adelante, el **Acuerdo**)¹ en el marco de

1 Disponible en:
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/L/940.pdf>

la Organización Mundial del Comercio (en adelante, la **OMC**) así como las iniciativas desarrolladas en el seno de la Comunidad Andina, entre las que se destaca, el Plan Estratégico sobre Facilitación del Comercio en Materia Aduanera², y las medidas adoptadas para su ejecución, constituyen la base para la formulación de políticas públicas nacionales y regionales destinadas a simplificar, modernizar y armonizar los procedimientos y actividades relacionadas con la importación y exportación de mercancías. Todo ello, sumado a otros instrumentos jurídicos, técnicos, de financiamiento, seguimiento y evaluación, propuestos por diferentes organismos internacionales como la Organización Mundial de Aduanas³ (en adelante, la **OMA**), el Banco Mundial⁴, o la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

[f&Open=True](#)

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

- 2 Adoptado mediante Resolución 1467 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2048 de 4 de mayo de 2012.

Disponible en:

<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace2048.pdf>

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

- 3 El “Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros”, conocido como Convenio de Kyoto, entró en vigencia en 1974 y su versión actualizada y revisada, entró en vigencia en el año 2006.

Disponible en:

http://www.wcoomd.org/Topics/Facilitation/Instrument%20and%20Tools/Conventions/pf_revised_kyoto_conv/Kyoto_New

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

Entre otros instrumentos se destacan: El Sistema ATA sobre admisión temporal de mercancías importadas; el Convenio Aduanero sobre Contenedores; el Estudio sobre el tiempo necesario para el levante de mercancías; el Compendio relativo a la gestión de riesgos; el programa SAFE.

Disponibles en:

<http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools.aspx>

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

- 4 Informe y base de datos del Índice de rendimiento logístico (LPI)

<https://lpi.worldbank.org/>

Base de datos sobre costos comerciales

<https://datacatalog.worldbank.org/dataset/escap-world-bank-international-trade-costs>

Proyecto *Doing Business*

<https://espanol.doingbusiness.org/es/doingbusiness>

Comercio y Desarrollo⁵ (en adelante, **UNCTAD** por sus siglas en inglés), han coadyuvado al fortalecimiento y la optimización de las capacidades técnicas y operativas de los servicios aduaneros.

De esta manera, en el presente capítulo se analizarán las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC y su grado de implementación en los Países Miembros de la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; así como, también se estudiarán las principales medidas y disposiciones vinculadas con la facilitación del comercio que fueron asumidas en el marco de este proceso de integración económica y social. Al respecto, corresponde recordar que el Programa de Liberación del intercambio de bienes permite asegurar la libre circulación de las mercancías originarias de los cuatro países, a través del mercado ampliado andino. En ese sentido, este estudio permitirá apreciar la situación actual de la facilitación del comercio en la Comunidad Andina; e, igualmente, contribuirá a identificar los principales desafíos que enfrentan los actores del sector público y privado que intervienen en las operaciones de comercio internacional, especialmente en relación con la dinamización y reactivación económica en el período post COVID-19, y la necesaria formación de cadenas regionales de valor para aprovechar al máximo las ventajas que otorga el marco normativo Subregional, así como otros acuerdos comerciales multilaterales.

1.- La facilitación del comercio

La facilitación del comercio tiene el propósito general de reducir los costos, tiempos, obstáculos y barreras burocráticas innecesarias que inciden en las operaciones de importación y exportación. Así, los denominados costos comerciales pueden ser entendidos de forma amplia e incluir el valor adicional que generan todas las actividades indispensables para que un bien llegue desde el fabricante o productor hacia el consumidor final⁶, como el costo del transporte, los aranceles,

5 Sistema Aduanero Automatizado (SIDUNEA)
<https://asyCUDA.org/en/#>

6 Anderson, James E., y Eric Van Wincoop. Trade costs (Cambridge: Journal of Economic literature 42.3, 2004), 691-751.
Disponible en:
https://www.nber.org/system/files/working_papers/w10480/w10480.pdf

las demás barreras directas e indirectas al comercio internacional, etc. —naturalmente, se excluye el valor de producción del bien exportado o importado— En ese sentido, existen diversas definiciones de facilitación del comercio, desde aquellas concepciones restringidas que consideran que únicamente las medidas destinadas a optimizar los procedimientos administrativos aduaneros de acceso al mercado forman parte de esa categoría⁷; hasta aquellas que incluyen en su contenido y ámbito de aplicación a los aspectos logísticos, de infraestructura física o digital⁸, y las demás medidas que pueden adoptar los países para allanar las condiciones de comercialización de un producto importado, una vez que este ya se encuentra dentro de su mercado. De tal manera que ni la OMC, ni la Comunidad Andina adoptaron una definición formal sobre la facilitación del comercio.

En relación con los costos comerciales que la facilitación del comercio pretende eliminar o reducir, corresponde hacer referencia al análisis econométrico efectuado por Arvis et al.⁹ sobre la situación de 178 países, entre los años 1995 y 2010. En dicho estudio, se evidenció que los costos comerciales que tuvieron que enfrentar los países en desarrollo, al final del período analizado, representaban un valor equivalente a la aplicación de un

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

- 7 Grainger, Andrew. Trade facilitation: a conceptual review. (The Netherlands: Kluwer Law International BV, Journal of World Trade 45, 2011) 39.

Disponible en:

https://nottingham-repository.worktribe.com/preview/1010743/TRAD_45%281%29_Andrew_Grainger.pdf

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

Persson, Maria. Trade facilitation and the extensive margin. (Stockholm: The Journal of International Trade & Economic Development 22.5, 2013) 658-693.

Disponible en:

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/81441/1/wp828.pdf>

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

- 8 Duval, Yann. Trade facilitation beyond the Doha Round of negotiations, (Bangkok: ARTNeT Working Paper Series No. 50, 2007) 1 – 26.

Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/178408/1/awp-50.pdf>

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

- 9 Arvis, Jean-François et al. Trade costs in the developing world: 1995 - 2010, (Bangkok: ARTNeT Working Paper Series, No. 121, 2012), 35 - 36.

Disponible en: <http://hdl.handle.net/10419/103870>

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

arancel *ad valorem* del 219 %. Al respecto, vale decir que, si el costo de producción de una determinada mercancía alcanzaba los USD \$ 10,00, se necesitaban USD \$ 21,90 adicionales para cubrir los costos asociados a la transacción internacional, incluso antes de que el producto llegue al mercado de destino y pueda ser efectivamente comercializado. A manera de comparación, en el año 2010 los costos comerciales en los países desarrollados alcanzaban el 134 % del valor de un determinado producto. En ese mismo estudio, los autores determinaron que, a lo largo de esos 15 años, la posición de los países en desarrollo no mejoró y, por el contrario, los costos mencionados se incrementaron. En consecuencia, sus hallazgos confirmaron que la variación de los costos comerciales contribuyó con la creciente «marginación de algunos países del sistema de comercio internacional»¹⁰, aspecto que dificultó la vinculación de esos países con los mercados regionales y globales.

En el mismo sentido, el Informe sobre el Comercio Mundial del año 2015 de la OMC reconoce que, la variación de los costos comerciales para los países en desarrollo no responde únicamente a la variable geográfica y, en gran medida, es consecuencia de los «obstáculos relacionados con las políticas [nacionales], incluida la facilitación del comercio (logística)»¹¹. En el citado informe y sobre la base de los cálculos realizados por la Secretaría de la OMC, se señala que, en el caso de los Países Miembros de la Comunidad Andina, los costos comerciales para llegar al mercado de sus principales importadores a nivel mundial, en el año 2010, alcanzaban en promedio un valor equivalente a un arancel *ad valorem* del 172 %, situación que genera una importante pérdida de competitividad en el concierto internacional. Sobre el particular, en el citado estudio de Arvis, et al., ya se advertía que, tomando en cuenta el nivel y la orientación de los costos comerciales «su reducción debería seguir siendo una prioridad política clave para los países en desarrollo»¹², los cuales tendrían que prestar especial atención a mejorar las condiciones de transporte, logística y facilitación del comercio. De igual manera, Arvis et al. llamaron la atención sobre el valor de compartir

10 Ibidem, p. 35.

11 OMC, Informe sobre el Comercio Mundial 2015: Acelerar el comercio: ventajas y desafíos de la aplicación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC (Ginebra: OMC, 2016), 83.

12 Arvis, Jean-François et al. Trade costs in the developing world: 1995 - 2010, (Bangkok: ARTNeT Working Paper Series, No. 121, 2012), 35.

experiencias positivas y buenas prácticas para asegurar la reducción eficaz de los mencionados costos comerciales.

Ahora bien, ¿qué ha sucedido en los últimos diez años y en qué situación se encuentran los Países Miembros de la Comunidad Andina al concluir la segunda década del siglo XXI? Para responder esta pregunta, a continuación examinaremos los resultados que presentan tres de los principales indicadores sobre facilitación del comercio a nivel mundial, los cuales son utilizados tanto por entes gubernamentales como por investigadores y académicos para medir los efectos económicos de las políticas comerciales nacionales relacionadas con esta temática: (i) El indicador sobre «comercio transfronterizo» del proyecto *Doing Business*; (ii) El índice de desempeño logístico (IDL), ambos del Banco Mundial; y, (iii) los Indicadores de la facilitación del comercio (IFC) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

1.1.- Proyecto *Doing Business*

En el año 2020, el Grupo Banco Mundial publicó la 17ª edición del estudio anual denominado *Doing Business*, el cual contiene una evaluación de «las regulaciones nacionales que favorecen o restringen la actividad empresarial y la protección de los derechos de propiedad»¹³ en 190 países, sobre la base de doce indicadores cuantitativos¹⁴, entre los que se encuentra el de «comercio transfronterizo», que mide el tiempo y el costo de los procedimientos oficiales de exportación e importación de productos, incluidos los controles aduaneros¹⁵. Los resultados de los Países Miembros de la Comunidad Andina, actualizados hasta el 1 de mayo de 2019, son los siguientes:

13 Disponible en:
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

14 Apertura de una empresa, manejo de permisos de construcción, obtención de electricidad, registro de propiedades, obtención de crédito, protección de los inversionistas minoritarios, pago de impuestos, comercio transfronterizo, cumplimiento de contratos, resolución de insolvencia, regulación del mercado laboral y contrataciones con el gobierno.

15 *Ibidem*, p. 33.

País	Clasificación para hacer negocios^{<?>}	Clasificación Comercio Transfronterizo ²
Bolivia	150	100
Colombia	67	133
Ecuador	129	103
Perú	76	102

Elaboración propia

Fuente: World Bank. 2020. Doing Business 2020. Washington, DC.

Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

Variable	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	América Latina y el Caribe	OCDE
Tiempo para exportar:						
Cumplimiento fronterizo (horas)	48	112	96	48	55,3	12,7
Costo para exportar:						
Cumplimiento fronterizo (USD)	65	630	560	630	516,3	136,8
Tiempo para exportar:						
Cumplimiento documental (horas)	144	48	24	24	35,7	2,3

Costo para exportar:						
Cumplimiento documental (USD)	25	90	60	50	100,3	33,4
Tiempo para importar:						
Cumplimiento fronterizo (horas)	114	112	24	72	55,6	8,5
Costo para importar:						
Cumplimiento fronterizo (USD)	315	545	250	700	628,4	98,1
Tiempo para importar:						
Cumplimiento documental (horas)	72	64	120	48	43,2	3,4
Costo para importar:						
Cumplimiento documental (USD)	30	50	75	80	107,3	23,5

Elaboración propia

Fuente: World Bank. 2020. Doing Business 2020. Washington, DC.

Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

Como se puede apreciar, la situación de los cuatro países es heterogénea y se evidencian fortalezas y debilidades. En relación con las primeras, merece destacarse el tiempo de cumplimiento documental para exportar en Ecuador y Perú que no supera las 24 horas (1 día) y que está por debajo del promedio de América Latina y el Caribe. Lo mismo sucede con los costos del cumplimiento documental para exportar e importar. No obstante, en el resto de las variables y en la mayoría de los casos, la demora y el costo es superior al promedio de la región. Asimismo, llama la atención que, en todos los casos¹⁶, los datos de los países de la Comunidad Andina están lejos de acercarse a los bajos tiempos y costos de las economías de altos ingresos de la OCDE. Esta situación, coloca a los países de la Subregión en una calificación igual y superior a 100 en el indicador de comercio transfronterizo desarrollado por el Banco Mundial. Es decir, lejos de los niveles óptimos de competitividad en este aspecto.

1.2.- Índice de desempeño logístico (IDL)

El IDL es un instrumento que permite evaluar el perfil de las condiciones logísticas de los países, midiendo el desempeño de la cadena de suministro logístico en las operaciones de comercio internacional, sobre la base de seis indicadores¹⁷ que responden a criterios cuantitativos y cualitativos. El índice va desde la puntuación mínima, equivalente al valor (1), hasta la puntuación máxima de (5), se actualiza cada dos años y la última publicación corresponde al año 2018¹⁸. Los resultados de los Países Miembros de la Comunidad Andina son los siguientes:

16 Con excepción de los costos para exportar en el caso de Bolivia.

17 Eficiencia del despacho de aduanas y gestión de fronteras (Aduanas); Calidad de la infraestructura comercial y de transporte (Infraestructura); Facilidad para organizar envíos a precios competitivos (Facilidad para organizar envíos); Competencia y calidad de los servicios logísticos: transporte por carretera, expedición y corretaje de aduanas (Calidad de servicios logísticos); Capacidad de seguir y rastrear envíos (Seguimiento y rastreo); y, (Puntualidad).

18 Disponible en: <https://lpi.worldbank.org/>
Fecha de consulta: 25 de junio de 2020.

País	Ran- king IDL	Adua- nas	In- fraes- truc- tura	Envíos In- tern.	Cali- dad logís- tica	Segui- miento y ras- treo	Pun- tua- lidad
Bolivia	131	2.32	2.15	2.54	2.21	2.13	2.74
Colom- bia	58	2.61	2.67	3.19	2.87	3.08	3.17
Ecu- ador	62	2.80	2.72	2.75	2.75	3.07	3.19
Perú	83	2.53	2.28	2.84	2.42	2.55	3.45

Elaboración propia

Fuente: IDL Internacional, Ranking Global 2018.

Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

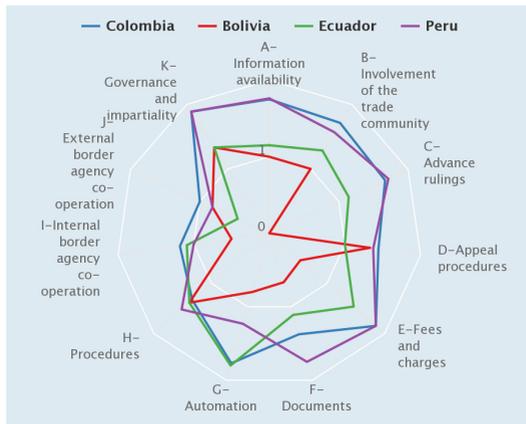
En relación con el índice de desempeño logístico, es evidente que se destaca Colombia, país que ocupa el puesto 58 del Ranking Global y que está en la quinta posición entre los países latinoamericanos, después de Chile, que ocupa el puesto 34, Panamá el 38, posteriormente le siguen México y Brasil, que se encuentran en los lugares 51 y 56, respectivamente. En los puestos 61 y 62 del ranking se encuentran Argentina y Ecuador, que ocupan además la sexta y séptima posición entre los diez países mejor colocados de la región. Perú en el puesto 83, es precisamente el décimo país latinoamericano del ranking, por detrás de Costa Rica y Paraguay que se encuentran en los puestos 73 y 74. Solo Bolivia queda relegada en este índice al puesto 131, el cual refleja, las dificultades que entraña la falta de un acceso soberano al litoral. De todas formas, resulta evidente que, aun queda un largo camino por recorrer en materia de logística y transporte.

1.3.- Indicadores de la facilitación del comercio (IFC)

Los IFC de la OECD toman en cuenta 11 variables¹⁹, que están relacionadas con el marco normativo de los países y también con el

19 Disponibilidad de información; participación de la comunidad empresarial; resoluciones anticipadas; procedimientos de recurso; derechos y cargas; documentos; automatización; procedimientos; cooperación interna; cooperación externa; y, gobernanza e imparcialidad.

grado de aplicación de las diferentes medidas de facilitación del comercio, especialmente aquellas que forman parte del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC. En el siguiente gráfico, se puede apreciar una vez más la heterogénea distribución de los logros y los desafíos que aún tienen los países andinos en relación con la facilitación del comercio. Resulta evidente que, Colombia y Perú han tenido un significativo avance en los últimos años y que, en contraposición, Ecuador y Bolivia se han quedado a la zaga en cuanto a la implementación y cumplimiento de los compromisos sobre facilitación asumidos en el escenario multilateral y Subregional.



Fuente: <https://www1.compareyourcountry.org/trade-facilitation/en/0>

Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

De lo expuesto hasta el momento, es fácil advertir que el nivel de los costos comerciales asociados a las operaciones de exportación e importación influyen directamente en el precio final de los productos, así como, en el tiempo que demoran en llegar a su destino, restándoles competitividad en los mercados regionales y globales. Esta situación puede producir además un distanciamiento de las principales cadenas de suministro y un aislamiento de las corrientes comerciales que generan valor agregado. En ese contexto y tomando en cuenta los datos de los Países Miembros de la Comunidad Andina que fueron citados, resulta evidente también que es esencial continuar con los esfuerzos destinados a optimizar, ampliar y profundizar la facilitación del comercio en la Subregión, especialmente en el período post COVID-19, con el fin de

coadyuvar con la reactivación económica de los países y de su tejido empresarial, que está compuesto fundamentalmente por micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes).

2.- El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC

En el marco de la ronda de negociaciones comerciales de los miembros de la OMC, iniciada oficialmente en la ciudad de Doha, Qatar, en noviembre de 2001²⁰, durante la celebración de la Cuarta Conferencia Ministerial de dicho Organismo, se estableció un mandato claro para que el Consejo del Comercio de Mercancías examine y, según proceda, aclare y mejore los aspectos que resulten pertinentes de los siguientes artículos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (**GATT**, por sus siglas en inglés) de 1994:

Artículo V: Libertad de tránsito de mercancías;

Artículo VIII: Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación de bienes; y,

Artículo X: Publicación y aplicación de reglamentos comerciales

Al efecto, el mencionado Consejo estaba encargado de identificar además las necesidades y prioridades de los Países en Desarrollo y Menos Adelantados, en relación con la facilitación del comercio y la creación de capacidades profesionales y técnicas en este ámbito²¹.

Tres años después, el Consejo General de la OMC decidió por «consenso explícito», comenzar la negociación sobre facilitación del comercio, con el propósito de «agilizar aún más el movimiento, el despacho de aduana y la puesta en circulación de las mercancías (...) potenciar la asistencia técnica y el apoyo a la creación de capacidad en esta esfera»²².

20 Denominada también como Programa de Doha para el desarrollo.

21 Al respecto, ver el párrafo 27 de la Declaración Ministerial de Doha, de 14 de noviembre de 2001.

Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

22 Anexo D “Modalidades para las negociaciones sobre facilitación del comercio” de la

Este proceso se extendió por nueve años y el 7 de diciembre de 2013, durante la Conferencia Ministerial celebrada en Bali, los miembros dieron por concluida la mencionada negociación. Posteriormente, el 27 de noviembre de 2014, el Consejo General de la OMC adoptó un Protocolo de Enmienda, a través del cual, se incorporaba el recién adoptado «Acuerdo sobre Facilitación del Comercio» a la normativa de la OMC. Por último, este Acuerdo que constituye el único instrumento jurídico multilateral adoptado durante los 25 años de existencia de la OMC, entró en vigencia el 22 de febrero de 2017²³.

Hasta el 10 de agosto de 2020, 153 países forman parte del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC²⁴, es decir el 93 % de los miembros de esta Organización. Es importante señalar que los cuatro Países Miembros de la Comunidad Andina forman parte de este Acuerdo. Perú fue el primero en depositar el instrumento de aceptación el 27 de julio de 2016, le siguió Bolivia el 30 de enero de 2018 y luego Ecuador, (el 15 de enero de 2019). Colombia depositó el respectivo instrumento de aceptación el 6 de agosto de 2020.

El texto del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC está dividido en tres secciones. En la primera, que consta de doce artículos, se establecen disposiciones sustantivas que contienen las obligaciones específicas que deben cumplir los miembros para alcanzar los objetivos del Acuerdo. Los cinco primeros artículos guardan relación con el Artículo X del GATT de 1994, y están vinculados fundamentalmente con el Principio de Transparencia del sistema multilateral de comercio, el cual, ha sido reconocido así por el Órgano de Apelación de la OMC:

Decisión adoptada por el Consejo General de la OMC el 1º de agosto de 2004 - Documento WT/L/579.

Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop/s/dda/s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm#fnt4

Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020

23 Con el depósito de los instrumentos de aceptación del Acuerdo efectuado por Rwanda, Omán, Chad y Jordania se superó el número mínimo (110) de aceptaciones requeridas, el cual equivale a dos tercios del total de miembros de la OMC (164).

24 La lista de ratificaciones está disponible en: <https://www.tfafacility.org/es/ratifications>
Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

*Cabe considerar que el párrafo 2 del artículo X del Acuerdo General recoge un principio de fundamental importancia, destinado a fomentar la publicidad total de los actos estatales que afectan a los Miembros y a los particulares y empresas nacionales o extranjeras. Se trata del principio de política general conocido generalmente como **principio de transparencia**, que evidentemente abarca una dimensión relacionada con las debidas garantías del procedimiento. La consecuencia esencial de ello es que debe darse a los Miembros y a las personas afectadas o que puedan verse afectadas por medidas estatales que impongan restricciones, prescripciones u otras cargas, una **oportunidad razonable de recibir información auténtica** acerca de esas medidas y, por ende, de **proteger y adaptar sus actividades** o, en caso contrario de **tratar de que se modifiquen tales medidas**, de acuerdo con la información recibida.²⁵*

(Énfasis agregado)

El Artículo 1 «*Publicación y disponibilidad de la información*» regula qué tipo de información vinculada con las operaciones de comercio exterior debe publicarse y dispone que dicha publicación debe ser pronta, oportuna, accesible, no discriminatoria y estar disponible por medio de internet. Asimismo, los miembros se comprometen a implementar un sistema nacional de información y a notificar regularmente toda esta información a la OMC. En el Artículo 2 «*Oportunidad de formular observaciones, información antes de la entrada en vigor y consultas*», se prevé la existencia de mecanismos adecuados para que todos los interesados participen mediante la formulación de observaciones o consultas, en el proceso de creación, modificación o ejecución de normas nacionales relacionadas con el comercio exterior. El Artículo 3 «*Resoluciones anticipadas*», dispone que los agentes económicos tendrán acceso a información previa a una operación comercial, la cual, será vinculante para la administración por un plazo razonable, especialmente sobre clasificación arancelaria, origen

25 Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS24/AB/R de 10 de febrero de 1997.

Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/24A-BR.pdf&Open=True>

Fecha de consulta: 24 de octubre de 2020.

de la mercancía, o el trato aduanero que va a recibir una mercancía importada. El Artículo 4 «*Procedimientos de recurso o de revisión*» establece el principio de pluralidad de instancias y asegura, en el marco del debido proceso, la posibilidad de solicitar la revisión y rectificación de una decisión administrativa. Por último, en el Artículo 5 se prevén «*Otras medidas para aumentar la imparcialidad, la no discriminación y la transparencia*», en las notificaciones o indicaciones dirigidas a intensificar el control aduanero sobre alimentos, bebidas o piensos.

Los Artículos 6 al 10 del Acuerdo desarrollan los aspectos concernientes a los derechos y formalidades aplicables a la importación y exportación de bienes, los cuales están regulados por el Artículo VIII del GATT de 1994, con el propósito de simplificar y armonizar los procedimientos aduaneros nacionales, reducir la carga documental y de requisitos que se exigen, y automatizar procesos, entre otros. Asimismo, se establece que las actividades administrativas deben estar orientadas por criterios objetivos, reduciendo el grado de discrecionalidad de los funcionarios públicos y evitando la discriminación entre los agentes económicos que intervienen en las operaciones. El Artículo 6²⁶ determina las obligaciones generales sobre la cuantía y el objeto de los derechos o cargas relacionados con los trámites aduaneros, los cuales deben estar limitados al «costo aproximado de los servicios prestados», así como, sobre las eventuales sanciones que pueden aplicar las autoridades nacionales.

El Artículo 7 establece la obligación de adoptar las mejores prácticas relacionadas con el «*Levante y despacho de las mercancías*», y contiene disposiciones específicas sobre:

- (i) Trámites previos a la llegada o arribo de las mercancías, los cuales podrían ser realizados por medios electrónicos;
- (ii) Sistemas de pago electrónico;

26 Disciplinas en materia de derechos y cargas establecidos sobre la importación y la exportación o en conexión con ellas.

- (iii) Separación entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana²⁷, con la posibilidad de obtener el levante previo pago o prestación de una garantía;
- (iv) Adopción de sistemas de gestión de riesgo para el control aduanero, con adecuados criterios de selectividad;
- (v) Control ex post, a través de la realización de auditorías posteriores al despacho de aduana, dirigidas a verificar el cumplimiento de leyes y reglamentos aduaneros, u otras normas conexas;
- (vi) Cálculo y publicación de los resultados de las administraciones nacionales, en cuanto a la reducción de los plazos necesarios para el levante de mercancías;
- (vii) Establecimiento de medidas adicionales de facilitación para los denominados «operadores autorizados», los cuales, después de acreditar el cumplimiento de determinados estándares de estabilidad, seguridad y confiabilidad, podrán recibir un trato especial o preferencial;
- (viii) Procedimientos especiales para el levante rápido de envíos urgentes de mercancías; y,
- (ix) Procedimientos breves, prioritarios y oportunos para el despacho y levante de bienes perecederos importados.

Los aspectos vinculados con las actividades de cooperación que deben llevar adelante las autoridades, organismos e instituciones encargadas del control en frontera, se encuentran previstos en el Artículo 8. A su vez, el Artículo 9 regula la posibilidad de contar con un mecanismo simplificado que permita trasladar las mercancías importadas desde la oficina de entrada a un determinado territorio aduanero, hacia otra oficina de aduanas que se encuentre al interior del mismo, con el propósito de que, el levante o despacho ocurra en el lugar efectivo de destino. Por último, el Artículo 10 establece las disciplinas necesarias para simplificar y reducir las *«Formalidades en relación con la importación y la exportación y el tránsito»*. Al efecto, contiene previsiones específicas sobre los siguientes asuntos:

27 Que incluyen los impuestos, tasas y cargas aplicables.

- (i) Revisión y adaptación periódica de formalidades y requisitos de documentación, con el propósito de reducirlos, simplificarlos o eliminarlos, según corresponda;
- (ii) Aceptación de copias físicas o digitales de los documentos exigidos;
- (iii) Utilización de las normas internacionales que resulten pertinentes como base de las formalidades y procedimientos de importación, exportación o tránsito;
- (iv) Establecimiento de una Ventanilla única para centralizar la recepción de todos los documentos y requisitos que son exigidos, no solo por las autoridades aduaneras, sino por todas las demás agencias nacionales de regulación y control, por ejemplo, sanitaria, de calidad, de seguridad, etc. Así, se pretende asegurar la presentación de documentos por «una sola vez» y la interoperabilidad de los sistemas informáticos y de gestión de datos de las dependencias públicas que intervienen directa o indirectamente en las operaciones de comercio exterior;
- (v) Eliminación de la inspección previa a la expedición, en relación con la clasificación arancelaria y la valoración en aduana;
- (vi) Eliminación del uso obligatorio de los servicios proporcionados por agentes de aduanas;
- (vii) Aplicación en todo el territorio aduanero de procedimientos en frontera comunes y requisitos documentales uniformes, para el levante y despacho de bienes.
- (viii) Procedimiento de devolución o reexpedición de aquellas mercancías importadas que hayan sido rechazadas por la autoridad nacional competente;
- (ix) Procedimiento especial para la admisión temporal de mercancías, con suspensión total o parcial del pago de derechos e impuestos

de importación (y/o exportación), que vayan a ser susceptibles de perfeccionamiento activo y pasivo²⁸.

En el Artículo 11 se desarrollan los temas relacionados con la «*Libertad de tránsito*» prevista en el Artículo V del GATT de 1994. En esta disposición, se establece la obligación de reducir o eliminar aquellos reglamentos o formalidades que son aplicados a las mercancías en tránsito. En el caso de las cargas, estas deberán limitarse a cubrir los gastos administrativos o los servicios efectivamente prestados por el tránsito de mercancías a través de un determinado territorio aduanero. Se refuerza además la prohibición de establecer limitaciones unilaterales y voluntarias respecto del tráfico en tránsito. Tomando en cuenta la importancia del principio de no discriminación en la normativa de la OMC, en este artículo, se refuerza la necesidad de su observancia en relación con las mercancías en tránsito y los medios de transporte de los demás miembros. Adicionalmente, se incentiva la «separación física entre el tráfico en tránsito y otras importaciones», entre otros, a través de una infraestructura especial y diferenciada; y, se garantiza que no se aplicarán a las mercancías en tránsito restricciones, regulaciones o controles innecesarios. Del mismo modo, se asegura la posibilidad de presentar anticipadamente los documentos de tránsito necesarios y se limita la aplicación de garantías. Por último, se hace un llamado a los miembros para establecer mecanismos de cooperación y coordinación para garantizar y reforzar la libertad de tránsito.

La última obligación sustantiva del Acuerdo, prevista en el Artículo 12, regula fundamentalmente el intercambio de información entre las autoridades nacionales, en el marco de las actividades de cooperación

28 Los literales b) y c) del Artículo 9.2 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC establecen:

- b) *A los efectos del presente artículo, el término “perfeccionamiento activo” significa el régimen aduanero que permite introducir en el territorio aduanero de un Miembro, con suspensión condicional, total o parcial, de los derechos e impuestos de importación, o con la posibilidad de beneficiarse de una devolución de derechos, ciertas mercancías para su transformación, elaboración o reparación y posterior exportación.*
- c) *A los efectos del presente artículo, el término “perfeccionamiento pasivo” significa el régimen aduanero que permite exportar temporalmente mercancías en libre circulación en el territorio aduanero de un Miembro para su transformación, elaboración o reparación en el extranjero y reimportarlas luego.»*

aduanera para una adecuada, eficaz, celer, precisa y segura verificación de las declaraciones de mercancías, sobre la base de los principios de transparencia, reciprocidad y no discriminación, respetando además, los acuerdos bilaterales o regionales que, sobre el particular, hayan celebrado los Países Miembros de la OMC.

En relación con los Países Miembros de la Comunidad Andina y de conformidad con la información oficial de la OMC²⁹, la República de Colombia tiene el mayor grado de implementación —96,64 %— de las doce disposiciones sustantivas descritas anteriormente. A continuación, se ubica la República del Perú con 94,96 %, luego el Estado Plurinacional de Bolivia con 86,13 %; y, finalmente, la República del Ecuador que alcanzó el 63,45 % de implementación, hasta el mes de octubre del año 2020, de acuerdo con el siguiente detalle:

	Obliga- ción	Estado Plurina- cional de Bolivia	Repú- blica de Colom- bia	Repú- blica del Ecuador	Repú- blica del Perú
1	1.1 Publica- ción	100.0 %	100.0 %	0.00 %	100.0 %
2	1.2 Infor- mación disponible por medio de internet	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
3	1.3 Servi- cios de In- formación	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
4	1.4 Notifi- cación	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %

29 Disponible en: <https://tfadatabase.org/implementation/progress/map#>
Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

5	2.1 Observaciones e información antes de la entrada en vigor	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
6	2.2. Consultas	100.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
7	3 Resoluciones anticipadas	0.0 %	100.0 %	100.0%	100.0 %
8	4. Procedimientos de recurso o de revisión	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
9	5.1 Notificaciones de controles o inspecciones reforzados	100.0 %	100.0 %	0.0 %	0.0 %
10	5.2 Retención	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
11	5.3 Procedimientos de prueba	0.0 %	0.0 %	0.0 %	0.0 %
12	6.1 Disciplinas generales en materia de derechos y cargas	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %

13	6.2 Disciplinas específicas en materia de derechos y cargas	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
14	6.3 Disciplinas en materia de sanciones	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
15	7.1 Tramitación previa a la llegada	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
16	7.2 Pago Electrónico	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
17	7.3 Separación del levante	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
18	7.4 Gestión de riesgo	100.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
19	7.5 Auditoría posterior al despacho de aduana	100.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
20	7.6 Plazos medios de levante	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
21	7.7 Operadores autorizados	100.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
22	7.8 Envíos urgentes	100.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %

23	7.9 Mercancías perecederas	100.0 %	0.0 %	0.0 %	100.0 %
24	8. Cooperación entre los organismos que intervienen en la frontera	100.0 %	100.0 %	0.0 %	83.33 %
25	9. Traslado de mercancías	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
26	10.1 Formalidades	0.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
27	10.2 Aceptación de copias	0.0 %	100.0 %	0.0 %	100.0 %
28	10.3 Utilización de las normas internacionales	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
29	10.4 Ventanilla única	0.0 %	100.0 %	0.0 %	0.0 %
30	10.5 Inspección previa a la expedición	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
31	10.6 Recurso a agentes de aduanas	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %

32	10.7 Procedimientos en fronteras comunes	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
33	10.8 Mercancías rechazadas	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
34	10.9 Admisión temporal de mercancías	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %
35	11. Tránsito	100.0 %	100.0 %	57.14 %	100.0 %
36	12. Cooperación aduanera	100.0 %	100.0 %	100.0 %	100.0 %

Elaboración propia

Fuente: Mapa - Progresos en los compromisos de aplicación de la OMC.

Disponible en: <https://tfadatabase.org/implementation/progress/map#>

La segunda sección del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC contempla las disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado para los Países en Desarrollo y los Países Menos Adelantados. Sobre el particular, es menester señalar que la forma de aplicación de los compromisos sustantivos del Acuerdo es quizás uno de los resultados más relevantes de los nueve años de negociaciones multilaterales en el seno de la OMC, puesto que, sobre la base del reconocimiento de las asimetrías existentes entre sus miembros, establece una innovadora estrategia de «velocidades múltiples»³⁰ y un «enfoque dinámico»³¹, que permiten que cada país determine su propio cronograma de aplicación y, de esta manera, quede vinculado a cumplir los compromisos asumidos, de acuerdo con su realidad y sus capacidades financieras, técnicas y materiales.

30 OMC, Informe sobre el Comercio Mundial 2015: Acelerar el comercio: ventajas y desafíos de la aplicación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC (Ginebra: OMC, 2016), 39.

31 Ibidem.

De esta manera, en el Artículo 14 se establecen tres categorías de disposiciones: A, B y C, que entrarán en vigencia y serán exigibles de acuerdo con las condiciones específicas aplicables a cada una de ellas. Cada País en Desarrollo o Menos Adelantado define voluntaria y soberanamente en qué categoría consigna cada una de las obligaciones sustantivas previstas en los Artículos 1 a 12 del Acuerdo; y así, lo notifica a la OMC. En ese sentido, detallamos las principales características de las tres categorías:

Categoría A – Contiene las disposiciones que los Países en Desarrollo deberán aplicar desde el momento en que el Acuerdo entre en vigencia. En el caso de los Países Menos Adelantados, serán exigibles después de un año de la fecha de entrada en vigencia. En el caso de los Países Desarrollados, todas las obligaciones se encuentran en esta categoría.

Categoría B – Las obligaciones consignadas en esta categoría entrarán en vigencia al vencimiento de un plazo de *vacatio legis* que los Países en Desarrollo o Menos Adelantados dispongan.

Categoría C – Las disposiciones que se encuentren dentro de esta categoría serán aplicables después de un período de transición establecido por cada País en Desarrollo o Menos Adelantado, y previa prestación de la correspondiente asistencia técnica o financiera y apoyo para la creación de las capacidades necesarias.³²

De manera complementaria, los beneficiarios del Trato Especial y Diferenciado podrían ser eventualmente excluidos de los procedimientos previstos en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC (Artículo 18.5). Asimismo, podrían transferir disposiciones entre las categorías B y C, previa notificación al Comité de Facilitación del Comercio (Artículo 19); y, naturalmente podrán acceder a mecanismos de asistencia y apoyo para la creación de capacidades, para lo cual, contarán con el apoyo de los Países Desarrollados, miembros donantes y otras organizaciones internacionales (Artículo 21). En el caso de los Países Miembros de la Comunidad Andina, el panorama general de la

32 Fuente: Lista de notificaciones
Disponible en: <https://www.tfafacility.org/es/notifications>

notificación de los compromisos asumidos, en virtud de las tres categorías descritas es el siguiente:

País Miembro	Categoría A	Categoría B	Categoría C
Estado Plurinacional de Bolivia ³	27	9	4
República de Colombia ⁴	35	2	0
República del Ecuador ⁵	13	17	8
República del Perú ⁶	32	3	2

Elaboración propia

Fuente: Lista de notificaciones.

Disponible en: <https://www.tfafacility.org/es/notifications>

Por último, en la Sección III del Acuerdo se encuentran las disposiciones institucionales, a través de las cuales se crea el Comité de Facilitación del Comercio, que es una estructura intergubernamental de carácter permanente, encargada fundamentalmente de administrar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo, y de realizar las coordinaciones necesarias entre los Comités Nacionales de Facilitación del Comercio que tienen que ser establecidos en el territorio de cada uno de los miembros. Como parte de la estructura institucional, el 22 de julio del año 2014, el Director General de la OMC dio a conocer la iniciativa denominada como «*Mecanismo para el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC*» que fue conformada, en atención a la solicitud de los Países en Desarrollo y de los Países Menos Adelantados, con el objetivo de contribuir a que esos países reciban efectivamente la ayuda que necesitan para poder beneficiarse plenamente del Acuerdo. Todo ello con miras a lograr la aplicación plena de este nuevo marco normativo. Del mismo modo, el Mecanismo tenía por finalidad coadyuvar con la preparación de las notificaciones de categorías para la aplicación del Trato Especial y Diferenciado; así como, desarrollar «programas de formación y creación de capacidades»; y, por último, contribuir con los miembros para acceder a la asistencia para la aplicación del Acuerdo que podrían prestar otros organismos regionales y multilaterales, los donantes bilaterales y otros colectivos de carácter financiero.

La culminación de la negociación en el año 2013 y la posterior entrada en vigencia del Acuerdo en 2017, sirvieron en gran medida para renovar las expectativas positivas sobre el sistema multilateral y su importante rol como foro principal de toma de decisiones en materia de comercio internacional. No obstante, poco duró este impulso mediático y político, pues en los años anteriores a 2020, la OMC fue perdiendo el liderazgo de las negociaciones comerciales, se fue desdibujando la estructura multilateral y, de alguna manera, se pudo advertir que se iba diluyendo el apoyo de los gobiernos nacionales hacia la labor de este Organismo. El caso de Estados Unidos es paradigmático, ya que la primera agenda comercial que trazó la administración del presidente Donald Trump en el año 2017³³ estableció como sus tres pilares fundamentales: (i) la defensa de la soberanía nacional sobre la política comercial de dicho país; (ii) la estricta aplicación de sus leyes comerciales nacionales; y, (iii) la renegociación de acuerdos comerciales, en desmedro de las iniciativas multilaterales o regionales.

En ese contexto, fue evidente la pérdida de capital político de la OMC que tiene, desde diciembre de 2019, paralizado el mecanismo de solución de controversias ante la falta de consenso para la renovación de los miembros del Órgano de Apelación y que vio renunciar a su Director General en el mes de mayo de 2020, ambos acontecimientos motivados principalmente por la denominada «Guerra Comercial» trabada entre Estados Unidos y China³⁴, que ocasionó, entre otros, una brusca desaceleración del comercio mundial entre los años 2018 y 2019³⁵.

En el año 2020, la Pandemia del COVID-19 ha alterado la realidad global en todos los aspectos. La emergencia sanitaria y las medidas que los

33 Disponible en:

<https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2017/AnnualReport/Chapter%20I%20-%20The%20President%27s%20Trade%20Policy%20Agenda.pdf>

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

34 Un estudio detallado sobre las tensiones comerciales entre Estados Unidos y China y su impacto en América Latina se puede encontrar en el Capítulo 1 de: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe, 2019 (LC/PUB.2019/20-P)*, Santiago, 2019.

35 *Ibidem*, 29 – 30.

países adoptaron para contenerla han generado una grave crisis económica. El pronóstico del Banco Mundial es que, en el año 2020, la economía global sufrirá la mayor contracción desde la segunda guerra mundial (con una caída del 5,2 %) ³⁶. La situación en América Latina y el Caribe será aún peor, ya que se estima un desplome del 7,2 % y, en el caso de los países de la Comunidad Andina, la caída económica alcanzaría, en promedio, el 7,7 % ³⁷. El mismo contexto negativo, se evidencia con el dramático descenso de la inversión extranjera directa ³⁸ y los flujos comerciales ³⁹ durante el primer semestre del año 2020. Asimismo, la OMC ha proyectado una caída de entre un 13 % y un 32 % del comercio internacional en relación con el año 2019.

Ante este escenario de incertidumbre, la cooperación y la integración regional, a través del fortalecimiento institucional y la optimización de normas y políticas económicas y comerciales comunes, constituyen las principales plataformas para otorgar seguridad y previsibilidad, impulsar la reactivación económica y promover el desarrollo integral de los países. Sobre el particular, António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, durante la presentación del informe de políticas sobre los efectos del COVID-19 en América Latina y el Caribe, en el mes de julio de 2020, expresó que, para reconstruir la región en el período post pandemia, es

36 World Bank. 2020. Global Economic Prospects, June 2020. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-1553-9. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO, ver páginas xv y 82.

Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/33748>

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

37 De acuerdo con datos del Banco Mundial, la reducción del Producto Interno Bruto alcanzará el 5,9% en Bolivia, el 4,9 % en Colombia, el 7,9 % en Ecuador y el 12 % en Perú.

Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/33748>

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

38 World Investment Report 2020. International Production Beyond The Pandemic.

Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

39 CEPAL. 2020. Los efectos del COVID-19 en el comercio internacional y la logística, Informe Especial COVID-19 No 6, 6 de agosto de 2020.

Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45877/1/S2000497_es.pdf

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

necesario transformar el modelo de desarrollo de América Latina y el Caribe, lo cual «conlleva una mayor integración económica regional», reforzando además «la gobernanza democrática, la protección de los derechos humanos y el estado de derecho»⁴⁰.

A su turno, Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) manifestó durante la Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en el mes de julio de 2020 que, «ante una economía mundial incierta y más regionalizada, profundizar la integración regional debe ser un componente esencial de cualquier estrategia de salida a la crisis para avanzar hacia un comercio más sostenible y resiliente»⁴¹. Asimismo, en la XX Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2020, reiteró que, «Nuestra región tiene una oportunidad histórica hoy para fortalecer la integración y el comercio intrarregional y además tiene que aprovechar que tiene su propia institucionalidad».⁴²

En ese sentido, la Comunidad Andina —el proceso de integración más antiguo y sólido de América del Sur— será gravitante para asegurar la aceleración del comercio subregional y con terceros países, fomentar

40 Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, en la presentación del informe de políticas sobre los efectos del COVID-19 en América Latina y el Caribe, de fecha 9 de julio de 2020.

Disponible en: <https://www.cepal.org/es/articulos/2020-reconstruir-mejor-es-necesario-transformar-modelo-desarrollo-america-latina-caribe>

41 Fecha de consulta: 10 de Agosto de 2020.

Pronunciamiento de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL en la LVI Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, de fecha 1 de julio de 2020.

Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/profundizar-la-integracion-regional-debe-ser-un-componente-esencial-cualquier-estrategia>

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

42 Pronunciamiento de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL en la XX Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), de fecha 24 de septiembre de 2020

Disponible en:

<https://www.cepal.org/es/noticias/cepal-llama-avanzar-nuevos-pactos-fiscales-politicos-sociales-justos-inclusivos-alcanzar-un>

Fecha de consulta: 10 de agosto de 2020.

nuevos flujos de inversión extranjera directa y asegurar la recuperación económica en un contexto global de contracción. Para ello, tanto los Países Miembros, como los agentes económicos —exportadores, importadores e inversionistas— requieren garantías, entre las que se destacan: la seguridad jurídica, el estado de derecho, el principio de legalidad y el acceso a una efectiva tutela judicial, ámbitos que son de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3.- La Facilitación del Comercio en la Comunidad Andina

En principio, la Comunidad Andina es una «Comunidad de Derecho»⁴³, pues cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo, vinculante, de aplicación inmediata y directa, que prevalece además sobre las disposiciones jurídicas locales. Asimismo, cuenta con un sistema exclusivo y excluyente de solución de controversias, que incluye a las autoridades nacionales —administrativas y judiciales—, a la Secretaría General y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Al respecto, la denominada zona andina de libre comercio fue conformada en el año 1993 por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela. La República del Perú no participó inicialmente y mantuvo Acuerdos Comerciales Bilaterales entre los años 1993 y 1997; y, a partir de ese año y hasta 2005, se fue incorporando gradualmente al esquema Subregional⁴⁴. Es decir que, desde el año 2006 está en plena vigencia para los actuales cuatro Países Miembros. Es importante recordar que el valor anual de las exportaciones intracomunitarias en el año 1970 alcanzaba aproximadamente los 75 millones de dólares. En el año 2012, se alcanzó el nivel más alto con más de 10 mil millones⁴⁵; y, en el año 2019, se superaron los 8 mil millones de dólares⁴⁶. Más allá de la reducción que seguramente se evidenciará en las cifras

43 Sobre el particular, se puede ver: Zelada (1989), Sáchica (1990), Pico Mantilla (1992), Quindimil (2006), Vigil (2011).

44 Secretaría General de la Comunidad Andina, Rumbo a los 50 años. El arduo camino de la Integración (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2017) 124 – 125.

45 Ibidem, 141.

46 Secretaría General de la Comunidad Andina, Comunidad Andina - Comercio Exterior de Bienes 2019.

Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/DEstadisticos/SGDE905.pdf>

correspondientes al año 2020, estas cifras demuestran el valioso potencial que tiene el mercado ampliado de la Comunidad Andina para sus Países Miembros. Dado lo expuesto, al margen de conocer los niveles cuantitativos de las exportaciones intracomunitarias, resulta de trascendental importancia identificar cuáles son los principales productos que se comercializan en la Subregión, pues históricamente la oferta exportable de los países andinos a sus principales mercados: Estados Unidos, Europa y más recientemente la China, ha estado concentrada fundamentalmente en una cantidad reducida de productos primarios, materias primas o *commodities*. Así, merece destacarse que, en el año 2019, el 83,8 % de las exportaciones intra-andinas estuvo conformado por productos manufacturados con valor agregado⁴⁷.

Desde el punto de vista jurídico, la zona andina de libre comercio se instrumentaliza a través del denominado «Programa de Liberación», el cual está regulado en el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena; y, a diferencia de lo que sucede con los Acuerdos de la OMC o los Acuerdos Comerciales Bilaterales, que establecen listas y cronogramas de desgravación arancelaria, el Programa de Liberación es automático e irrevocable, y comprende la universalidad de los productos⁴⁸. El objeto de dicho Programa es «eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.»⁴⁹ En ese sentido, se establece una obligación jurídica negativa (de no hacer) para los Países Miembros, los cuales deben abstenerse «de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.»⁵⁰

Al efecto, en el Artículo 73 del mencionado Acuerdo de Cartagena se define con claridad qué se entiende por gravámenes y qué se entiende por restricciones; y, del mismo modo, se establecen taxativamente las excepciones que pueden ser alegadas. A manera de ejemplo, un País Miembro podría adoptar excepcionalmente una medida que incida sobre las importaciones y, en consecuencia, afecte al Programa de Liberación,

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

47 Ibidem, 5.

48 Artículo 76 del Acuerdo de Cartagena.

49 Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

50 Artículo 77 del Acuerdo de Cartagena.

siempre que esa medida esté destinada a proteger la vida y la salud de las personas, los animales o los vegetales. Adicionalmente y sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Andino⁵¹, esa medida debe:

- Ser idónea para cumplir la mencionada finalidad.
- Necesaria (o insustituible); es decir, no debería haber otra medida menos lesiva o gravosa al comercio subregional andino que podría cumplir con la mencionada finalidad.
- Deber ser proporcional; esto es, que sus beneficios sean superiores a sus costos, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo; y,
- No debe ser discriminatoria.

Como se puede apreciar, estas disposiciones que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, constituyen la base jurídica que permite asegurar la libre circulación de mercancías en la Subregión y la consolidación del mercado ampliado. Son la garantía que tienen los agentes económicos para hacer negocios y formar las tan ansiadas y necesarias cadenas regionales de valor. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que son esencialmente las Mipymes de los Países Andinos, las cuales como se mencionó, constituyen cerca del 90 % del tejido empresarial de nuestros países, las que participan más activamente en el mercado subregional de bienes.

Por otra parte, en el caso en que un País Miembro se aparte de estas reglas y adopte unilateralmente una medida que podría ser considerada como un «gravamen». Es decir, un derecho aduanero o cualquier recargo de efecto equivalente, «sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incida sobre las importaciones»⁵²; o, establezca una medida que podría constituir una «restricción». Vale decir, «cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual se impida o dificulte las importaciones»,⁵³ se puede acudir ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, Órgano comunitario que tiene competencia para llevar adelante un procedimiento administrativo supranacional, con el propósito de determinar,

51 Sentencia recaída en el Proceso N° 01-AN-2014 del 19 de enero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 de fecha 8 de febrero de 2017.

52 Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

53 Ibidem.

cuando corresponda, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye un «gravamen» o una «restricción»⁵⁴.

La vigencia del Programa de Liberación, así como la posibilidad de acudir ante la Secretaría General de la Comunidad Andina en caso de inobservancia, representan una clara expresión de la seguridad jurídica que existe en la Subregión, la cual, ha contribuido sustancialmente a la evolución del comercio subregional y, sin duda, coadyuvará con la reactivación económica en el período post COVID-19. En ese sentido, en el momento en que las autoridades competentes de los Países Miembros diseñen sus políticas comerciales, deben tomar necesariamente en cuenta que forman parte de la zona andina de libre comercio, la cual está regulada por el ordenamiento jurídico comunitario andino, y establece un mercado ampliado en beneficio de los más de 111 millones de ciudadanos andinos.

Por otra parte, en relación con las disposiciones específicas sobre facilitación del comercio en la Comunidad Andina, es necesario remontarse al año 1999, cuando se llevó a cabo la Decimoprimera reunión del Consejo Presidencial Andino⁵⁵, en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. Esa fue la primera oportunidad en la que se encargó expresamente a la Comisión de la Comunidad Andina y al Consejo de Asuntos Aduaneros, la adopción de normas destinadas a «establecer procedimientos aduaneros ágiles y simplificados». Cinco años después, el propio Consejo Presidencial reunido en la ciudad de Quito, Ecuador⁵⁶, asumió el compromiso de impulsar un nuevo diseño estratégico del proceso, denominado «Integración para el Desarrollo», con el objetivo de profundizar la integración política, social, cultural y económica, y la cooperación. En ese contexto, la Secretaría General de la Comunidad Andina elaboró un estudio sobre «Identificación de acciones comunitarias adicionales a emprender en materia aduanera para la facilitación del comercio y el perfeccionamiento de la libre circulación de bienes», en el que destacaba la necesidad de adoptar un «plan estratégico en materia aduanera que permita cumplir con objetivos y acciones

54 Artículo 74 del Acuerdo de Cartagena

55 Documento oficial de la reunión disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=06>
Fecha de consulta: 28 de octubre de 2020.

56 Ibidem.

trazadas para la facilitación del comercio y el perfeccionamiento de la libre circulación de bienes en el territorio aduanero subregional»⁵⁷.

En ese sentido, el 7 de diciembre de 2011, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 770, que dispone en su Artículo 4:

El Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera tendrá como **Misión Comunitaria, el fortalecer las capacidades de los servicios aduaneros y coordinar la generación e implementación de normativa, procesos y mecanismos armonizados, orientados a facilitar el comercio de mercancías en la región**, para contribuir al desarrollo de los Países Miembros.⁵⁸

(Énfasis agregado)

En la misma línea, el Artículo 5 de la Decisión 770 prevé que:

La **Visión Comunitaria** del Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera será, **el constituirnos en un bloque comunitario aduanero, con procesos integrados apoyados en sistemas de información común e infraestructura tecnológica adecuada, orientados a facilitar las operaciones de comercio intra-regional, el control aduanero efectivo, y sustentado en recursos humanos altamente productivos.**

(Énfasis agregado)

57 Tercer considerando de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2003 de 9 de diciembre de 2011.

Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2003.pdf>

Fecha de consulta: 28 de octubre de 2020.

58 Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2003 de 9 de diciembre de 2011.

Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2003.pdf>

Fecha de consulta: 28 de octubre de 2020.

Asimismo, se establece que dicho Plan Estratégico tendría que ser aprobado mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina y deberá contar con la recomendación favorable del Comité Andino de Asuntos Aduaneros⁵⁹. Del mismo modo, se define la estructura⁶⁰, los factores críticos de éxito⁶¹ y los ejes estratégicos o pilares de dicho Plan⁶². De esta manera y sobre la base de esas disposiciones, el 3 de mayo de 2012, se aprobó el Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera, mediante la Resolución 1467 de la Secretaría General de la Comunidad Andina⁶³; el cual, en su Artículo 2 señala que los objetivos del Plan son los siguientes:

- (i) Desarrollar e implementar mecanismos que permitan la facilitación del comercio exterior en materia aduanera.
- (ii) Estructurar e implementar mecanismos que permitan la armonización en la legislación aduanera comunitaria.
- (iii) Estructurar y desarrollar sistemas para la coordinación entre las Administraciones Aduaneras y la participación de las entidades involucradas en el comercio exterior.
- (iv) Impulsar la implementación de herramientas que fortalezcan las capacidades tecnológicas de las Administraciones Aduaneras y los procesos de interconectividad entre las mismas.
- (v) Fortalecer el sistema de análisis de riesgo, orientado a la reducción de las prácticas de fraude aduanero.

59 Artículo 2 de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina.

60 Artículo 3 de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina.

61 Artículo 6 de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina.

62 Artículo 7 de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina.

63 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N ° 2048 de 4 de mayo de 2012. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2048.pdf>

Fecha de consulta: 28 de octubre de 2020.

Por último, en la citada Resolución se detallan las Estrategias Específicas⁶⁴, así como, los 28 Proyectos y Acciones⁶⁵ que tendrían que ejecutarse en el marco del Plan Estratégico. Entre las primeras se destaca la necesidad de fortalecer la gestión aduanera, enfocándose de forma prioritaria en el operador de comercio exterior. Al efecto, los Países Miembros de la Comunidad Andina se comprometieron, entre otros, a implementar: (i) la figura del Operador Económico Autorizado Andino; (ii) un sistema de digitalización y automatización de documentos aduaneros; (iii) un proceso de emisión de certificados de origen digital; y, (iv) la automatización del régimen de tránsito aplicando tecnologías de información.

En relación con el primer compromiso referido a la figura del Operador Económico Autorizado (OEA), es pertinente recordar que, después de los atentados terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, la OMA comenzó un intenso trabajo de actualización de los estándares de seguridad de la cadena logística y de transporte de mercancías. Así, durante las sesiones del Consejo de la OMA que se llevaron a cabo en el mes de junio de 2005, en Bruselas, Bélgica, los Países Miembros de dicho Organismo adoptaron el «Marco de normas SAFE para asegurar y facilitar el comercio mundial»⁶⁶. Este instrumento internacional proporciona una nueva mirada sobre la gestión integral del transporte internacional de mercancías, el cual, no pretende eliminar los controles que resulten necesarios, sino que promueve la eficiencia de las operaciones, a través de la utilización de las mejores herramientas, mecanismos y prácticas de inteligencia estratégica, gestión de riesgo, definición de perfiles de los operadores económicos, entre otros. De esta manera, se incentiva el cambio de rol de las aduanas, el cual fue preponderantemente de control y sanción, hacia un enfoque de prestación de servicios y promoción de

64 Artículo 3 de la Resolución 1467 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

65 Artículo 4 de la Resolución 1467 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

66 La última versión de las normas SAFE fue publicada en el año 2018 y se encuentra disponible en:

<http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/es/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/safe-package/safe-framework.PDF?la=en#:~:text=El%20Marco%20SAFE%20ofrece%2C%20entre,las%20mercanc%C3%ADas%20entre%20las%20fronteras>

Fecha de consulta: 26 de octubre de 2020.

incentivos. Al efecto, se establece además un esquema de responsabilidad compartida con las empresas del sector privado, reconociendo que son las principales usuarias de los servicios aduaneros.

En ese contexto, surge la figura del OEA que, de acuerdo con la definición que da el citado Marco de Normas SAFE es:

Una parte que interviene en el traslado internacional de mercancías con cualquier capacidad que le haya sido reconocida por o en nombre de una administración nacional aduanera que cumple con las normas de la OMA o las normas de seguridad equivalentes de la cadena logística. Los OEA pueden ser fabricantes, importadores, exportadores, agentes aduaneros, transportistas, agentes de grupaje de carga, intermediarios, operadores de puertos, aeropuertos o terminales, operadores de transporte integrado, operadores de almacenes, distribuidores o transitarios.⁶⁷

De esta manera, todas las empresas que obtengan la certificación como OEA pueden acceder a una serie de beneficios que les permite, ante todo, aprovechar al máximo los esquemas de facilitación del comercio implementados por las administraciones nacionales. De acuerdo con el Marco de Normas SAFE 2018, estos beneficios incluyen:

Un despacho de aduana más rápido para la carga de bajo riesgo, seguridad mejorada, eficiencia del costo de la cadena logística gracias a la eficacia en la seguridad, mejor reputación de la empresa, mayores oportunidades comerciales, mejor comprensión de los requisitos aduaneros y comunicación más efectiva entre el OEA y la administración aduanera. Los OEA que cumplan con los criterios establecidos en el Anexo IV también deberían beneficiarse, además de las ventajas relacionadas con la seguridad, de las medidas de simplificación aduanera.⁶⁸

En el ámbito subregional, todos los Países Miembros de la Comunidad Andina han venido implementando esta importante figura, que, sin duda,

67 Ibidem, Anexo I.

68 Ibidem, 23 – 24.

coadyuva para que las empresas eleven sus niveles de competitividad, con miras a ampliar su participación en los mercados regionales y globales. Así, al mes de octubre del año 2020, Bolivia cuenta con 43 empresas debidamente certificadas como OEA⁶⁹, las cuales actúan en los diferentes eslabones de la cadena logística —Importador, exportador, despachante y transportista—. En el caso de la República de Colombia, este país cuenta con 215 OEA certificados⁷⁰; y, la República del Perú con 200 OEA certificados⁷¹. Por otra parte, de acuerdo con el «Estudio sobre los programas operador económico autorizado en los países miembros de la ALADI» de 2020⁷², Ecuador contaba en 2015 con 5 empresas certificadas en tal calidad.

Sobre el particular, un avance fundamental en la Comunidad Andina, fue la suscripción por parte de la Aduana Nacional del Estado Plurinacional de Bolivia (ANB), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de Colombia, el Servicio Nacional de Aduana de la República del Ecuador (SENAE) y la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) del Perú, del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo del Operador Económico Autorizado (OEA), en la ciudad de Lima, Perú, el 24 de mayo de 2019. A partir de la entrada en vigencia de este importante instrumento, un OEA certificado como tal en uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina accede a todos los beneficios decurrentes de esa calidad en los demás países. En ese sentido, se avanzó hacia la compatibilidad de estándares y procedimientos aplicables por los servicios aduaneros, aspecto que permitirá generar mayor eficiencia en las

69 De acuerdo con datos oficiales de la Aduana Nacional de Bolivia, disponibles en: https://www.aduana.gob.bo/oea/certificadas-pag?field_empresa_value=&field_tipo_de_operador_est_segur_tid=All&field_fecha_de_habilitacion_value%5Bvalue%5D%5Bdate%5D=&field_fecha_hasta_value%5Bvalue%5D%5Bdate%5D
Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

70 De acuerdo con datos oficiales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN disponibles en: <https://www.dian.gov.co/aduanas/oea/inicio/Paginas/UsuariosAutorizados.aspx>

71 De acuerdo con datos oficiales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT disponibles en: <http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/oea/empresasCertificadas.html>
Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

72 Disponible en: http://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALADI/Secretaria_General/SEC_Estudios/229rev2.pdf
Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

operaciones de comercio exterior, con mecanismos de verificación menos intrusivos y la reducción de inspecciones físicas y documentales. De esta manera, se pretende agilizar el levante y despacho aduanero, garantizando, por una parte, un adecuado y seguro intercambio de información de las empresas certificadas como OEA; y, por otra, contribuyendo a la profundización de la cooperación entre las administraciones nacionales que pueden compartir su experiencia y las mejores prácticas para continuar facilitando el comercio.

En relación con los otros tres proyectos vinculados con la digitalización y automatización de documentos aduaneros, que incluye a los certificados de origen, y la automatización del régimen de tránsito, merece destacarse que el 26 de mayo de 2019, en el marco de la celebración del Consejo Presidencial Andino, en la ciudad de Lima, Perú, se estableció el mandato de constituir y consolidar una «Agenda Digital Andina», entre otros, mediante la «implementación de plataformas digitales de intercambio de información en tiempo real, con el fin de facilitar el tránsito de personas, mercancías y facilitar los trámites aduaneros»⁷³. En cumplimiento de ese mandato, en el mes de octubre de 2019, las Aduanas de los Países Miembros acordaron trabajar en un «Plan Piloto de Interoperabilidad», que se iniciará con el intercambio de datos correspondientes a la Declaración Andina del Valor, sobre la base del Modelo de Datos de la OMA. Del mismo modo, el 26 de mayo del año 2020, se aprobó la Decisión 856⁷⁴ que establece las Condiciones para la emisión y recepción de Certificados de Origen Digital en la Subregión, con lo que, se continúan dando pasos importantes destinados a facilitar el comercio. No obstante, aún existen desafíos pendientes, especialmente relacionados con la plena ejecución de los 28 proyectos y acciones delineados en el Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera.

73 Declaración Presidencial de Lima: 50 Años de la Comunidad Andina
Disponible en: [http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?Gru-
Doc=06](http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?Gru-
Doc=06)

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

74 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3980 de fecha 26 de mayo de 2020.

Disponible en: [http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Ga-
ceta%203980.pdf](http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Ga-
ceta%203980.pdf)

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

Por último, pero no menos importante, corresponde hacer una especial mención a las denominadas «Cadenas Globales de Valor». Al respecto, Baldwin señalaba ya en el año 2012, que, se había iniciado una «segunda fragmentación» de la globalización, la cual, había ocasionado que las cadenas de suministro del comercio internacional comenzaran a fraccionarse en etapas más específicas de producción y aumentara el grado de «dispersión geográfica»⁷⁵. En ese mismo estudio, Baldwin destaca que, una adecuada articulación de las empresas en los espacios regionales y globales puede contribuir a «adquirir una mayor proporción de valor agregado a lo largo de una cadena de suministro»⁷⁶, en lugar de intentar acciones individuales que pueden tener un mayor grado de dificultad. Ahora bien, de acuerdo con un estudio más reciente sobre el tema, De Lombaerde y Lizarazo⁷⁷ afirman que, «Desde un punto de vista empírico, muchas cadenas de valor tienen un alcance más regional que global»⁷⁸ y que su desarrollo:

Está impulsado por las empresas, pero interactúa fuertemente con el contexto político e institucional, y más específicamente con la liberalización regional del comercio y la armonización de reglas. Al reducir o eliminar las barreras al comercio a nivel regional y facilitar el comercio transfronterizo, los gobiernos reducen los costos de las transacciones transfronterizas y ‘ofrecen’ condiciones favorables para el desarrollo de las CVR, mientras que estas últimas crean una ‘demanda’ de (más) políticas regionales de liberalización del comercio.⁷⁹

Como se puede apreciar, la formación de cadenas de valor, en el marco de las relaciones comerciales regionales y globales, constituye una valiosa herramienta para fortalecer las capacidades productivas, desarrollar

75 Richard Baldwin, *Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going*, 2012.

Disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/aid4tradeglobalvalue13_part1_e.pdf

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

76 Ibidem, 77.

77 Philippe De Lombaerde y Liliana Lizarazo Rodríguez, Chapter 11 – The IPE of Regional Value Chains, en *Vinaves, Ernesto, ed. The Routledge Handbook to Global Political Economy: Conversations and Inquiries*. (Ney York y Londres: Routledge, 2020) 194-210.

78 Ibidem, 207.

79 Ibidem, 207-208.

mayores niveles de competitividad y contribuir con una mayor integración de mercados y una mejor inserción de los países y sus agentes económicos a los principales flujos económicos mundiales. En ese sentido, los Países Miembros de la Comunidad Andina tienen nuevamente una oportunidad de profundizar su dinámica comercial, aprovechando todos los avances descritos en materia de facilitación del comercio, tanto aquellos desarrollados en el marco del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC, como aquellos que son el resultado de los esfuerzos subregionales, especialmente en el periodo pos COVID-19, en el que el comercio intrazona constituirá uno de los principales mecanismos de reactivación económica.

Conclusiones

La facilitación del comercio tiene como principal objetivo reducir los costos comerciales asociados a las operaciones de exportación e importación, con miras a dinamizar los flujos comerciales, promover la integración de los mercados y contribuir con el crecimiento económico y la generación de empleo. En ese sentido, constituye un valioso instrumento para los Países Miembros de la Comunidad Andina, especialmente para el periodo post COVID-19, en el que será necesario trabajar de manera conjunta para reactivar las economías nacionales y re potencializar las relaciones comerciales en el mercado ampliado y con terceros países.

Los Países Miembros de la Comunidad Andina han desarrollado en los últimos años una serie de reformas normativas e institucionales; y, del mismo modo, han llevado adelante diversos proyectos de mejora de su infraestructura física y digital, todo con el propósito de optimizar sus servicios aduaneros en el marco de los compromisos asumidos con la ratificación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC. Si bien es evidente que se ha alcanzado un importante grado de implementación de los compromisos específicos de dicho Acuerdo, es esencial que los cuatro países continúen con ese proceso hasta alcanzar su pleno cumplimiento, pues de acuerdo con la OMC⁸⁰, en ese momento, los costos comerciales de Bolivia y Perú podrían alcanzar una reducción de entre el 15,8 % y el 23,1

80 Datos disponibles en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tfa_factsheet2017_s.pdf

Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

%; y, en el caso de Colombia y Ecuador esa reducción podría ser de entre 12.2 % y 13.9 %.

En la misma línea, los Países Miembros de la Comunidad Andina han contribuido activamente con la implementación de la iniciativa subregional denominada como Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera; el cual, determina que el fortalecimiento de las capacidades de los servicios aduaneros constituye una misión comunitaria y que, la visión andina debe estar orientada a establecer un bloque comunitario aduanero con procesos integrados y apoyados en sistemas de información común e infraestructura tecnológica adecuada. En ese contexto, se avanzó hacia la puesta en funcionamiento de la certificación de OEA, potencializada con la adopción del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo, y también hacia la digitalización de algunos documentos y procesos.

No obstante, aún existen numerosos desafíos vinculados con los proyectos y acciones que forman parte del mencionado Plan Estratégico, entre los cuales, se tienen que priorizar: (i) la automatización del régimen de tránsito; (ii) la modernización de la infraestructura de los Centros Binacionales de Atención en Frontera (CEBAF); (iii) el desarrollo de redes electrónicas para la interconexión de las administraciones aduaneras; (iv) el desarrollo de un manual comunitario de gestión de riesgos; y, (v) la implementación de la interoperabilidad entre las Ventanillas Unicas de Comercio Exterior (VUCE).

Es evidente que la Pandemia provocada por el COVID-19 ha generado una crisis sanitaria y económica de proporciones globales, y ello, a su vez, ha provocado un escenario de temor, incertidumbre e inseguridad. Así, el fortalecimiento institucional de la Comunidad Andina y la optimización de normas y políticas económicas y comerciales comunes, entre las que destacan aquellas orientadas a la facilitación del comercio, constituyen las principales plataformas para otorgar seguridad y previsibilidad, impulsar la reactivación económica y promover el desarrollo integral de los países. En ese sentido, la formación de cadenas regionales de valor representa una oportunidad para fortalecer las capacidades productivas, desarrollar mayores niveles de competitividad y contribuir a la inserción de los países, y de sus agentes económicos, a los principales flujos económicos regionales y mundiales.

Referencias bibliográficas

Anderson, James E., y Eric Van Wincoop. Trade costs (Cambridge: Journal of Economic literature 42.3, 2004), 691-751.

Arvis, Jean-François et al. Trade costs in the developing world: 1995 - 2010, (Bangkok: ARTNeT Working Paper Series, No. 121, 2012)

Baldwin Richard, Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going, (Ginebra: OMC, 2012)

CEPAL. 2020. Los efectos del COVID-19 en el comercio internacional y la logística, Informe Especial COVID-19 No 6, (Santiago de Chile: CEPAL, 2020)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe, 2019 (LC/PUB.2019/20-P), (Santiago de Chile: CEPAL, 2019)

De Lombaerde, Philippe y Liliana Lizarazo Rodríguez, Chapter 11 – The IPE of Regional Value Chains, en Vivares, Ernesto, ed. The Routledge Handbook to Global Political Economy: Conversations and Inquiries. (Ney York y Londres: Routledge, 2020) 194-210

Duval, Yann. Trade facilitation beyond the Doha Round of negotiations, (Bangkok: ARTNeT Working Paper Series No. 50, 2007) 1 – 26.

Grainger, Andrew. Trade facilitation: a conceptual review. (The Netherlands: Kluwer Law International BV, Journal of World Trade 45, 2011)

OMC, Informe sobre el Comercio Mundial 2015: Acelerar el comercio: ventajas y desafíos de la aplicación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC (Ginebra: OMC, 2016)

Organización Mundial de Aduanas, Marco de norma SAFE 2018 (Bruselas: OMA, 2018)

Secretaría General de la Comunidad Andina, Comunidad Andina - Comercio Exterior de Bienes 2019 (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2019)

Secretaría General de la Comunidad Andina, Rumbo a los 50 años. El arduo camino de la Integración (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2017)

UNCTAD, World Investment Report 2020. International Production Beyond The Pandemic (Ginebra: UNCTAD, 2020)

World Bank. 2020. Global Economic Prospects, June 2020. (Washington, DC: World Bank, 2020)

Textos de la Organización Mundial del Comercio

- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
- Acuerdo sobre facilitación del comercio
- Declaración Ministerial de Doha
- Decisión adoptada por el Consejo General de la OMC el 1º de agosto de 2004 - Documento WT/L/579.

Textos de la Comunidad Andina

- Acuerdo de Cartagena
- Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina
- Declaración Presidencial de Lima: 50 Años de la Comunidad Andina
- Resolución 1467 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO II

ANÁLISIS COMPARADO DE LAS MEDIDAS EN FRONTERA VIGENTES EN ECUADOR Y EN LA UNIÓN EUROPEA, FRENTE AL COMERCIO ILÍCITO DE MERCANCÍAS CON MARCAS FALSIFICADAS Y OBRAS PIRATEADAS

Jorge Núñez Grijalva¹,

María Daniela Núñez Viera², Massimiliano Geraci³.

Introducción

Este trabajo es uno de los resultados del proyecto de investigación “Propiedad Intelectual y Responsabilidad Social Empresarial en la protección de los productos/servicios de las Mipymes ante el mercado: casos de estudio”, al cual pertenecen los autores, auspiciado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

El propósito del estudio fue desarrollar, mediante la metodología analítica-crítica, un trabajo de Derecho Comparado entre el marco jurídico de la Unión Europea (en adelante UE) y el marco jurídico de Ecuador, respecto a las posibles medidas en frontera a adoptarse para enfrentar el comercio ilícito de mercancías con marcas falsificadas y obras pirateadas. Cabe mencionar que estas dos clases de actos ilícitos, a nivel mundial

1 Jorge Núñez Grijalva: Abogado, Universidad Nacional de Loja; Magister en Gestión Estratégica Empresarial-Mba, Universidad Técnica de Ambato; Magister en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha; Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina; docente titular y Prorector de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

2 María Daniela Núñez Viera: Abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Master en Comercio Internacional y Relaciones Internacionales, Università degli Studi di Palermo, Italia; Máster (c) en Administración de Empresas, Universidad Politécnica de Madrid; investigadora invitada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

3 Massimiliano Geraci: Licenciado en Ciencias Políticas, Università degli Studi di Palermo, Italia; Master en Ciencias de la Administración-Gestión Pública, Università degli Studi di Palermo; investigador invitado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

generan graves perjuicios a los derechos de propiedad intelectual cada año, tanto a los titulares de las marcas registradas como a los titulares de las obras reproducidas sin autorización del autor o de la ley.

Como parte del análisis de la normativa ecuatoriana en vigencia dentro del tema de estudio, se consideró necesario abordar de forma simultánea el marco jurídico pertinente al interior de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), a la cual pertenece Ecuador. De otra parte, cabe aclarar que se impulsó un estudio comparativo con la normativa de la UE, en vista de que gracias a la adhesión de Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea en el año 2016⁴, este grupo de naciones constituye hoy por hoy el principal mercado para los productos alimenticios y manufacturados de origen ecuatoriano, siendo por lo tanto de interés, estudiar todo lo relativo a la relación jurídica-comercial que se desarrolle entre Ecuador y la UE.

A partir de la liberalización de los mercados y la creación de entidades técnicas de apoyo a este proceso, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) en 1995⁵, resulta innegable que la economía planetaria ha experimentado un rápido crecimiento, merced al intercambio masivo de bienes y servicios entre todos los países del orbe. Así, por ejemplo, se puede mirar el crecimiento que han experimentado las exportaciones de la Comunidad Andina de Naciones de 2000 a 2017⁶:

4 El Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador” y Anexos, entró en vigencia en Ecuador a artir de su publicación en el registro Oficial N.- 807, de fecha 23 de diciembre de 2016.

5 La OMC fue creada como resultado de la Ronda Uruguay de negociaciones entre los países miembros del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio-GATT, el cual regentó el comercio mundial desde 1948 hasta 1994. Mientras que el GATT se había ocupado principalmente del comercio de mercancías, la nueva OMC y sus diversos acuerdos abarcaban, además, al comercio de servicios y a la propiedad intelectual, e implantaban nuevos procedimientos para la solución de diferencias.

Fuente: Organización Mundial del Comercio-OMC, *Historia del sistema multilateral de comercio*, Ginebra, 2020, sp; recuperado de: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm, con fecha 17 de julio de 2020.

6 Fuente: OMC, *Estadísticas sobre el comercio de mercancías; Datos anuales sobre el comercio*, Ginebra, 2020; recuperado de: https://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/merch_trade_stat_s.htm, con fecha 17 de julio de 2020.

Exportación anual de mercancías de la Comunidad Andina de Naciones- CAN
Período 2000-2017

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Valor (en millones de USD)	2,025	2,323	2,538	2,918	3,364	4,535	5,189	5,919	7,011	5,845	7,818	9,317	12,438	9,919	9,761	7,599	7,126	7,630

Elaboración propia

Fuente OMC

A pesar de las notables variaciones que ha experimentado el valor de mercancías totales exportadas por los países de la CAN en ciertos años de la serie, este ha logrado recuperarse en cada caso, manteniendo en términos generales una tendencia general creciente. De esta manera, se puede observar que en términos relativos, el valor del último año de la serie (2017) presenta un incremento del 277% respecto al primer año de la misma (2000), lo cual es muestra de que el comercio exterior de la CAN se ha visto incrementado de manera importante a consecuencia del nuevo contexto mercantil de alcance global y de los elementos que lo componen, siendo uno de los principales la generación de un marco jurídico común que proporcione seguridad y estabilidad⁷, tanto a los intercambios mercantiles que se generen entre privados, como a la generación de políticas públicas globales, regionales o locales para impulsarlos y protegerlos⁸.

La descrita situación de fortalecimiento del comercio exterior en la CAN (a la cual pertenece Ecuador), colabora de manera trascendental hacia el desarrollo económico y social de cada nación, mediante una mayor producción de bienes y servicios, la creación de nuevas fuentes de empleo y el incremento de los ingresos fiscales, siendo esto últimos, a su vez, los que posibilitan mejorar las respectivas prestaciones estatales en educación, salud, seguridad, entre otros servicios indispensables para materializar un efectivo estado de bienestar en la población.

7 Por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio-ADPIC, de alcance global; y, la Decisión Andina 770, a nivel de la CAN.

8 Por ejemplo, la política nacional de impulso al comercio exterior contenida en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, de Ecuador.

A pesar de este efecto positivo generado por la globalización de mercados, también existen efectos negativos, siendo uno de ellos el incremento paralelo del comercio no formal, es decir, aquel comercio que no se ejecuta dentro de los límites señalados por el marco jurídico vigente. Como ejemplo de esta corriente, se tiene el comercio de mercancías con marcas falsificadas, el cual lesiona tanto los derechos de propiedad industrial de los titulares de marcas registradas y de los consumidores, como también el propio sistema de libre y leal competencia que debe imperar en el mercado.

En la búsqueda de plantear posibles soluciones a esta problemática, el estudio se propuso como objetivo principal, comparar las medidas en frontera vigentes en Ecuador y la UE frente al comercio ilícito de mercancías con marcas falsificadas y de obras pirateadas. La comparación entre Ecuador y la UE toma relevancia dada la existencia del Acuerdo Comercial Multipartes⁹, el cual como ya se ha mencionado, a partir de 2016 constituye el más importante medio para dinamizar el comercio exterior ecuatoriano en el inicio del presente del Siglo XXI.

El problema de estudio fue abordado desde los ángulos doctrinario, normativo y jurisprudencial, habiéndose apoyado en el método analítico – crítico, buscando generar un mayor conocimiento y difusión dentro de la sociedad ecuatoriana, capaz de orientar (de ser el caso) el fortalecimiento del marco jurídico y la adopción de medidas preventivas y correctivas frente a la problemática citada.

9 La suscripción del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia, Perú y Ecuador, por otra, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N.- 780 de 24 de noviembre de 2016 y su Protocolo de Adhesión publicado en el Registro Oficial Suplemento N.- 808 de 23 de diciembre de 2016, entrando en vigencia el 1 de enero de 2017, permitió que Ecuador se convierta en el tercer país de la Región Andina en ser parte del mismo, luego de Colombia y Perú, los cuales se adhirieron en el año 2013. Entre sus múltiples objetivos, el Art. 4 del Acuerdo contempla los siguientes: “(...) (b) la facilitación del comercio de mercancías mediante, en particular, la aplicación de las disposiciones acordadas en materia de aduanas y facilitación del comercio, normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad y medidas sanitarias y fitosanitarias; (...) (d) el desarrollo de un clima conducente a un creciente flujo de inversiones y en particular, la mejora de las condiciones de establecimiento entre las Partes en virtud del principio de no discriminación”. Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, y Anexos (2016). R.O. 808, Quito, p. 10.

1. Marco conceptual

El comercio no es un fin en sí mismo. Es una herramienta en beneficio de las personas¹⁰.

Cecilia Malmström, Comisionada de Comercio de la UE, 2015.

El comercio es uno de los engranajes que impulsa la evolución de la sociedad. Desde la aparición del primer tipo arcaico de civilizaciones el intercambio de bienes ha sido un instrumento fundamental para sostener el desarrollo y fomentar la paz entre las diferentes culturas. De hecho, el comercio internacional, al fortalecer las relaciones entre las naciones, es un importante instrumento para el mantener la paz. Es notorio el caso de la *pax mongólica*, que ha permitido el desarrollo de la Ruta de la Seda, un medio vital de desarrollo para Europa y Asia durante el final de la Edad Media. En los últimos tiempos, después de dos conflictos mundiales y el colapso de los imperios nacionales, el comercio internacional ha vuelto a ser un instrumento esencial para apoyar la paz internacional, el crecimiento económico y fomentar el desarrollo tecnológico. El comercio internacional ha promovido un crecimiento estable del Producto Interno Bruto (PIB)¹¹ mundial.

Desde un valor de USD 9,25 billones en 1950 hasta un notable valor de USD 108,12 billones en 2015¹², contribuyendo sin duda alguna al desarrollo social y económico a nivel internacional. Nuevos instrumentos como las marcas protegen los derechos de las empresas en un mercado globalizado que, a pesar de que desde 1948¹³ la creación de organizaciones

10 Comisión Europea (2015). Towards a More Effective, Transparent and Responsible Trade and Investment Policy, p.5.

11 El PIB es la medida estándar del valor agregado creado a través de la producción de bienes y servicios en un país durante un período determinado. (Organización para la cooperación económica y el desarrollo)

12 Our World in data based on World Bank & Maddison (2017). World GDP over the last two millennia. Recuperado de: https://ourworldindata.org/grapher/world-gdp-over-the-last-two-millennia?time=1900..2015&country=~OWID_WRL con fecha 12 de Agosto, 2020.

13 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) 1 de enero de 1948 reemplazado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) que oficialmente inició su actividad el 1 de enero de 1995 bajo el Acuerdo de Marrakech del 15

internacionales y la concreción de una red global de acuerdos comerciales, todavía necesitan reglas aduaneras sólidas para limitar el comercio de mercancías falsificadas.

1.1 El comercio internacional de mercancías

El fundamento que subyace en la relación entre el comercio internacional y el crecimiento nacional sugiere que las economías necesitan exportar bienes y servicios a fin de generar ingresos para financiar bienes y servicios importados que no pueden producirse localmente¹⁴.

(Coutts and Godley, 1992; McCombie and Thirlwall, 1992)

Según la Comisión Europea¹⁵, la Unión Europea (UE) es el mayor socio comercial de unos 80 países y el segundo socio más importante de otros 40 a nivel mundial. Desempeña un papel fundamental en el comercio internacional como el mayor importador y exportador de servicios y bienes del mundo, el mayor inversor extranjero directo y el destino más importante de la inversión extranjera directa (IED). Esta apertura hacia el intercambio de mercado global es una parte vital de su PIB, contribuyendo a mantener su sector industrial y manufacturero estratégico y a aumentar la cantidad de trabajo para los europeos y no.

La relación entre estas naciones convierte a Latinoamérica en el principal destino de los inversores de la UE. Los Tratados de Libre Comercio (TLC)¹⁶ se están celebrando actualmente con varios países de

de abril de 1994.

14 Coutts, K. y Godley, W. (1992). Does Britain's balance of payments matter any more?, en Michie, J. (Ed.), *The Economic Legacy 1979-1992*, Academic Press, London, p. 60-7.

15 Ver nota 6.

16 La UE, Colombia y Perú concluyeron negociaciones comerciales en 2011. El Acuerdo Comercial UE-Colombia / Perú se firmó en junio de 2012. El acuerdo se aplica provisionalmente con Perú desde marzo de 2013 y con Colombia desde agosto de 2013. Las negociaciones para la adhesión de Ecuador al acuerdo comercial con Colombia y Perú se celebraron en julio de 2014. El Protocolo de Adhesión de Ecuador se firmó en noviembre de 2016 y se aplica provisionalmente desde el 1 de enero de 2017, fuente: Comisión Europea (2020). Countries and región, Andean Community. Recuperado de : <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/andean-community/> con fecha 13 de Agosto, 2020.

América Latina como Ecuador, Colombia y Perú, manteniendo no solo el crecimiento económico mutuo, sino también estrechando un vínculo social basado en una agenda compartida de desarrollo sostenible e integración regional. Por lo que respecta a Ecuador, este tiene como punto fuerte su sector petrolero y las exportaciones de productos agrícolas, es así que la UE importa principalmente productos agrícolas, no agrícolas y materias primas; mientras que exporta mercancías no agrícolas, maquinaria, productos químicos, entre otros.

En un estudio realizado en 2010 por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe sobre los impactos de los TLC entre Ecuador y la UE, los resultados **señala que** los efectos sobre las importaciones ecuatorianas desde la UE son significativos, particularmente en los sectores que actualmente son los más protegidos (carne y productos cárnicos, cereales, bebidas, textiles y confecciones, madera y productos de madera, maquinaria y equipo). Más aún a medida que Ecuador también obtiene un mejor acceso al mercado de la UE para sus bananas (para que de este modo Ecuador pueda financiar más compras a la UE)¹⁷.

Teniendo en cuenta los datos disponibles actualmente, no se puede dar dictamen general sobre el impacto de los TLC entre Ecuador y la UE, sin embargo, según los datos proporcionados por la Comisión Europea, esta relación comercial ha ido mejorando constantemente desde 2015¹⁸ aumentando el nivel de importación y exportación para ambos socios. Por lo tanto, se sugieren más estudios para investigar el impacto en el desarrollo resultante de este acuerdo.

17 Wong, S. y Kulmer, V. (2011), Poverty impacts of trade integration with the European Union: lessons for Ecuador en Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (2011). Trade, poverty and complementary policies in Latin America. p 43.

18 Comisión Europea (2020). Overview Ecuador. Recuperado de: https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/overview_ecuador_en.pdf, con fecha 12 Agosto, 2020

1.2 La marca como elemento identificador de productos y servicios dentro del comercio exterior

Actualmente, la mayor parte de la participación del PIB nacional proviene de los servicios. Los países desarrollados dependen cada vez más de este sector para expandir su producción nacional, y para hacerlo entre de todos los tipos de instrumentos para proteger sus derechos de propiedad intelectual (PI), la mayoría ha optado por utilizar las marcas comerciales¹⁹.

En un mercado global, las empresas cuentan con el campo de PI para proteger su ventaja competitiva y para ser reconocidas por los clientes, estos de hecho buscan marcas reconocidas debido al valor de su reputación. Por lo tanto, la marca constituye un elemento esencial para las empresas en las economías de mercado modernas ya que es una fuente importante de orientación para los clientes en la vida cotidiana. Por lo tanto, comprender qué es una marca y cómo afecta los resultados del mercado es vital para una empresa que desea ingresar al mercado globalizado.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI)²⁰, una marca registrada es un signo capaz de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas y de proteger los derechos de propiedad intelectual²¹. La capacidad de la marca para distinguir un producto en el mercado es fundamental para reequilibrar las asimetrías de información dentro del mercado internacional entre clientes y productores.

Aunque los clientes son cada vez más conscientes hoy en día (que en el pasado) sobre las características de los productos disponibles en el mercado, no todos tienen el tiempo ni la voluntad de gastar energías en descubrir nuevos sectores de mercado específicos o las características de

19 Brands – Reputation and Image in the Global Marketplace, 2013

20 La OMPI es el foro mundial de servicios, políticas, información y cooperación en materia de propiedad intelectual (PI), y también es una agencia autofinanciada de las Naciones Unidas, con 193 estados miembros, fuente: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>

21 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (n.d.). What is a trademark? Recuperado de: https://www.wipo.int/trademarks/en/index.html#accordion_collap-se_01, con fecha 14 Agosto, 2020.

nuevos productos. Estos clientes desinformados suelen confiar o en el 'boca a boca' o en la mayoría de los casos en la reputación de una marca ya consolidada para elegir el producto o servicio a adquirir.

A manera de conclusión anticipada, se puede decir que las marcas actúan como reductores del tiempo de investigación para los clientes y como activos estratégicos y ventajas competitivas para las empresas. En este sentido la marca proporciona una doble función: por un lado, registrar una marca ayuda a una empresa a destacarse en el mercado global, haciéndola reconocible por los clientes y creando un vínculo de valor con ellos.

Por el otro lado, el registro de una marca brinda protección legal a sus activos más valiosos frente al uso ilícito por parte de otras empresas; esto explica por qué las marcas comerciales son la forma de propiedad intelectual más utilizada en el mundo²². Así, como elemento principal de las acciones de intercambio en los mercados, la marca ha pasado a ser un elemento de gran importancia para la convivencia en su interior, ya que además de las funciones antes anotadas, permite que la sociedad desarrolle diversidad de interrelaciones sociológicas, psicológicas y culturales entre sus miembros (OMPI)²³, amén de identificar con claridad su origen empresarial (Zuccherino y Mitelman)²⁴.

Finalmente, dentro de la gestión empresarial o institucional, la marca representa el principal medio a emplearse para alcanzar el anhelado posicionamiento comercial o de imagen institucional, respectivamente, sobre la base de la fijación y recordación dentro de la mente del consumidor o usuario, de los importantes atributos del producto o servicio representados por la marca (Kotler y Armstrong)²⁵, otorgando de esta forma a la empresa o institución una clara ventaja competitiva sobre sus similares.

22 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2019). Facts and Figures. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/infogdocs/en/ipfactsandfigures2019/>, con fecha 14 Agosto, 2020.

23 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2016). ¿Qué es una marca?. Zurich; recuperado de: <http://www.wipo.int/trademarks/es/>, con fecha 20 de noviembre de 2016.

24 Zuccherino, Daniel y Mitelman, Carlos (1997). Marcas y Patentes en el GATT, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

25 Kotler, Phillip y Armstrong, Gary (2012). Marketing, 14 ed., México, Ed. Pearson.

1.3 Los derechos de propiedad industrial del titular de una marca registrada

En un mercado globalizado altamente competitivo, proteger la ventaja competitiva es fundamental para aquellas empresas que confían en contenidos originales, por lo que el registro de marca es altamente sugerido a las empresas que realicen contenidos originales. El registro de una marca comercial otorga a los titulares de derechos el uso exclusivo de la marca y su valor intrínseco de reputación, además permite al propietario de la marca registrada explotar indirectamente su potencial al otorgarle licencias a terceros a cambio de un pago. El propietario de una marca al cumplir con el proceso de registro de su marca adquiere tres derechos principales: el uso exclusivo de la misma, la posibilidad de licenciarla y la facultad de prevenir su uso no autorizado y por último reclamar una indemnización por su uso ilícito.

Uno de los deberes del Estado es proporcionar un marco legal capaz de asegurar de manera clara y sencilla la protección de los derechos públicos y privados. Por lo que respecta a las marcas, la UE regula su uso con el Reglamento 2017/1001²⁶. En art. 1 explica la característica esencial de la unidad y extiende su protección a toda la Unión. El Art. 5 aclara que el titular de una marca registrada puede ser una persona física o jurídica, lo cual incluye a las autoridades establecidas de derecho público. El Art. 9, numerales 1-4 establece los derechos conferidos por la UE al titular de una marca los cuales son exclusivos “[s]in perjuicio de los derechos de los propietarios adquiridos antes de la fecha de presentación o la fecha de prioridad de la marca de la UE”²⁷.

El titular del derecho sobre la marca registrada tiene la facultad de impedir que terceras personas utilicen dicha marca sin su consentimiento, así como también puede impedir la introducción a la Unión de mercancías procedentes de terceros países que lleven sin autorización una marca idéntica a la marca de la UE registrada con respecto a dichos productos.

26 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2017). Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 154 de 16.6.2017. Recuperado de: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj>, con fecha 15 Agosto, 2020.

27 Ibidem

Por su parte la Decisión 486²⁸ de la Comunidad Andina de Naciones estipula los lineamientos generales para el registro y protección de la marca ante las oficinas nacionales de sus Miembros. En este sentido, los derechos de propiedad industrial otorgados al titular de una marca registrada pueden resumirse de la siguiente manera: El Art. 154 establece que el uso exclusivo de una marca se otorgará únicamente a quienes la registren ante la oficina nacional competente²⁹.

Asimismo, el Art.155 expresa una serie de actos que podrán ser impedidos por el titular de la marca, si estos se realizaran sin su consentimiento. Algunos de actos incluyen suprimir o modificar una marca una vez aplicada a los productos vinculados a ella, fabricar etiquetas o envases que contengan la marca registrada y utilizar en comercio un signo idéntico o similar que pudiera causar confusión entre los consumidores.

Lo que se puede extraer de las disposiciones de la Decisión 486 y del Reglamento 2017/1001 es que, la marca cumple su función cuando el consumidor identifica la relación psicológica entre sus símbolos distintivos y el producto vinculado a ella disponible en el mercado, corroborando así el valor inherente de la marca.

Por lo tanto, es vital que una empresa registre su marca, ya que, de esta forma estará protegiendo el valor esta genera. Al mismo tiempo reducirá la posibilidad de que cualquier tercero lucre con dicho beneficio y, en caso que se compruebe su uso no autorizado el titular pueda reclamar una indemnización ante la autoridad competente.

1.4 ¿Qué se entiende por marca falsificada?

De acuerdo a un informe realizado para la Cámara de Comercio Internacional, se calcula que el daño económico generado globalmente por el comercio de marcas falsificadas, fue de entre USD 710 y 917 mil millones en 2013 y, se pronostica que este valor puede alcanzar los USD 959 mil millones en el 2022³⁰. La falsificación de una marca tiene un

28 Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 2001, Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Lima: Ed. CAN.

29 Servicio Nacional de Derechos Intelectuales

30 International Chamber of Commerce (2016). The Economic Impacts of Counter-

impacto negativo sistémico: genera pérdidas directas e indirectas a nivel micro (empresas) y macro (Estado), reduce el monto del impuesto pagado y aumenta el desempleo como consecuencia del desplazamiento, reduce las IED porque las empresas internacionales están menos dispuestas a invertir en países en los que la PI no está completamente protegida. También aumenta la delincuencia por actividades de piratería y contrabando y genera problemas de salud porque los productos falsificados no respetan los estándares regulatorios y las normas de producción.

Aunque la marca falsificada puede tener efectos positivos en algunos aspectos, por ejemplo, las empresas pueden experimentar un mayor conocimiento de la marca, así como una demanda adicional debido a los efectos del tren y la red, en general, los impactos negativos del comercio de falsificaciones superan con creces los efectos positivos³¹. La infracción de los derechos de propiedad intelectual puede consistir en varias acciones diferentes, todas dirigidas a un uso no autorizado. El mercado globalizado abre a las empresas infinitas posibilidades de vender sus productos en todo el mundo, pero también permite que otras exploten ilegalmente el reconocimiento y el poder de mercado de las marcas populares creando y vendiendo sus productos falsificados.

Este fenómeno es especialmente relevante en aquellos países donde la protección legal de los derechos de PI no es tan clara o no se hace cumplir. Según la Comisión Europea³² es posible distinguir tres niveles distintos de países prioritarios que son más susceptibles de crear daños económicos a las empresas de la UE, donde en el nivel superior se encuentra China y en el tercero (último) se enlista una serie de países incluido Ecuador.

Claramente determinar lo que es una marca falsificada es esencial para proporcionar una primera comprensión de este tema económico tan

feiting and Piracy – Report prepared for BASCAP and INTA. Recuperado de: <https://iccwbo.org/publication/economic-impacts-counterfeiting-piracy-report-prepared-bascap-inta/>, con fecha 14 Agosto, 2020.

31 Staake, Thorsten, Thiesse, Frederic & Fleisch, Elgar. (2009). The Emergence of Counterfeit Trade: A Literature Review. *European Journal of Marketing*, 43 p. 321.

32 Comisión Europea (2020). Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Recuperado de: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf, con fecha 14 Agosto, 2020.

relevante. De acuerdo con los ADPIC³³, cualquier producto que lleve sin autorización una marca comercial que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de la marca registrada para tales productos puede ser considerado “producto de marca falsificada”. Por lo tanto, de esta definición se puede deducir que una marca falsificada puede ser cualquier actividad ilegal como producir o vender copias (generalmente de menor precio y calidad) de un producto popular usando la marca registrada del producto original.

1.5 ¿Qué se entiende por obra pirateada?

En complemento, respecto al término ‘piratería’, para el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile (en adelante INAPI), esta expresión se refiere a determinados actos de utilización que no han sido autorizados por el titular de derechos de autor o de derechos conexos, ni están contemplados en alguna excepción establecida expresamente por la Ley respectiva. Con tales usos ilegítimos, se afecta la normal explotación de las producciones intelectuales que generan autores, artistas e industrias creativas. Este término se usa especialmente para referirse a las conductas ilícitas de reproducción (copia) y distribución de ejemplares de obras y producciones intelectuales, realizadas con propósitos comerciales³⁴.

1.6 ¿Qué se entiende por medidas en frontera?

Una vez aclarado el concepto de marca, cómo se protege legalmente y cuáles son las pérdidas que genera su uso ilícito (ej. marca falsificada) es importante entender qué reglas se aplican a nivel internacional, europeo y ecuatoriano con el fin de prevenir el movimiento físico de mercancías falsificadas a través de sus aduanas. Al respecto, las normas aduaneras son aquellas disposiciones administrativas que abordan los daños a los derechos de propiedad intelectual que limitan la libre circulación de mercancías falsificadas dentro de un territorio determinado.

33 Organización Mundial del Comercio, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Marraquech, 1995.

34 INAPI (2016). ¿Qué es la piratería? Santiago de Chile, s/p; recuperado de: <https://www.inapi.cl/protege-tu-idea/pirateria-y-falsificacion>, con fecha: 20 de septiembre de 2020.

A nivel internacional, los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC), indican los requisitos especiales relacionados con las medidas de frontera. En particular, el Artículo 51 establece que:

Los Miembros (...) adoptarán procedimientos que permitan a un titular de derechos, que tenga motivos válidos para sospechar que puede tener lugar la importación de marcas falsificadas o productos pirateados con derechos de autor, presentar una solicitud por escrito ante las autoridades competentes, administrativa o judicial, para la suspensión por las autoridades aduaneras del despacho a libre práctica de tales mercancías. En la UE, el Código de Aduanas de la Unión (UCC)³⁵ define el marco legal para las normas y procedimientos aduaneros y el Reglamento (UE) n.608/2013³⁶ del Parlamento Europeo establece las normas de observancia aduanera de los derechos de propiedad intelectual. De acuerdo con la legislación de la UE, a petición de oficio por parte un titular de derechos de PI que considere que están siendo vulnerados por un cierto producto, cuando existe la sospecha de una infracción, las autoridades de aduana tienen la facultad de bloquear los productos en cuestión en la frontera³⁷.

Si bien las mercancías siguen estando sujetas a control aduanero, el titular del derecho tiene la posibilidad de iniciar un procedimiento judicial para establecer la infracción. Además, la legislación de la UE prevé un procedimiento rápido, en el que las mercancías retenidas se destruyen automáticamente sin que sea necesario constatar la infracción mediante un procedimiento judicial, siempre que el presunto infractor consienta expresa o tácitamente dicha destrucción.

35 Adoptado el 9 de octubre de 2013 como Reglamento (UE) No. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, modificado por el Reglamento (UE) 2016/2339, el Reglamento (UE) 2019/474 y el Reglamento (UE) 2019/632.

36 Reglamento (UE) no 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a la observancia aduanera de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1383/2003 del Consejo.

37 ADPIC, Art. 51.

2. Marco normativo y jurisprudencial

2.1 Ecuador

Respecto al tema de estudio, en Ecuador el marco regulatorio vigente cuenta con una diversidad de medidas en frontera tipificadas para combatir el comercio ilícito de mercancías con marcas falsificadas. Es necesario resaltar que este marco regulatorio es el resultado de la combinación de las normas de carácter supranacional (v.gr. como aquellas provenientes de la CAN y normas de carácter nacional con alcance dentro del país.

2.1.1 Normativa Andina

La normativa de la CAN, a la cual Ecuador pertenece desde su fundación en 1969,³⁸ comprende las siguientes normas regulatorias que facilitan la aplicación de medidas en frontera contra el comercio ilícito de mercancías con marcas falsificadas:

a. Decisión 486.- Esta norma comunitaria andina en su Título XXV, Capítulo III, expresamente dispone lo siguiente respecto de las Medidas en Frontera vigentes en los países de la CAN:

- a) Se plantea la posibilidad de que el titular de un registro de marca, que tuviera motivos fundados para suponer que se va a realizar la importación o la exportación de productos que infringen ese registro, en calidad de potencial afectado, solicite a la autoridad nacional competente suspender esa operación aduanera. Cabe resaltar que la norma comunitaria dictamina que son aplicables a esa solicitud y a la orden que dicte esa autoridad aduanera, las condiciones y garantías que establezcan las normas internas de cada País Miembro. No obstante, el mismo solicitante de estas medidas de frontera, deberá suministrar a la autoridad nacional competente la información necesaria y una descripción suficientemente detallada y precisa de los productos objeto de la presunta infracción para que puedan ser reconocidos. Cabe

38 El Acuerdo de Cartagena fue suscrito el 26 de mayo de 1969, en Cartagena, Colombia, y dio inicio al denominado Pacto Andino. Con posterioridad mediante un Protocolo Modificatorio, en 1996 adoptó la denominación de Comunidad Andina de Naciones.

destacar que, si la legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar, de oficio, la aplicación de medidas en frontera (Art. 250).

- b) De otra parte, y con el propósito de fundamentar sus reclamaciones, la autoridad nacional competente (en materia aduanera) permitirá al titular de la marca participar en la inspección de las mercancías retenidas, así como al importador o exportador de las mismas. Al realizar la inspección, la autoridad nacional competente dispondrá lo necesario para proteger la información confidencial, en lo que fuese pertinente (Art. 251).
- c) Una vez cumplidas las condiciones y garantías aplicables, la autoridad nacional competente ordenará o denegará la suspensión de la operación aduanera y la notificará al solicitante. En caso que se ordenase la suspensión, la notificación incluirá el nombre y dirección del consignador, importador, exportador y del consignatario de las mercancías, así como la cantidad de las mercancías objeto de la suspensión. Así mismo, notificará la suspensión al importador o exportador de los productos (Art. 252). En complemento a esta disposición, la norma comunitaria ordena que transcurridos diez días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión de la operación aduanera sin que el demandante hubiere iniciado la acción por infracción, o sin que la autoridad nacional competente hubiere prolongado la suspensión, la medida se levantará y se procederá al despacho de las mercancías retenidas (Art. 253).
- d) Una vez iniciada la acción por infracción, la parte contra quien obró la medida podrá recurrir a la autoridad nacional competente, la cual podrá modificar, revocar o confirmar la suspensión (Art. 254). No obstante, una vez determinada la infracción, los productos con marcas falsificadas, que hubiera incautado la autoridad nacional competente, no podrán ser reexportados ni sometidos a un procedimiento aduanero diferente, salvo en los casos debidamente calificados por la autoridad nacional competente, o los que cuenten con la autorización expresa del titular de la marca. Además, y sin

perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y la reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, la autoridad nacional competente podrá ordenar la destrucción o decomiso de las mercancías infractoras (Art. 255).³⁹

Como se puede observar, la norma andina plantea disposiciones generales, especialmente de índole procedimental, que permiten la aplicación de las medidas en frontera para impedir la materialización de actos de comercio internacional capaces de lesionar los derechos de propiedad intelectual de los titulares de marcas registradas, de manera similar a como lo hace la normativa europea analizada en pasajes anteriores (ej. el Reglamento UE N.- 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo). Sin embargo, respecto a las propias medidas de frontera a adoptarse, la norma andina le otorga a la norma nacional competente la responsabilidad de establecer la clase de medidas a aplicarse en cada país miembro, lo cual ciertamente evidencia la necesidad de un mayor desarrollo legislativo a nivel interno en cada nación andina.

Esta situación ciertamente puede ser mirada desde dos puntos de vista que podrían estar en contraposición, los cuales son: i) el hecho que el régimen andino deje a libertad de la legislación interna de cada estado miembro, la posibilidad de efectuar sus propios desarrollos legislativos e implementar a través de ellos las acciones que considere más adecuadas a su propia realidad nacional; y de manera contraria, ii) que desde la esfera comunitaria se proporcione una clara definición de las medidas en frontera que se deban aplicar de manera uniforme en la CAN, con el objeto de guiar los desarrollos legislativos nacionales en complemento del marco comunitario, evitando así la posibilidad de aparezcan vacíos normativos no cubiertos adecuadamente por la legislación interna de cada país, lo cual a su vez dificultaría el ejercicio de una tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual a nivel comunitario⁴⁰.

39 Comunidad Andina de Naciones (2000). Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial. Lima, pp. 57-58.

40 Como ejemplo de lo riesgoso que puede resultar el que desde la normativa comunitaria no se proporcionen regulaciones comunes que orienten y uniformicen los diversos aspectos de la vida social-mercantil al interior de la CAN (por lo menos de

En complemento, la Decisión Andina 486, en su Art. 256, excluye de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a “las cantidades pequeñas de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas”⁴¹, lo cual subraya la necesaria diferencia entre las actividades de comercio internacional (importación/exportación) factibles de ser utilizadas para infringir los derechos de marca, de las simples actividades de transporte o envío internacional de efectos de usos personal (no con afán comercial) que puede realizar cualesquier persona natural, sin infringir la ley.

Finalmente, la misma norma en su Art. 257 ordena que los países miembros de la CAN, “establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación de marcas”,⁴² situación ciertamente necesaria en el propósito de fortalecer el control de esta clase de conductas reñidas con el bienestar de la sociedad.

manera general), dejando esta regulación en manos de la legislación interna de cada país miembro, se tiene el ámbito relativo a la defensa de los derechos del consumidor. Así, resulta que en este ámbito la CAN no dispone de una norma común que guíe y oriente al respecto, dejando toda su protección a la legislación nacional, la cual lamentablemente en el caso específico de Ecuador adolece de varias debilidades normativas, que dificultan la regulación efectiva de este trascendental campo jurídico. Así por ejemplo, la vigente Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no posee una tipificación completa de los actos lesivos contra los derechos del consumidor (en especial aquellos que han surgido en las últimas dos décadas con las nuevas tecnologías de información y comunicación, como el telemarketing y el *mailing* digital); tampoco cuenta con mecanismos procedimentales expeditos para ejercer la tutela efectiva de los mismos por parte del Estado (ej. el procedimiento que inicia en sede administrativa ante la Defensoría del Pueblo, y que luego prosigue en sede jurisdiccional ante un juez de contravenciones, y finalmente ante un juez penal -no especializado en temas de derechos del consumidor-, se observa engorroso y poco efectivo); y finalmente, tampoco posee un régimen sancionatorio adecuado al nuevo entorno global en el que se desenvuelve el consumidor (ej. se contemplan sanciones pecuniarias muy poco disuasivas en el actual contexto comercial, como es una multa de USD 50 a USD 500 por la prestación de servicios “manifiestamente defectuosos, ineficaces o que causen daño al consumidor” -Art. 75-).

41 Comunidad Andina de Naciones. (2000). Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial, p. 58.

42 Ídem.

b. Decisión 728.- Esta norma comunitaria andina tiene como objetivo el alcanzar la unión e integración efectivas de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, a través de sus respectivas administraciones aduaneras, para prestarse asistencia mutua, cooperación e intercambio de información para la correcta aplicación de la legislación aduanera y en particular para prevenir, investigar y combatir infracciones administrativas aduaneras y/o ilícitos aduaneros (Art. 2)⁴³.

Dentro de su respectivo ámbito de acción, la mencionada norma andina, en su Art. 1, define como infracción aduanera, a “toda acción u omisión que importe la violación de las disposiciones contenidas en la legislación aduanera, prevista como infracción administrativa y sancionable por la Autoridad Aduanera”,⁴⁴ según lo establecido en la legislación interna de cada País Miembro.

Continuando dentro de su ámbito de acción, esta norma andina define como ilícito aduanero a, “toda acción u omisión en el ámbito aduanero que conlleve la violación o intención de violación de las disposiciones contenidas en la legislación aduanera o cambiaria, que se prevea como delito”,⁴⁵ según lo establecido en la legislación interna de cada País Miembro.

De otra parte, en su Art. 6, la norma comunitaria dispone que entre los países miembros se deberá prevenir, disuadir, investigar, intervenir, perseguir y reprimir las prácticas que configuren infracciones administrativas aduaneras y/o ilícitos aduaneros, dando especial atención a circunstancias en las que se presuma la existencia o realización de “(...) tráfico de mercancías en violación de derechos de Propiedad Intelectual”⁴⁶.

43 Comunidad Andina de Naciones (2009). Decisión 728, Actualización de la Decisión sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Lima, p. 1.

44 Comunidad Andina de Naciones (2009). Decisión 728, Actualización de la Decisión sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Lima, p. 1.

45 Ibídem.

46 Ibídem.

Respecto a las disposiciones *supra* citadas, cabe decir que la acción de importación o exportación de productos etiquetados con “marcas falsificadas o productos pirateados con derechos de autor”⁴⁷, capaces de infringir los derechos de propiedad intelectual de los titulares de signos distintivos (ej. marcas o nombres comerciales) o derechos de autor previamente registrados bajo el pertinente marco jurídico vigente, generando de esta forma imitación y confusión en el mercado con propósitos fraudulentos, son considerados como infracciones administrativas aduaneras y/o ilícitos aduaneros, por lo que la citada Decisión 728 es pertinente en relación a la adopción de medidas de frontera tendientes a combatir estos actos contrarios a la ley.

c. Decisión 778.- La presente Decisión comunitaria tiene por objeto “establecer las normas que las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina deberán aplicar para el control aduanero de mercancías, unidades de transporte y de carga, y personas” (Art. 1)⁴⁸. Para alcanzar su propósito, la norma dispone que el control aduanero sea aplicado “al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías y sobre unidades de transporte y de carga, hacia y desde el territorio aduanero nacional de cada País Miembro” (Art. 2)⁴⁹, poniendo énfasis (entre otros) en las “mercancías sensibles”⁵⁰ que pretendan ingresar o salir del país, como por ejemplo los productos etiquetados con marcas falsificadas o productos pirateados con derechos de autor.

Para garantizar el cumplimiento de su objeto, esta norma comunitaria en su Art. 4, otorga a las autoridades aduaneras de cada país de la CAN amplias facultades de investigación y control, independientemente de aquellas establecidas en sus propias legislaciones nacionales. Al respecto, al constituir el marco referencial andino relativo al tema de estudio, se miran necesario reproducirlo *in extenso*; a saber:

47 ADPIC, Art. 51.

48 Comunidad Andina de Naciones (2012). Decisión 778, Sustitución de la Decisión 574 – Régimen Andino sobre Control Aduanero. Lima, p. 1.

49 Ídem.

50 Mercancías “con alto perfil de riesgo de fraude aduanero”, según el Art. 3 de la Decisión 778.

- a) Realizar las investigaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas.
- b) Solicitar a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, importadores, exportadores, declarantes, transportadores y demás auxiliares de la función aduanera, información de su domicilio y sus operaciones económicas y de comercio exterior, con el fin de garantizar los estudios y cruces de información necesarios para la fiscalización y el control de las operaciones aduaneras. Asimismo, las entidades públicas, financieras o privadas que posean información de interés para los procesos de investigación y control de la Administración Aduanera, deberán reportar la información que se les solicite.
- c) Sancionar, de acuerdo a su legislación interna, a aquellas personas o entidades a quienes la Administración Aduanera, a través de las dependencias competentes, haya requerido información en los términos previstos en el presente artículo, y no la suministren, lo hagan extemporáneamente, o la aporten en forma incompleta o inexacta.
- d) Ordenar mediante acto administrativo el registro, inspección o visita de las oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales, vehículos y medios de transporte del importador, exportador, propietario, tenedor de la mercancía, transportador, depositario, intermediario, declarante o usuario, terceros depositarios de los documentos contables o archivos de los sujetos antes mencionados, o terceros intervinientes en la operación aduanera, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales. En el desarrollo de las facultades establecidas en el presente literal, la Administración Aduanera podrá tomar las medidas preventivas necesarias para evitar que las mercancías y/o las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas, o destruidas. Para tales efectos, la fuerza pública deberá colaborar previo requerimiento de la Administración Aduanera, con

el objeto de garantizar la ejecución de las respectivas diligencias. La competencia para ordenar el acto administrativo será determinada por cada País Miembro de acuerdo a su normativa interna de control y fiscalización de las Administraciones Aduaneras.

- e) Adoptar medidas cautelares sobre las mercancías y unidades de transporte y de carga, de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada País Miembro⁵¹.

Como se puede observar, la norma comunitaria andina otorga amplias facultades a las autoridades de control aduaneras para combatir los diversos ilícitos administrativos o aduaneros que puedan presentarse. Así dentro del tema que nos ocupa, se puede ver que las autoridades aduaneras disponen de un conjunto de medidas para controlar, dentro de las fronteras de cada estado nacional, el tráfico comercial de productos etiquetados con marcas falsificadas o productos pirateados con derechos de autor, sin perjuicio de además, coordinar la práctica de las acciones de control durante el despacho con las acciones de reconocimiento de las mercancías a cargo de otras autoridades (Art. 13)⁵², como pueden ser por ejemplo, el desarrollo de acciones transfronterizas conjuntas.

2.1.2 Normativa nacional

a. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI).- En su calidad de norma nacional regulatoria de todo el ámbito de la propiedad intelectual, y con el objeto de proteger los derechos de los titulares de marcas registradas que puedan verse afectados por las actividades de comercio internacional de productos con marcas falsificadas, la ley contempla varias disposiciones al respecto.

Es así que, el COESCCI en su Art. 575, precisamente relativo a la solicitud de medidas en frontera, la norma dispone que “el titular de un registro de marca o derecho de autor que tuviera evidencia suficiente para suponer que se va a realizar la importación o exportación de mercancías

51 Comunidad Andina de Naciones, Decisión 778, pp. 3-4.

52 *Ibidem*.

que lesionen su derecho sobre su marca o su derecho de autor⁵³, pueda solicitar a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales-SENADI) suspender esa operación aduanera.

De otra parte, el mismo Art. 575 dispone el procedimiento de ejecución a implementarse una vez interpuesta la solicitud de medidas en frontera por parte del interesado; de esta manera, se ordena la intervención de la autoridad aduanera nacional (en este caso, el Servicio Nacional de Aduana), la cual deberá suspender la operación de importación o exportación de los productos en cuestión, hasta que la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (SENADI) resuelva el pedido.

Además, el Art. 75 ordena que cuando la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (SENADI) tenga conocimiento de una importación o exportación de mercancías que lesionen el derecho sobre la marca o el derecho de autor, podrá ordenar la suspensión de la operación aduanera, de oficio⁵⁴.

Continuando con la regulación normativa en la misma línea, el COESCCI dispone (Art. 576) que las acciones de medidas en frontera se presentarán ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales de acuerdo al contenido, requisitos, plazos, procedimiento y demás normas que disponga el reglamento correspondiente. Para este efecto, quien pida la adopción de las medidas en frontera, “deberá suministrar a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales la información necesaria y una descripción suficientemente detallada y precisa de los productos objeto de la presunta infracción para que puedan ser reconocidos⁵⁵, y a su vez para efectos de facilitar la ejecución de este acto, la autoridad competente en materia aduanera (Servicio Nacional de Aduanas) que tenga el control del ingreso o salida de mercaderías del país, “proveerá el servicio de información relativa a las operaciones de importación o exportación de mercadería⁵⁶ (Art. 577).

53 Asamblea Nacional del Ecuador (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. 899. Quito, p. 92.

54 Asamblea Nacional del Ecuador (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. 899. Quito, p. 92.

55 Ídem.

56 Ídem.

En relación al punto anterior, el mismo cuerpo legal dispone que la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (SENADI), “para disponer medidas cautelares, podrá exigir la presentación de fianza o garantía que permita proteger al importador o exportador e impedir posibles abusos de derechos (...)”⁵⁷, y además que el monto fijado, “deberá ser proporcional al posible impacto económico, comercial y social generado por la medida”⁵⁸ (Art. 578).

A efectos de fundamentar sus reclamaciones, el titular del derecho de propiedad intelectual (que se sienta que los mismos han sido vulnerados), podrá solicitar directamente a la autoridad nacional competente en materia aduanera (Servicio Nacional de Aduana), “que le permita inspeccionar las mercaderías que van a ser importadas o exportadas, sin perjuicio de que tome las medidas que sean necesarias para la protección de la información confidencial”⁵⁹ (Art. 579).

El COESCCI dispone que cuando se impongan medidas en frontera a solicitud de parte respecto a la importación o exportación de mercancía pirata que lesione el derecho de autor o medidas en contra de mercancía con marca falsificada, “éstas se llevarán a cabo únicamente previo la presentación de evidencia suficiente, así como una relación detallada de la presunta infracción”⁶⁰.

Para este efecto, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (SENADI), para disponer estas medidas cautelares, tendrá la potestad de podrá exigir la presentación de fianza o garantía que permita proteger al importador o exportador e impedir posibles abusos de derechos. Siendo así, “no podrán llevarse a cabo medidas en frontera respecto a importaciones o exportaciones que no tengan escala comercial y aquellas insignificantes, tales como: las que no tengan carácter comercial o que formen parte del equipaje personal de los viajeros o que se envíen en pequeñas partidas”⁶¹ (Art. 580).

57 Asamblea Nacional del Ecuador (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. 899. Quito, p. 92.

58 Ídem.

59 Ídem.

60 Ídem.

61 Ibídem.

Cuando la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (SENADI) determinare mediante resolución motivada que existió infracción de los derechos de propiedad intelectual, sancionará al infractor con una multa comprendida entre 1,5 y 142 salarios básicos unificados⁶², dependiendo de la naturaleza de la infracción y a los criterios que para el efecto establezca el reglamento correspondiente. En la misma resolución podrá disponerse la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Sección o confirmarse las que se hubieren ordenado con carácter provisional (ej. medidas en frontera) (Art. 581)⁶³.

El COESCCI dispone que transcurridos diez días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión de la operación aduanera, sin que el demandante hubiere iniciado la acción principal o sin que la autoridad nacional competente hubiere prolongado la suspensión, la medida se levantará y se procederá al despacho de las mercancías retenidas. Para este efecto, se considerará cumplido este requisito por el inicio de una acción de tutela administrativa, una acción civil o de ser el caso un proceso penal, a elección del accionante (Art. 582)⁶⁴.

Finalmente, esta norma ordena que quedan excluidas de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, aquellas cantidades de mercancías que sean pequeñas, que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros, o que se envíen en pequeñas partidas (Art. 583)⁶⁵.

Cabe comentar que es muy interesante observar que la ley impulsa el trabajo en equipo a nivel de las instituciones encargadas de la regulación tanto aduanera como de propiedad intelectual, con el claro objetivo de alcanzar una mayor eficacia institucional frente a los propósitos del presente artículo.

62 Asamblea Nacional del Ecuador (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, p. 93.

63 Ídem.

64 Ídem.

65 Ídem.

b. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante COPCI). - Esta norma en su Art. 78, dispone que el Comité de Comercio Exterior del país, tenga entre sus atribuciones la adopción de medidas de regulación no arancelaria a la importación y exportación de mercancías, en diversos casos que se considere necesario, y especialmente para dar cumplimiento a lo dispuesto en tratados o convenios internacionales de los que sea parte el Estado ecuatoriano (lit. b); o para lograr la observancia de las leyes y reglamentos, compatibles con los compromisos internacionales, en materias tales como controles aduaneros, derechos de propiedad intelectual, defensa de los derechos del consumidor, control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional, entre otras (...) (lit. h)⁶⁶.

De otra parte, el COPCI en su Art. 146, relativo a los perfiles de riesgo⁶⁷, dispone que por razones de orden público, interés social o nacional, seguridad o protección de la vida y salud de las personas, plantas o animales, protección del patrimonio artístico, cultural, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad intelectual y comercial, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador pueda iniciar (de oficio) los procedimientos administrativos previstos en el presente Código y demás normativa aplicable respecto de los bienes y mercancías sujetas a su potestad. Al respecto, quienes se consideren afectados por la implementación de estos procedimientos, podrán acudir a la vía administrativa o judicial y proponer las acciones previstas en la ley para su defensa⁶⁸.

Como se observa, el COPCI le otorga a la autoridad aduanera nacional, suficientes potestades para ejercer un adecuado control de los posibles perfiles de riesgo existentes (ej. la posible existencia de Mercancías ´con alto perfil de riesgo de fraude aduanero ´), a través de la implementación de los diversos procedimientos administrativos contenidos en la misma ley.

66 Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010). R.O 351. Quito, pp. 22-23.

67 Según el Art. 146 de esta ley, los perfiles de riesgo “consisten en la combinación pre-determinada de indicadores de riesgo, basada en información que ha sido recabada, analizada y jerarquizada”.

68 Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, p. 35.

c. Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP).- El Art. 208A de este cuerpo penal, relativo a la falsificación de marcas y la piratería lesiva contra los derechos de autor, en lo principal dispone que quien “fabrique o comercialice, a escala comercial, mercancías o su envoltorio que lleven puesta, sin la debida autorización, una marca idéntica a la válidamente registrada para tales mercancías o que esa marca no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales”⁶⁹, será sancionado con una multa a aplicarse de la siguiente manera:

- a. Cuando el valor de la mercadería incautada sea de 142 a 424 salarios básicos unificados del trabajador en general (en adelante SBUTG), se aplicará la multa de 55 a 85 SBUTG.
- b. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a 424 y menor a 847 SBUTG, se aplicará la multa de 86 A 175 SBUTG.
- c. Cuando el valor de la mercadería incautada sea mayor a 847 SBUTG, se aplicará una multa de 176 A 295 SBUTG.

En adición, el COIP dispone que la misma pena sea aplicada a la persona que produzca, reproduzca o comercialice a escala comercial, mercancía pirata que lesione el derecho de autor para las obras registradas o no, entendiéndose estas obras como cualquier copia hecha sin consentimiento del titular del derecho de autor o de alguien debidamente autorizado por él; quedando exentas de las disposiciones precedentes los bienes o productos que no tengan un fin comercial. En el caso de las marcas notorias, no se requerirá que el titular del derecho demuestre que la marca está válidamente registrada, sino únicamente su derecho como titular. Finalmente, cuando una persona jurídica sea la responsable, será sancionada con las mismas multas supra citadas y con su extinción⁷⁰.

Cabe decir que, parecería que el COIP se encuentra fuera de la realidad de lo que ocurre al interior de la economía nacional y sus mercados, debido a que, al estar el tejido empresarial ecuatoriano conformado en un 90,2%

69 Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal (2014). R.O. 180. Quito.

70 El Artículo 208A del COIP, fue agregado mediante el Art. 3 de Ley No. 0, publicada en R. O. 598, de fecha 30 de septiembre de 2015.

por micro empresas⁷¹, cuyos volúmenes de dinero por cada transacción difícilmente superan los 142 SBUTG⁷² (equivalentes al año 2020, a USD 56.800), por lo que en el supuesto de que incurran en infracciones a los derechos de propiedad intelectual como los mencionados en este estudio (sea por desconocimiento de la ley o por acciones premeditadas), el COIP no posibilita sancionar este tipo de conductas.

De otra parte, lo más preocupante es que las organizaciones delictivas dedicadas al contrabando de mercancías signadas bajo marcas falsificadas y obras reproducidas mediante piratería, conocedoras de la 'base' de 142 SBUTG impuesta por el COIP para considerarla como infracción penal, astutamente realizan operaciones con volúmenes de dinero inferiores a la base mencionada, todo lo cual conlleva a que en diversos casos, tanto en frente al contrabando organizado por grupos delictivos como en los casos de infracciones efectuadas por las Mipymes formales, al no superar los USD 56.800, la Fiscalía General del Estado se inhibe de conocer las denuncias por infracción a la propiedad intelectual (v.gr. marcas, derechos de autor), no pudiendo por esta razón ser procesados por la justicia y quedando en la impunidad, situación que a su vez, afecta a los cimientos mismos del Estado de Derecho.

2.1.3. Aplicación del Principio de Autonomía y del Principio de Primacía del Ordenamiento Comunitario Andino

Es importante analizar estos dos principios del ordenamiento jurídico de la CAN, con el propósito de aclarar que las normas andinas no se subsumen a ninguna otra norma extracomunitaria. Al respecto, cabe indicar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCAN), en su Art. 4, dispone lo siguiente:

Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se

71 Montúfar, C. y Araque, W. (2019). Ecuador Balance de una Década, Inclusión de la pyme dentro del proceso de cambio de la matriz productiva, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, p. 345.

72 Al año 2020, el valor del Salario Básico Unificado del Trabajador en General (SBUTG) en Ecuador, es de USD 400.

comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.⁷³

Dentro de este marco referencial, el Principio de Autonomía del Ordenamiento Comunitario presupone la autonomía de la Comunidad Andina para formular su propio ordenamiento, el cual se deriva a su vez de la transferencia de atribuciones que los países miembros hicieran a la propia Comunidad Andina, para regular ámbitos específicos como son, entre otros, la propiedad industrial y la competencia desleal. En este sentido, a causa de la mencionada transferencia de atribuciones (en los ámbitos determinados que ella se produzca), los países miembros “quedan limitados *motu proprio* en el ejercicio de su potestad normativa y, en consecuencia, quedan impedidos de dictar providencias o contraer compromisos, aún de alcance internacional, que menoscaben o contraríen el ordenamiento comunitario”⁷⁴.

Adicionalmente, el ordenamiento comunitario no se deriva del ordenamiento jurídico de los países miembros, sea este de origen interno o internacional, sino que se deriva del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en 1986, por lo que tanto el ordenamiento primario como el derivado, no se halla subordinado al ordenamiento interno de los países miembros, incluso así sea este de origen internacional. Por lo expuesto, los tratados internacionales que suscriban los países miembros por su propia iniciativa, no vinculan a la Comunidad Andina ni tampoco surten efecto en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos puedan ejercer en las relaciones existentes entre los países miembros y terceros países u organizaciones internacionales extra comunitarios⁷⁵.

73 CAN (1996). Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cochabamba, p 2; recuperado de: <https://www.tribunalandino.org.ec/sitejca1/TCREACION.pdf>, con fecha 25 de mayo de 2020.

74 TJCAN (2017). Interpretación Prejudicial Proceso 50-IP-2017, Marca G y Marca GG Mixta, Gaceta N.- 3063, Lima, p. 10.

75 TJCAN, Interpretación Prejudicial Proceso 50-IP-2017, p. 11.

Es así que, el supra mencionado Principio de la Autonomía del Ordenamiento Comunitario, sirve de sustento al Principio de Primacía del Ordenamiento Comunitario, el cual a su vez determina que la normativa comunitaria andina debe prevalecer sobre cualquier disposición nacional o internacional a la que se encuentren vinculados los países miembros, tal y como lo dispuso la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias desarrollado en Lima del 29 de mayo al 5 de junio de 1980, al declarar la 'validez plena' de los siguientes conceptos: (...) b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse al él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros...⁷⁶.

De conformidad con lo antes expresado, habrá de tomarse en cuenta que a pesar de que por el Principio de la Primacía del Ordenamiento Comunitario, la normativa andina deviene en imperativa y prevalece sobre toda norma de derecho interno de origen internacional de los países miembros, lo cual no impide que tratados suscritos por los países miembros (ej. Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, entre otras), puedan ser tomados como una referencia, siempre que no sean contrarios ni menoscaben el ordenamiento comunitario⁷⁷.

Por lo expuesto, a nivel jurisdiccional es necesario tener presente que en base a lo dispuesto por la Decisión Andina 500, Estatuto del TJCAN, artículos 121, 123, 124, 127 y 128, a nivel de todos los países miembros de la CAN, el juez nacional o tribunal que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en el derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (entre ellas por ejemplo, las decisiones andinas 728, 770, 778), deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del TJCAN. Esta

76 TJCAN, Interpretación Prejudicial Proceso 50-IP-2017, p. 9.

77 TJCAN, Interpretación Prejudicial Proceso 50-IP-2017, p. 11.

interpretación prejudicial es de carácter vinculante para el juez o tribunal inferior consultante, por lo que de manera obligatoria deberán adoptar en su sentencia la interpretación emitida por el TJCAN⁷⁸.

Según la misma Decisión 500, esta interpretación del TJCAN adquiere el carácter de vinculante para el juez o tribunal nacional consultante, por lo que de forma obligatoria deberá ser adoptada en su sentencia. Esta situación constituye quizá la mayor garantía de que las sentencias relativas a la regulación de la competencia desleal que emanen de los diversos órganos de justicia de los países miembros de la CAN, a garanticen la presencia del valor jurídico de la justicia en este tipo de procesos, ya que, a través de aplicar los lineamientos normativos y jurisprudenciales comunitarios, reducen la posibilidad de decisiones subjetivas de parte de los juzgadores nacionales.

2.2 Normativa de la Unión Europea

Al adentrarse en el marco jurídico europeo es necesario partir desde algunas nociones de base sobre el funcionamiento y la organización de la UE, para entender de mejor manera los antecedentes y objetivos de las Directivas y Reglamentos emitidos por los organismos competentes de la Unión que serán a su vez aplicados por los Estados Miembros.

Comenzando desde el ámbito económico (uno de los principales motivos para la constitución de la Comunidad Económica Europea en 1957, la cual en 1993 evolucionará en la Unión Europea con la adopción del Tratado de Maastricht), la plataforma online de Derecho de la UE define a la libre competencia como “(...) un elemento clave para una economía de mercado abierta. Estimula la competitividad económica y ofrece a los consumidores una gama más amplia de productos y servicios a precios más competitivos”⁷⁹.

78 Comunidad Andina de Naciones (2001). Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Lima, s/p.

79 Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (n.d). EUR-Lex - Síntesis de la legislación de la UE -Competencia. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED=08 con fecha 10 de Agosto, 2020.

En tal escenario, de acuerdo a Adam Smith, la competencia actuaría como un mecanismo de autorregulación, una “mano invisible” que guiará a consumidores y proveedores a actuar libremente y luchar por sus propios objetivos sin la intervención del Estado, la cual para Smith era negativa e innecesaria. Por su parte la legislación de la UE, en contraste con la opinión de Smith tiene como objetivo garantizar los beneficios de la libre competencia mediante la restricción y/o prohibición de ciertas acciones que puedan afectar la competencia dentro del mercado interior de la Unión⁸⁰. De hecho, la política de competencia de la UE está enfocada en la protección del proceso competitivo en sí y no de los competidores individuales⁸¹.

2.2.1 Normativa comunitaria de propiedad industrial

Dentro del mercado interno de la UE, donde las empresas compiten más en innovación, creatividad y calidad, la propiedad intelectual es una herramienta fundamental para que estas compañías sean más competitivas entre sí, ofreciendo de esta manera mejores y más novedosos productos a los consumidores.

Al analizar el marco jurídico de la UE en el ámbito de propiedad intelectual es necesario aclarar que los DPI no solo se rigen por las diferentes legislaciones a nivel nacional, sino que también están sujetos al Derecho de la Unión.

De acuerdo con Chiara Garilli (2018) profesora de derecho comercial internacional en la Universidad de Palermo en Italia, dentro de la UE ningún ámbito del derecho privado se ha armonizado tanto como el derecho de PI; además, los varios medios por los que ésta legislación se ha armonizado, han dado lugar a diversos sistemas jurídicos europeos de propiedad intelectual⁸². En este sentido, el Art. 118 del Tratado de

80 Mercado interior de la Unión Europea: Es el mercado único en el que circulan libremente los bienes, servicios, capital y personas, y dentro del cual los ciudadanos europeos pueden vivir, trabajar, estudiar o hacer negocios con libertad.

81 Garilli, C. (2018). Introduction to European Union Competition law. International commercial law lessons. Apuntes de clase. Palermo: Università degli Studi di Palermo.

82 Garilli, C. (2018). The foundations of EU Intellectual Property law. International commercial law lessons. Apuntes de clase. Palermo: Università degli Studi di Palermo.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán las medidas relativas a la creación de legislación de la Unión en materia de PI con el objetivo principal de armonizar determinados aspectos de los derechos de PI a través de la creación de un sistema europeo único; el cual ya existe para marcas, dibujos y modelos, y obtenciones vegetales, mientras que para las patentes se espera que dicho sistema unitario entre en vigor en los próximos años⁸³.

2.2.1.1. Normativa comunitaria para la protección de marcas

Actualmente en la UE, el marco jurídico para la protección de marcas está organizado en un sistema de cuatro niveles donde coexisten diferentes legislaciones: a) la normativa nacional de los estados miembros, armonizadas mediante la Directiva 2015/2436/CE; b) la normativa regional en el caso particular de Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo regida por la Convención del Benelux sobre propiedad intelectual del 2005; c) la normativa a nivel europeo regulada por el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo; y d) la normativa internacional del Protocolo de Madrid relativo al registro internacional de marcas administrado por la OMPI⁸⁴.

Cada uno de estos niveles otorgan un alcance territorial específico a la marca y la decisión de optar por una u otra vía depende directamente de los intereses y necesidades del solicitante. Además, es importante mencionar que los subsistemas a nivel nacional, regional y europeo no se interponen entre sí, por el contrario, son regímenes complementarios que actúan paralelamente.

Profundizando los aspectos de la marca de la Unión Europea (MUE) también denominada marca de la Unión, de acuerdo al Art. 1 (2) del Reglamento 2017/100: “[l]a marca de la Unión tendrá carácter unitario.

83 Parlamento Europeo (2020). Fichas técnicas sobre la Unión Europea - La propiedad intelectual, industrial y comercial. Recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/36/la-propiedad-intelectual-industrial-y-comercial> con fecha 12 de Agosto, 2020.

84 Parlamento Europeo (2020). Fichas técnicas sobre la Unión Europea - La propiedad intelectual, industrial y comercial. Recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/36/la-propiedad-intelectual-industrial-y-comercial> con fecha 12 de Agosto, 2020.

Producirá los mismos efectos en el conjunto de la Unión (...)»⁸⁵, es decir, a diferencia de la marca nacional que otorga protección únicamente en el Estado miembro en el que se ha registrado, la marca de la Unión Europea concede a su titular un derecho exclusivo en todos los Estados miembros actuales y futuros de la UE⁸⁶.

Es fundamental tener en cuenta esta última consideración mencionada por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) puesto que el sistema unitario propuesto no solo simplifica y agiliza el proceso de registro de una marca en un período de tiempo “actual” sino que provee que dicha eficiencia se mantenga inalterada a pesar de la inclusión de nuevos Estados miembros sin forzar al titular de una marca ya existente a incurrir en un nuevo proceso de registro.

Adicionalmente a los beneficios que ofrece la MUE en cuanto al amplio ámbito de protección, se suman el costo razonable de las tasas de registro que actualmente tienen un valor de 850 y 1500 euros (dependiendo del tipo de marca a registrar) y la simplicidad del proceso de registro en sí, el cual se realiza mediante una única solicitud en línea ante la EUIPO, en cualquiera de las 23 lenguas oficiales de la Unión, eliminado así las barreras del idioma y los posibles costos de traducción que esto pudiera generar.

Respecto al concepto de la marca de la Unión, el Art. 4 del Reglamento 2017/100 nos da una definición muy similar a la de la Decisión Andina 486 (Art. 134). En este sentido la MUE puede ser cualquier signo o combinación de signos como palabras, nombres de personas, dibujos, letras, cifras, colores, imágenes, la forma del producto o su embalaje, capaz de **distinguir** los productos y servicios de una empresa de los de sus competidores en el mercado. De igual manera, la marca de la Unión puede ser individual, colectiva o de certificación y una vez registrada puede renovarse indefinidamente por períodos de 10 años.

85 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2017). Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 154 de 16.6.2017. Recuperado de: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj> con fecha 14 de Agosto, 2020.

86 Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (2016). Las marcas en la Unión Europea -Dónde Registrarlas. Recuperado de: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/trade-marks-in-the-european-union> con fecha 14 de Agosto, 2020.

Para finalizar el análisis de los aspectos principales de la MUE, en contraste a las disposiciones de la Decisión 486, la marca de la Unión podrá caducar o ser impugnada por terceros si a partir de los 5 años posteriores a su registro no ha sido utilizada efectivamente dentro de la Unión (este plazo se reduce a un período de 3 años en la normativa Andina).

2.2.2 Normativa comunitaria aduanera

De acuerdo con la Comisión Europea (2014) los servicios aduaneros representan la primera barrera de defensa contra los riesgos en la cadena de suministro como el ingreso y la circulación de mercancías peligrosas, el tráfico ilegal, el fraude e incluso el terrorismo y la delincuencia organizada, sin embargo, los servicios aduaneros al mismo tiempo facilitan y dan soporte a los intercambios comerciales legítimos⁸⁷.

Dentro de este entorno, la Unión Aduanera de la UE representa uno de los pilares esenciales de la Unión, ya que desde su conformación en 1968 eliminó todos los aranceles y restricciones aduaneras entre los 6 países miembros de la Comunidad Económica Europea (CEE) en aquel entonces. Adicionalmente, a nivel de fronteras exteriores, los aranceles aduaneros nacionales sobre las mercancías procedentes de terceros países fueron reemplazados por un arancel aduanero común que desde 1987 fue completado por el Arancel Integrado de las Comunidades Europeas (TARIC)^{88 89}.

Hoy en día la Unión Aduanera es una zona comercial común en la que las autoridades y los servicios nacionales de aduanas de los 27 Estados

87 Comisión Europea Dirección General de Comunicación (2014). Comprender las políticas de la Unión Europea: Aduanas. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Recuperado de: <http://www.siiicex.gob.pe/siiicex/documentosportal/alertas/documento/doc/1021031980radDAE1E.pdf> con fecha 16 de Agosto, 2020.

88 El Arancel Integrado (TARIC) proporciona información sobre todas las medidas arancelarias y de política comercial aplicables a productos específicos en la UE. Está formado por un código de ocho dígitos de la Nomenclatura Combinada (NC) más dos dígitos adicionales (subpartidas TARIC).

89 Dirección General de Comunicación de la Comisión Europea. (n.d). Taxation and Customs Union – 50 Years of the EU Customs Union. Recuperado de: https://ec.europa.eu/taxation_customs/50-years-eu-customs-union en con fecha 12 de Agosto, 2020.

miembros trabajan conjuntamente como una sola entidad. La base legal para su existencia y operatividad se encuentra establecida en el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, en los artículos 28(1), 30, 34 y 35 los cuales, en correspondencia con lo concertado en 1968 por la CEE, estipulan como norma primordial la eliminación de los derechos de aduanas en el mercado interior y la adopción de un arancel común para las fronteras exteriores de la Unión.

Además de estas disposiciones generales, la gestión aduanera se rige por el Código Aduanero de la Unión (Reglamento UE No. 952/2013), el cual en el Art. 3 establece como misión principal de las autoridades aduaneras la ejecución de las siguientes actividades: a) proteger los intereses financieros de la Unión y de sus Miembros; b) combatir el comercio desleal e ilegal dentro de la Unión, fomentando de igual forma el comercio legítimo; c) proteger a los residentes de la Unión y al medio ambiente y d) mantener un punto de equilibrio apropiado entre los controles aduaneros y la facilitación del comercio lícito en la UE⁹⁰.

Al respecto, la Comisión Europea, menciona que, dentro de las funciones principales de la Unión Aduanera, se encuentran también el combatir la falsificación de marcas y la piratería de obras, y dar soporte a la lucha contra el fraude y otras actividades criminales. En este sentido, en el campo de la propiedad intelectual la Unión Aduanera cuenta con el Reglamento (UE) No 608/2013 del 2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual, el cual determina las condiciones y procedimientos de intervención de las autoridades de aduanas en relación con las mercancías que sean sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual que estén sujetas a control aduanero dentro del territorio de la UE.

Si bien el Reglamento 608/2013 es de carácter procesual para el personal y autoridades de aduanas, el Art. 2 introduce varias definiciones

90 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2013). Reglamento (UE) n ° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 269 de 10.10.2013, p. 1/101. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1522853648735&uri=CELEX:32013R0952> con fecha 15 de Agosto, 2020.

clave tales como el concepto de mercancías con marcas falsificadas y obras reproducidas de forma pirata, sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual⁹¹. Estos conceptos son esenciales para determinar la infracción cometida y las eventuales sanciones administrativas, civiles y hasta penales si fuera el caso.

2.2.3 Normativa comunitaria penal

Al comenzar esta sección es necesario aclarar que la Unión Europea no cuenta con una jurisdicción autónoma en materia penal, es decir no existe un código penal europeo de directa aplicación por parte de los tribunales supranacionales a los ciudadanos de la Unión, así como tampoco existe una autoridad penal a nivel de la comunidad europea como tal.

Sin embargo, existe una jurisdicción indirecta que consiste en una confluencia entre los modelos del derecho penal europeo (expresados a través de las Directivas) los cuales inciden indirectamente sobre la normativa nacional penal de los Estados miembros en ciertos ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza⁹².

Dentro de la materia de estudio de la presente investigación, no han faltado iniciativas para instaurar sanciones de tipo penal a nivel de la comunidad europea en el caso de mercancías con marcas falsificadas. De hecho, en el año 2005 la Comisión Europea presentó una propuesta para la redacción de una Directiva que introdujera sanciones penales a las infracciones cometidas a derechos de propiedad intelectual. Las sanciones presentadas en el proyecto contemplaban entre otras, multas superiores a 300 mil euros y/o 4 años de prisión en casos relacionados con

91 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2013). Reglamento (UE) No 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1383/2003 del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 181/15. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0608&qid=1522853648735&from=ES> con fecha 16 de Agosto, 2020.

92 De acuerdo al Art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) estos ámbitos delictivos de especial gravedad son los siguientes: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

organizaciones criminales o para delitos que conllevaran un riesgo para la salud o la seguridad de los ciudadanos y de la Unión.

A pesar de que la mentada propuesta estuvo varios años en discusión, en el año 2010 fue definitivamente descartada y retirada por la Comisión Europea, nunca llegando a materializarse⁹³. Por este motivo al día de hoy, en lo que respecta a sanciones penales en temas de PI es necesario remitirse directamente a las leyes nacionales del Estado Miembro competente en el caso.

A continuación, con el fin de indagar los diferentes criterios y sanciones aplicados por algunos miembros de la UE a la falsificación de marcas registradas, se analizará la normativa penal de España e Italia.

Respecto a España, dentro del marco normativo nacional, la Ley Orgánica 15/2003 (2003) introdujo importantes modificaciones al Código Penal en cuanto a la sanción de delitos contra la propiedad intelectual e industrial entre las cuales destacan las siguientes:

- a) Aumento de las penas privativas de libertad de 6 meses a 2 años y de las penas de multa⁹⁴ de 12 a 24 meses a quienes con fines comerciales imiten, reproduzcan o utilicen una marca registrada sin el consentimiento de su titular. Las mismas penas aplican a quienes importen intencionadamente estos productos infractores al territorio español.
- b) Introducción de **circunstancias agravantes específicas** para el caso de que el delito tenga una especial trascendencia por su importancia económica o por los perjuicios causados, o porque se pueda entender que ha sido cometido por una red de delincuencia organizada.

93 Parlamento Europeo (n.d). 2005/0127(COD) Criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights. Legislative Observatory. Recuperado de <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=526369>, con fecha 17 de Agosto, 2020.

94 La pena de multa es una sanción de carácter pecuniario recogida en el Código Penal Español. Se calcula en base a un sistema de 'multa por día' impuesto en base al delito cometido. Para las personas naturales el rango de la multa va desde un mínimo de 2 euros por día hasta un máximo de 400 euros por día.

- c) Los delitos contra la PI pasan a ser delitos públicos perseguibles de oficio, estableciendo la posibilidad de ordenar la destrucción de las mercancías infractoras intervenidas (conservando una muestra suficiente de las mismas) por medio de la autorización del juez competente y atendiendo las circunstancias del caso⁹⁵.

Por su parte, en Italia, el Código Penal (2019) contempla una serie de disposiciones específicas en el caso de falsificación de marcas o signos distintivos no solo nacionales sino también internacionales, sancionándolos de la siguiente forma:

- a) El uso de marcas o signos falsificados o alterados son sancionados con prisión de 6 meses a 3 años y con multa de 2.500 a 25.000 euros. En lo que respecta a la falsificación, esta consiste en la reproducción abusiva de una marca u otro signo distintivo lo cual puede confundir a los consumidores en cuanto al origen de un producto (Art. 473).
- b) Quien introduzca al territorio italiano, ponga en circulación o venda productos con marcas (nacionales so extranjeras) falsificadas o alteradas será sancionado con 1 a 4 años de prisión y multa de 3.500 a 35.000 euros (Art. 474).
- c) Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones anteriores (artículos 473 y 474) quien, teniendo conocimiento de la existencia de un título de propiedad industrial, fabrique, utilice, introduzca al Estado o ponga en circulación bienes que vulneren dichos DPI será sancionado con prisión de hasta 2 años y multa de hasta 20.000 euros (Art. 517 Ter)⁹⁶.

Como se puede apreciar, las leyes analizadas protegen una versión comercial de la fe pública ya que falsificación de una marca y posterior venta de dicho bien infractor representa un daño potencial a la confianza que el

95 España. (2003). Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado Num. 283 del 26 de noviembre de 2003. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>, con fecha 19 de Agosto, 2020.

96 República Italiana. Codice Penale aggiornato al D.L 14 giugno 2019, n. 53.

consumidor deposita en los signos que identifican a un cierto producto en el mercado. Por lo tanto, se podría decir que la falsificación de una marca no solo afecta económicamente al legítimo propietario del DPI sino que, al no garantizar los mismos estándares de calidad que ofrece el producto original, perjudica gravemente a la reputación de la marca misma.

En el caso particular de la ley en Italia, a diferencia de la normativa de España, ésta contempla como parte del delito de falsificación de una marca, no solo la reproducción ilegítima de sus elementos esenciales, sino que también sanciona la alteración⁹⁷ de dicho signo distintivo. De igual manera se pueden apreciar pequeñas diferencias en la duración de las penas de privación de libertad (la ley italiana contempla 1 o 2 años más que la ley española dependiendo del caso) mientras que en el ámbito de las sanciones pecuniarias es difícil establecer que marco jurídico tiene las penas más severas puesto que, en el caso de España es sistema de penas de multa no establece explícitamente una cantidad máxima, sino que menciona únicamente su duración dejando a discreción del juez la cantidad diaria a pagar.

Finalmente, y en concordancia con lo expuesto en la sección anterior sobre la normativa comunitaria aduanera, ambas legislaciones sancionan la introducción de productos infractores a la UE. Este lineamiento tiene gran importancia puesto que, una vez que los bienes infractores comienzan a circular libremente por la Unión, estos pueden lesionar no solo a los consumidores del Estado por el que ingresaron sino también a los compradores de los demás 26 Estados Miembros y por consiguiente pueden perjudicar considerablemente al mercado interno europeo.

Por este motivo, si bien no existen sanciones penales a nivel europeo, es posible evidenciar la cooperación mutua y el nivel de integración entre los Estados Miembros que, como en el caso de Italia y España, han establecido leyes nacionales similares con el fin de proporcionar una base legal análoga para combatir los delitos contra la propiedad intelectual y el tráfico de bienes infractores en su territorio.

97 La alteración debe entenderse como una modificación del significado representativo de la marca.

3. Análisis normativo comparado. Similitudes vs Diferencias

Las principales similitudes observadas son las siguientes:

- a. Tanto la normativa comunitaria de la UE, por una parte, como de la CAN (a la cual pertenece Ecuador) y la propia normativa interna ecuatoriana, tipifican como ilícito el comercio de mercancías signadas con marcas falsificadas, en vista del daño que potencialmente este acto puede causar a los derechos de propiedad intelectual de los titulares de marcas registradas o de derechos de autor.
- b. Como consecuencia de lo anterior, de manera similar la UE como la CAN, han desarrollado y puesto en vigencia marcos jurídicos tanto de alcance supranacional y obligatorio cumplimiento en los países adscritos a sus respectivas organizaciones, así como también Ecuador en su jurisdicción nacional, que permiten combatir el tráfico ilícito de mercancías signadas con marcas falsificadas y obras piratas, poniendo a disposición de los eventuales perjudicados, diversas vías procesales administrativas y judiciales para su defensa.
- c. Tanto la UE, como la CAN y Ecuador, han definido procedimientos y medidas en frontera específicas para impedir el ingreso / salida internacional, y la circulación de mercancías signadas con marcas falsificadas. Así, el Código de Aduanas de la Unión Europea y el Reglamento N.608/2013 del Parlamento Europeo, disponen que quien se considere afectado en sus derechos de propiedad intelectual, cuando existe la sospecha de una infracción causada por productos signados con marcas falsificadas y obras piratas, puede solicitar a las autoridades de aduana la adopción de diversas medias en frontera, como por ejemplo el bloqueo de dichos productos y el impedimento de circular libremente, teniendo además, el accionante el derecho a iniciar un procedimiento judicial frente a esta infracción en caso de así desearlo.

De manera similar, las Decisiones Andinas 486, 728 y 778 de la CAN (vigentes en Ecuador), otorgan a las autoridades nacionales

de control aduanero y de propiedad intelectual, amplias facultades para controlar este tipo de actos lesivos contra los derechos de los titulares de marcas registradas⁹⁸ y derechos de autor, a lo cual se suman las disposiciones de la normativa ecuatoriana como el COESCCI y COPCI, los cuales posibilitan que al igual que en la UE, toda persona (natural o jurídica) que se sienta afectado por mercancías signadas con marcas falsificadas u obras piratas, pueda denunciar este hecho y solicitar la adopción de medidas en frontera tendientes a impedir el ingreso al territorio comunitario o nacional de un país determinado, o la circulación de este tipo de productos por estos mismos espacios geográficos.

- d. Tanto el marco jurídico de la UE como el de Ecuador, permiten que los afectados en calidad de accionantes, así como el propio Estado (de oficio), planteen reclamaciones en sede administrativa o judicial (en lo civil, penal, y contencioso administrativo); contemplando al respecto sanciones de diversa índole, siendo similares en cuanto a la aplicación de medidas pecuniarias y otras medidas de índole administrativa (por ejemplo esta última, para las personas jurídicas involucradas en el ilícito), aunque diferentes en cuanto a la adopción de sanciones privativas de libertad en el campo penal.

Las principales diferencias observadas son las siguientes:

- a. Los países de la UE, como por ejemplo el caso de Italia y España, guardan una profunda vocación de cooperación bilateral el momento de disponer procedimientos y acciones internas. Esta visión de trabajo conjunto, permite implementar con mayor efectividad las medidas en frontera dispuestas a nivel comunitario para todos los países de la UE, y de esta forma, obtener mejores resultados en el combate al comercio ilícito de mercancías signadas con marcas falsificadas y obras piratas.

Por el contrario, entre Ecuador y sus países vecinos (Colombia

98 Junto a las marcas registradas, constan además los restantes signos distintivos tipificados en la Decisión Andina 486, como, por ejemplo, nombres comerciales, lemas comerciales, insignias comerciales, denominaciones de origen, indicaciones geográficas.

y Perú), aún no se ha alcanzado un nivel óptimo de integración de las respectivas legislaciones sustantiva (leyes) y adjetiva (procedimientos) internas, que posibilite una mejor aplicación de medidas en frontera para impedir el comercio de productos signados con marcas falsificadas y obras piratas.

- b. Como segunda diferencia sustancial se anota el hecho que, en la UE y países como Italia y España, por ejemplo, el marco jurídico penal contempla la aplicación de sanciones pecuniarias (multas) y además de sanciones privativas de libertad (prisión), lo cual desde un punto de vista objetivo, colabora en gran manera a frenar el cometimiento de delitos contra la propiedad intelectual como los mencionados en el presente estudio (ej. en España de 1 a 2 años, y en Italia de 1 a 4 años de prisión). No obstante, en Ecuador la norma penal solo permite aplicar sanciones de índole económica (multas), dependiendo si el valor de la infracción supera los USD 56.800 (al año 2020), siendo en caso contrario inimputable; y además no contempla sanciones privativas de libertad, todo lo cual ha generado desde 2014 (en que se expidió el nuevo COIP) un ambiente de cierta inseguridad jurídica, malestar común e injusticia.

Conclusiones

En la UE, la CAN y Ecuador, existe un marco jurídico que regula el comercio ilícito de productos signados con marcas falsificadas y obras piratas, conformado por un conjunto de leyes de alcance supranacional, sean éstas con jurisdicción internacional como el ADPIC o comunitaria como las normas de la UE y la CAN; y de alcance nacional (como el caso de las leyes de Ecuador, con jurisdicción dentro de su territorio).

En todo caso, por disposición de la normativa de la CAN, esta tiene primacía en Ecuador y los demás países miembros, por sobre cualquier otro ordenamiento jurídico existente, incluso aquel proveniente o administrado por organismos internacionales como por ejemplo el Sistema de las Naciones Unidas (ej. El ADPIC administrado por la Organización Mundial del Comercio, o el Convenio de París administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Los marcos jurídicos vigentes en la UE, en la CAN y en Ecuador, de manera similar, sancionan el comercio de productos signados con marcas falsificadas y obras piratas, en la búsqueda de impedir que se lesionen los derechos de propiedad intelectual de los titulares de signos distintivos registrados o de derechos de autor.

La normativa de la UE, la CAN y Ecuador, otorga amplias facultades a las respectivas autoridades nacionales, en los ámbitos aduanero y de propiedad intelectual, para implementar de oficio o a petición de parte, diversas medidas en frontera para impedir que las mercancías signadas con marcas falsificadas y obras piratas, salgan o ingresen al territorio comunitario, o circulen por el mismo.

d. Existen diversas vías procesales, administrativas y judiciales, vigentes en la UE, CAN y Ecuador, para combatir el comercio ilícito de mercancías signadas con marcas falsificadas y obras piratas, las cuales pueden ser ejercidas por las personas perjudicadas en forma individual o por los propios estados nacionales en defensa de los derechos colectivos de la población; existiendo diversidad de posibles sanciones de índole pecuniaria, administrativa y de privación de libertad para sancionar este tipo de actos.

No obstante, se observa que en Ecuador existe la necesidad de fortalecer el marco regulatorio penal, con el propósito de tornarlo más efectivo en el combate de esta clase de actos ilícitos.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional del Ecuador (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. 899. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010). R.O 351. Quito.

Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal (2014). R.O. 180. Quito.

Comisión Europea Dirección General de Comunicación. (2014). Comprender las políticas de la Unión Europea: Aduanas. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Recuperado de: <http://www.siicex.gob.pe/siicex/documentosportal/alertas/documento/doc/1021031980radDAE1F.pdf>

Comunidad Andina de Naciones (1996). Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Cochabamba; recuperado de: <https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TCREACION.pdf>, con fecha 25 de mayo de 2020.

Comunidad Andina de Naciones. (2000). Decisión 486 Régimen Común de Propiedad Industrial. Lima.

Comunidad Andina de Naciones (2001). Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Lima.

Comunidad Andina de Naciones (2009). Decisión 728, Actualización de la Decisión sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina, 16 de diciembre de 2009. Lima.

Comunidad Andina de Naciones (2012). Decisión 778, Sustitución de la Decisión 574 – Régimen Andino sobre Control Aduanero. Lima.

Coutts, K. y Godley, W. (1992). Does Britain's balance of payments matter any more?, en Michie, J. (Ed.), The Economic Legacy 1979-1992, Academic Press, London, p. 60-7.

Dirección General de Comunicación de la Comisión Europea. (n.d). Taxation and Customs Union – 50 Years of the EU Customs Union. Recuperado de: https://ec.europa.eu/taxation_customs/50-years-eu-customs-union_en

España. (2003). Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado Num. 283 del 26 de noviembre de 2003. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

European Commission, (2015) Towards a More Effective, Transparent and Responsible Trade and Investment Policy, ISBN: 978-92-79-50488-4 • 978-92-79-50470-9, DOI: 10.2781/472505 • 10.2781/1753.

Garilli, C. (2018). Introduction to European Union Competition law. International commercial law lessons. Apuntes de clase. Palermo: Università degli Studi di Palermo.

Garilli, C. (2018). The foundations of EU Intellectual Property law. International commercial law lessons. Apuntes de clase. Palermo: Università degli Studi di Palermo.

INAPI (2016). ¿Qué es la piratería?. Santiago de Chile, s/p; recuperado de: <https://www.inapi.cl/protege-tu-idea/pirateria-y-falsificacion>, con fecha: 20 de septiembre de 2020.

Kotler, Phillip y Armstrong, Gary (2012). Marketing, 14 ed., México, Ed. Pearson.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador. (2016). Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, y Anexos, R.O. 808, Quito.

Montúfar, C. y Araque, W. (2019). Ecuador Balance de una Década, Inclusión de la pyme dentro del proceso de cambio de la matriz productiva, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, p. 345.

Morgan, R.E. y Katsikeas, C.S. (1997). Theories of international trade, foreign direct investment and firm internationalization: a critique, Management Decision, Vol. 35 No. 1, pp. 68-78. <https://doi.org/10.1108/00251749710160214>.

Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. (2016). Las marcas en la Unión Europea -Dónde Registrarlas. Recuperado de: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/trade-marks-in-the-european-union>

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (n.d). EUR-Lex - Síntesis de la legislación de la UE -Competencia. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED=08.

Parlamento Europeo (2020). Fichas técnicas sobre la Unión Europea - La propiedad intelectual, industrial y comercial. Recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/36/la-propiedad-intelectual-industrial-y-comercial>

Parlamento Europeo (n.d). 2005/0127(COD) Criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights. Legislative Observatory. Recuperado de <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=526369>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2013). Reglamento (UE) No. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 269 de 10.10.2013, p. 1/101. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1522853648735&uri=CELEX:32013R0952>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2013). Reglamento (UE) No. 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1383/2003 del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 181/15. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0608&qid=1522853648735&from=ES>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2017). Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 154 de 16.6.2017. Recuperado de: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj>

Repubblica Italiana. Codice Penale aggiornato al D.L 14 giugno 2019, n. 53.

Staake, Thorsten, Thiesse, Frederic y Fleisch, Elgar (2009). The Emergence of Counterfeit Trade: A Literature Review. *European Journal of Marketing*, 43 (3/4). 320-349. ISSN 0309-0566.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2017). Interpretación Prejudicial Proceso 50-IP-2017, Marca G y Marca GG Mixta, Gaceta N.-3063, Lima.

WIPO (2013) Brands – Reputation and Image in the Global Marketplace, WIPO Publication No. 944E/2013 ISBN 978-92-805-2411-6.

WIPO-OMPI (2016). ¿Qué es una marca? Zurich; recuperado de: <http://www.wipo.int/trademarks/es/>, con fecha 20 de noviembre de 2016.

Wong, S. y Kulmer, V. (2011), Poverty impacts of trade integration with the European Union: lessons for Ecuador en Trade, poverty and complementary policies in Latin America. Santiago: ECLAC, 2011. p. 35-64. LC/W.365.

World Customs Journal, 2007, March, Volume 1, Number 1. ISSN: 1834-6707 (Print). 1834-6715 (Online).

Zuccherino, Daniel y Mitelman, Carlos (1997). Marcas y Patentes en el GATT, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado por la República del Perú en el
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

«Dissents speak to a future age. It's not simply to say, "My colleagues are wrong, and I would do it this way." But the greatest dissents do become court opinions and gradually over time, their views become the dominant view. So that's the dissenter's hope: that they are writing not for today, but for tomorrow.»

US Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto explicar el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA** o **Tribunal**) respecto de las medidas de salvaguardia comercial previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena. Para tal efecto, primero se expondrá el contexto general de la regulación de dichas medidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (**OMC**). Luego se abordará el tratamiento normativo de las referidas medidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. A continuación se desarrollarán los criterios jurídicos esbozados por el Tribunal con relación a las mencionadas salvaguardias en sentencias e interpretaciones prejudiciales emitidas entre 1987 y hasta antes del año 2018. Finalmente, se analizarán dos sentencias expedidas el año 2018, la primera (de abril) vinculada a una salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, y la segunda (de agosto) relacionada con una salvaguardia por devaluación monetaria, en ambos casos por medidas de defensa comercial adoptadas por Ecuador.

Resulta pertinente indicar que los criterios contenidos en la última sentencia son los vigentes hasta la fecha, por lo que los países miembros del proceso de integración subregional andino (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) y la Secretaría General de la Comunidad Andina (**SGCA**) deben respetar dichos criterios al momento de adoptar, o autorizar, salvaguardias comerciales, según corresponda.

El énfasis puesto en las dos sentencias emitidas el 2018 se justifica por tres razones: (a) son los dos últimos pronunciamientos del Tribunal en materia de salvaguardia comercial; (b) el autor del presente capítulo participó como magistrado en la discusión de tales providencias judiciales; y, (c) porque, de alguna manera, evidencian cómo a nivel de las altas cortes de justicia, lo que en un primer momento, una determinada posición jurídica constituye un voto en minoría, luego puede convertirse en la posición mayoritaria (o de unanimidad) del colegiado, lo que a su vez explica la cita inicial de la jueza Ginsburg de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, fallecida el año pasado.

En la sentencia de abril de 2018, a diferencia del voto en mayoría, el de la minoría consideró como criterio jurídico interpretativo que un requisito de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global es la existencia de una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros y dicho desequilibrio. En la sentencia de agosto de 2018, el referido criterio jurídico fue adoptado por unanimidad, pues se afirmó, con relación a las cuatro modalidades de salvaguardia comercial previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, que debe existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones y el daño (o amenaza de daño) de que se trate.

2. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

Las salvaguardias son medidas de defensa comercial que tienen por objeto proteger a un sector de la industria nacional frente al incremento imprevisto de las importaciones de productos similares o directamente competidores —a los producidos por dicha industria— que causa o amenaza

con causar un daño grave al referido sector^{1,2}. A diferencia de otras medidas de defensa comercial, como los derechos *antidumping* (frente al *dumping*) y compensatorios (frente a los subsidios), las salvaguardias no constituyen una respuesta (consecuencia jurídica) a un acto ilícito —a diferencia del *dumping* y los subsidios, que califican como actos de competencia desleal en el comercio internacional—, sino que traducen la aplicación de una política comercial que tiene como propósito proteger a una rama de la industria nacional frente a la dura competencia que significa el incremento imprevisible³ de las importaciones de productos competidores. Las medidas de salvaguardia toman la forma de un incremento de los aranceles⁴ (arancel específico o *ad valorem*), o de cuotas o cupos máximos de importación.

La figura de las medidas de salvaguardia aparece en el art. XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 como «medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados», a efectos de dotar a los países miembros de dicho acuerdo de una válvula de escape frente a las obligaciones que imponía el integrarse al comercio internacional luego de la segunda guerra mundial. Las disposiciones del GATT de 1947 se incorporaron al Acuerdo General sobre

-
- 1 Cristián Delpiano Lira, *Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio*, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, núm. 2, Santiago, 2015, p. 545. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200007 (Consulta efectuada el 19 de octubre de 2020).
 - 2 La OMC define a las salvaguardias como «...medidas “de urgencia” con respecto al aumento de las importaciones de determinados productos cuando esas importaciones hayan causado o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional del Miembro importador...» Definición extraída de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm (Consulta efectuada el 10 de octubre de 2020).
 - 3 Como bien afirma Gabriel Ibarra, la cláusula de escape (o de salvaguardia) se activa frente a la evolución «imprevisita» de circunstancias que llevan a un incremento de las importaciones en tal cantidad o en condiciones tales que causen o amenacen causar un perjuicio grave a los productores de bienes similares directamente competidores. [Gabriel Ibarra Pardo, *Las grandes controversias del multilateralismo. Crisis del principio de la Nación más favorecida, distorsiones de la competencia y temas ambientales*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana – Legis Editores S.A., Bogotá, 2018, p. 201].
 - 4 «En términos generales, la cláusula de escape autoriza a un país para incrementar el arancel por encima del consolidado» [Gabriel Ibarra Pardo, *op. cit.*], o por encima de los compromisos asumidos [Cristián Delpiano Lira, *op. cit.*].

Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, y este se incorporó al Anexo 1A del Acuerdo que crea la OMC⁵, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1995. En el marco de la OMC, las medidas de salvaguardia se encuentran reguladas en el art. XIX del GATT de 1994 y en el Acuerdo de Salvaguardias (que también forma parte del Anexo 1A del Acuerdo que crea la OMC).

De conformidad con lo dispuesto en el art. XIX del GATT de 1994, si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante del Acuerdo que crea la OMC, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los fabricantes nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto al referido producto o retirar o modificar la concesión.

El art. 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, por su parte, establece que un país miembro de la OMC solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho país ha determinado, con arreglo a las disposiciones contenidas en el mencionado acuerdo, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que fabrica productos similares o directamente competidores. Las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda.

Las medidas de salvaguardia son válvulas de escape a los compromisos arancelarios asumidos al amparo de la OMC, en el contexto de los acuerdos de libre comercio, o en el marco de los procesos de integración económica y social, como es el caso de la Comunidad Andina.

5 El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y sus Anexos.

3. LAS SALVAGUARDIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina es un proceso de integración económica y social que tiene por objeto el desarrollo equilibrado y equitativo de sus países miembros. Su tratado fundacional es el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969⁶. El art. 1 de este tratado internacional establece que la meta del proceso de integración subregional andino es la creación de un mercado común, lo que requiere como fases previas, primero la conformación de un área de libre comercio, y segundo un arancel externo común y una unión aduanera.

A la fecha, no obstante haber pasado 51 años, se ha alcanzado solo lo primero, un área de libre comercio, el cual se sustenta en el llamado «programa de liberación», contemplado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, por virtud del cual se han eliminado los gravámenes y las restricciones de todo orden que inciden sobre la importación de productos originarios de los países miembros. En aplicación del programa de liberación, los productos originarios de un país miembro ingresan a otro país miembro sin pagar aranceles (derechos aduaneros) y cualquier otro recargo de efecto equivalente, sea de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incida en las importaciones. En consecuencia, está prohibida cualquier medida de carácter tributario, administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones provenientes de otro país miembro.⁷

Dada la existencia de un área de libre comercio, las importaciones provenientes de un país miembro pueden aumentar inesperada y significativamente y dañar, o amenazar con dañar, a un sector de la industria local del país miembro importador, o a su economía, por lo que, como medida de escape —de carácter excepcional— a las obligaciones que impone el programa de liberación, el Acuerdo de Cartagena prevé que el país importador puede dictar medidas de salvaguardia destinadas a restringir el ingreso de tales importaciones.

6 A la fecha, codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (**GOAC**) núm. 940 del 1 de julio de 2003.

7 Arts. 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

3.1 El Acuerdo de Cartagena⁸

El capítulo XI del Acuerdo de Cartagena trata de las cláusulas de salvaguardia, «...que son medidas de carácter correctivo que puede adoptar un país miembro cuando las importaciones provenientes de otro país miembro le causan o amenazan con causarle un determinado daño»⁹. Dicho capítulo regula cuatro tipos de salvaguardia: (i) por desequilibrio en la balanza de pagos global (art. 95); (ii) por el cumplimiento del programa de liberación (art. 96); (iii) por productos específicos (art. 97); y, (iv) por devaluación monetaria (art. 98).

La salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global tiene por objeto corregir el desequilibrio en la balanza de pagos de un país miembro ocasionado por las importaciones de otro u otros países miembros. El art. 95 dispone que un país miembro que haya adoptado medidas para corregir el mencionado desequilibrio, podrá extender dichas medidas, previa autorización de la SGCA, con carácter transitorio y en forma no discriminatoria, al comercio intrasubregional de productos incorporados al programa de liberación^{10,11}. Cuando la situación de desequilibrio exigiere providencias inmediatas, el país miembro interesado podrá, con carácter de emergencia, aplicar las

8 En el presente trabajo académico no abordaremos las medidas previstas en los arts. 90 y 91 (del capítulo IX) del Acuerdo de Cartagena, relacionados con las importaciones de productos agropecuarios.

9 Hugo R. Gómez Apac, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, Director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, Universidad San Gregorio de Portoviejo - Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, p. 62. Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf (Consulta realizada el 10 de octubre de 2020).

10 El programa de liberación tiene por objeto «...eliminar los aranceles y cualquier otro tipo de gravamen o recargo, sean de carácter tributario, monetario o cambiario, que incidan sobre los productos que un país miembro importe de otro país miembro, así como eliminar todo tipo de restricción al comercio, es decir, cualquier medida administrativa, financiera o cambiaria mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones provenientes de otro país miembro...» [Hugo R. Gómez Apac, *op. cit.*, pp. 57 y 58].

11 El referido artículo agrega que los países miembros procurarán que la imposición de restricciones en virtud de la situación del balance de pagos no afecte, dentro de la subregión, al comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

medidas previstas, debiendo comunicarlas de inmediato a la SGCA, la que se pronunciará dentro de los treinta días siguientes, autorizándolas, modificándolas o suspendiéndolas. Si la aplicación de la salvaguardia se prolongase por más de un año, la SGCA propondrá a la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión), por iniciativa propia o a pedido de cualquier país miembro, el inicio inmediato de negociaciones a fin de procurar la eliminación de las restricciones adoptadas.

La salvaguardia por el cumplimiento del programa de liberación tiene por finalidad corregir los perjuicios graves (o amenaza de estos) a la economía de un país miembro (o a un sector significativo de su actividad económica) que sean consecuencia del cumplimiento del programa de liberación; es decir, como consecuencia «...de las importaciones sin gravámenes (o sin restricciones de cualquier naturaleza) provenientes de otro u otros países miembros...»¹² El art. 96 establece que si el cumplimiento del programa de liberación causa o amenaza causar perjuicios graves a la economía de un país miembro o a un sector significativo de su actividad económica, dicho país podrá, previa autorización de la SGCA, aplicar medidas correctivas de carácter transitorio y en forma no discriminatoria. Agrega que, cuando fuere necesario, la SGCA deberá proponer a la Comisión medidas de cooperación colectiva destinadas a superar los inconvenientes surgidos¹³. Cuando los perjuicios sean tan graves que exijan providencias inmediatas, el país miembro afectado podrá aplicar medidas correctivas provisionalmente y con carácter de emergencia, sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCA. Dichas medidas deberán causar el menor perjuicio posible al programa de liberación y, mientras se apliquen en forma unilateral, no podrán significar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate, con respecto al promedio de los doce meses anteriores. El país miembro que adopte las medidas deberá comunicarlas inmediatamente a la SGCA, y esta se pronunciará sobre ellas dentro de los treinta días siguientes, ya sea para autorizarlas, modificarlas o suspenderlas.

12 Hugo R. Gómez Apac, *op. cit.*, p. 62.

13 Adicionalmente, el art. 96 del Acuerdo de Cartagena precisa que la SGCA deberá analizar periódicamente la evolución de la situación con el objeto de evitar que las medidas restrictivas se prolonguen más allá de lo estrictamente necesario o considerar nuevas fórmulas de cooperación si fuere procedente.

La salvaguardia por productos específicos tiene el propósito de corregir las perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro debido a las importaciones de productos originarios de la subregión. Sobre el particular, el art. 97 establece que cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión andina, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro, este podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCA. El país miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas al órgano ejecutivo del proceso de integración y presentar un informe sobre los motivos que fundamentan su aplicación. La SGCA, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del país miembro donde se hubiese originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años.

La salvaguardia por devaluación monetaria tiene como objetivo corregir la alteración a las condiciones normales de competencia causada por la devaluación efectuada por uno o más países miembros. Con relación a esto, el art. 98 dispone que si una devaluación monetaria efectuada por uno de los países miembros altera las condiciones normales de competencia, el país que se considere perjudicado podrá plantear el caso a la SGCA, la que deberá pronunciarse breve y sumariamente. Verificada la perturbación por el órgano ejecutivo del proceso de integración, el país perjudicado podrá adoptar medidas correctivas de carácter transitorio y mientras subsista la alteración, dentro de las recomendaciones de la SGCA. En todo caso, dichas medidas no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas transitorias aludidas, cualquiera de los países miembros podrá pedir a la Comisión una decisión definitiva del asunto. El país miembro que devaluó podrá pedir a la SGCA, en cualquier momento,

que revise la situación a fin de atenuar o suprimir las mencionadas medidas correctivas. El dictamen de la SGCA podrá ser enmendado por la Comisión.

El art. 98 del Acuerdo de Cartagena agrega que, el país que se considere perjudicado, al presentar el caso a la SGCA, podrá proponer las medidas de protección adecuadas a la magnitud de la alteración planteada, acompañando los elementos técnicos que fundamenten su planteamiento. La SGCA podrá solicitar la información complementaria que estime conveniente. El pronunciamiento breve y sumario del órgano ejecutivo de la Comunidad Andina deberá producirse dentro del plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Si la SGCA no se pronunciara en dicho plazo y el país solicitante considerara que la demora en el pronunciamiento puede acarrearle perjuicios, podrá adoptar las medidas iniciales por él propuestas, comunicando de inmediato este hecho a la SGCA, la cual, en su pronunciamiento posterior, deberá decidir sobre el mantenimiento, modificación o suspensión de las medidas aplicadas. En su pronunciamiento, el órgano ejecutivo tendrá en cuenta, entre otros elementos de juicio, los indicadores económicos relativos a las condiciones de competencia comercial en la subregión andina que la Comisión haya adoptado con carácter general (a propuesta de la SGCA), las características propias de los sistemas cambiarios de los países miembros y los estudios que al respecto realice el Consejo Monetario y Cambiario.

Adicionalmente, el art. 98 precisa que mientras no se haya adoptado el sistema de indicadores económicos por la Comisión, la SGCA procederá con sus propios elementos de juicio. No obstante, si durante el lapso que media entre la presentación de la solicitud y el pronunciamiento del órgano ejecutivo del proceso de integración, a juicio del país miembro solicitante existen antecedentes que hagan temer fundadamente que, como consecuencia de la devaluación, se producirán perjuicios inmediatos que revistan gravedad para su economía, que requieran con carácter de emergencia la adopción de medidas de protección, podrá plantear la situación a la SGCA, la cual, si considera fundada la petición, podrá autorizar la aplicación de medidas adecuadas, para lo cual dispondrá de un plazo de siete días continuos. El pronunciamiento definitivo del órgano ejecutivo sobre la alteración de las condiciones normales de competencia determinará, en todo caso, el mantenimiento, modificación o suspensión

de las medidas de emergencia autorizadas. Las medidas que se adopten de conformidad con este artículo no podrán significar una disminución de las corrientes de comercio existentes antes de la devaluación.

3.2 La Decisión 389 de la Comisión

La Decisión 389¹⁴, Reglamento para la aplicación de la cláusula de salvaguardia prevista en el art. 78 (hoy art. 95) del Acuerdo de Cartagena, regula el procedimiento a seguir para solicitar a la Junta (la SGCA) autorización para aplicar una salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, así como las medidas correctivas en las que se pueden expresar dicha salvaguardia: recargos a las importaciones; prescripciones en materia de depósito previo a la importación u otras medidas que repercutan en el precio de las mercaderías; y, de manera excepcional, restricciones cuantitativas cuando, debido a una situación crítica en la balanza de pagos, las medidas basadas en los precios no puedan impedir su brusco empeoramiento.

3.3 La Decisión 439 de la Comisión

La Decisión 439¹⁵ aprueba el «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina». Su capítulo VII (arts. 20 y 21) trata de una salvaguardia por balanza de pagos vinculada a los servicios. El art. 20 señala que un país miembro que haya adoptado medidas restrictivas del comercio de servicios con terceros países, para hacer frente a la existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, podrá extender dichas medidas, previa autorización de la SGCA, al comercio intrasubregional de servicios.

Sin perjuicio de lo establecido en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena y las Decisiones 389 y 432, como se aprecia en la sección siguiente, el Tribunal ha establecido criterios jurídicos sobre todas las salvaguardias del referido capítulo, los cuales guían la actuación de los países miembros y de la SGCA.

14 De fecha 2 de julio de 1996, publicada en la GOAC núm. 211 del 17 de julio de 1996.

15 De fecha 11 de junio de 1998, publicada en la GOAC núm. 347 del 17 de junio de 1998.

4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SALVAGUARDIAS: 1987-2017

En la presente sección se resumen los criterios jurídicos esbozados por el TJCA con relación a las salvaguardias previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, contenidos en la jurisprudencia emitida desde 1987 y hasta antes del 2018.¹⁶

4.1 Salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global

Con relación a la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos, el Tribunal estableció en su jurisprudencia¹⁷, los siguientes criterios interpretativos:

- a) Es una medida sujeta a parámetros muy estrictos, y de naturaleza excepcional, correctiva, no discriminatoria y transitoria;
- b) Su aplicación requiere la autorización previa de la SGCA, excepto en casos de emergencia, situación en la cual el órgano ejecutivo del proceso de integración se pronunciará con posterioridad;
- c) Está concebida para corregir situaciones transitorias de desequilibrio de la balanza de pagos;

16 Esta sección ha sido extraída de los siguientes documentos:

- (i) Anexo I del Voto disidente a la Sentencia del 26 de abril de 2018 emitida en el Proceso 04-AN-2015, sentencia publicada en la GOAC núm. 3293 del 29 de mayo de 2018.
- (ii) Anexo I del Informe 03-MP-TJCA-2018 del 31 de mayo de 2018 emitido en el Proceso 01-AN-2015.
- (iii) Anexo II del Informe 04-MP-TJCA-2018 del 1 de junio de 2018 emitido en el Proceso 01-AN-2015.

Se puede tener acceso a los mencionados documentos siguiendo las pautas establecidas en el art. 2 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado mediante el Acuerdo 01/2020 del 29 de junio de 2020, publicado en la GOAC núm. 4011 del 30 de junio de 2020.

17 Interpretación Prejudicial 05-IP-90 de fecha 22 de julio de 1994, publicada en la GOAC núm. 162 del 9 de setiembre de 1994; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la GOAC núm. 373 del 21 de setiembre de 1998; Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el Proceso 07-AI-98, publicada en la GOAC núm. 490 del 4 de octubre de 1999; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la GOAC núm. 677 del 13 de junio de 2001.

- d) Debe existir una relación de causa y efecto; es decir, se debe demostrar la incidencia que tienen las importaciones de origen subregional en el desequilibrio de la balanza de pagos global del país solicitante;
- e) La salvaguardia se aplica al país que ha originado la perturbación; y,
- f) Los países miembros procurarán que la salvaguardia no afecte el comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

4.2 Salvaguardia por cumplimiento del programa de liberación

Tratándose de la salvaguardia por cumplimiento del programa de liberación, el Tribunal¹⁸ señaló los siguientes criterios jurídicos:

- a) Es una medida sujeta a parámetros muy estrictos, y de naturaleza correctiva, no discriminatoria y transitoria;
- b) Por su naturaleza excepcional, debe ser aplicada de manera restringida y no extensiva. Se trata de una medida excepcional y restrictiva aplicable a la importación de “productos” originarios del territorio de cualquier país miembro;
- c) Debe existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones (fruto del programa de liberación) y los perjuicios graves (o amenaza de perjuicios graves) a la economía del país miembro afectado o a un sector significativo de su actividad económica;
- d) Su aplicación requiere la autorización previa de la SGCA, excepto en casos de emergencia, supuesto en el cual el país miembro afectado puede aplicar medidas correctivas provisionales

18 Interpretación Prejudicial 05-IP-90 del 22 de julio de 1994, publicada en la GOAC núm. 162 del 9 de setiembre de 1994; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la GOAC núm. 373 del 21 de setiembre de 1998; Sentencia del 5 de julio de 2000 recaída en el Proceso 46-AI-99, publicada en la GOAC núm. 592 del 17 de agosto de 2000; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la GOAC núm. 677 del 13 de junio de 2001.

unilaterales que están sujetas a pronunciamiento posterior del órgano ejecutivo del proceso de integración;

- e) Está sujeta al monitoreo de la SGCA, para evitar su prolongación en el tiempo;
- f) Mientras se aplique en forma unilateral, no podrá significar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate, con respecto al promedio de los doce meses anteriores;
- g) La medida adoptada debe causar el menor perjuicio posible al programa de liberación; y,
- h) Debe existir una relación directa entre la medida restrictiva (la salvaguardia) y su efecto sobre la disminución de las importaciones o en la posibilidad inminente de reducirlas.

4.3 Salvaguardia por productos específicos (perturbación)

En el caso de la salvaguardia por productos específicos, la jurisprudencia del TJCA¹⁹ determinó los siguientes criterios interpretativos:

- a) Medida correctiva y de carácter provisional;
- b) No discriminatoria en su primera etapa, antes de ser revisada por la SGCA; sin embargo, una vez autorizada, se aplica solo al país que ha originado la perturbación;

19 Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la GOAC núm. 373 del 21 de setiembre de 1998; Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la GOAC núm. 677 del 13 de junio de 2001; Sentencia del 19 de agosto de 2003 recaída en el Proceso 23-AN-2002, publicada en la GOAC núm. 991 del 2 de octubre de 2003; Sentencia del 7 de mayo de 2004 recaída en el Proceso 71-AN-2001, publicada en la GOAC núm. 1086 del 25 de junio de 2004; Sentencia del 14 de abril de 2005 recaída en el Proceso 118-AI-2003, publicada en la GOAC núm. 1206 del 13 de junio de 2005; Sentencia del 19 de abril de 2006 recaída en el Proceso 117-AN-2004, publicada en la GOAC núm. 1347 del 25 de mayo de 2006; Sentencia del 17 de noviembre de 2006 recaída en el Proceso 214-AN-2005, publicada en la GOAC núm. 1498 del 16 de mayo de 2007; e, Interpretación Prejudicial 111-IP-2011 del 15 de febrero de 2012, publicada en la GOAC núm. 2046 del 27 de abril de 2012.

- c) Medida sujeta a un posterior pronunciamiento a cargo de la SGCA;
- d) Debe ser justificada, excepcional y autorizada;
- e) Debe existir una relación de causa (las importaciones) y efecto (la perturbación); es decir, la perturbación tiene que ser la consecuencia y resultado directo, inmediato y exclusivo de las importaciones de un determinado producto que afectan al país miembro que decide aplicar la medida. La relación de causalidad es un elemento de especial consideración para la adopción de la medida por la SGCA y su posterior confirmación por el Tribunal;
- f) La SGCA debe verificar la perturbación en la producción nacional y el origen de las importaciones causantes de la misma, y emitirá su pronunciamiento a efectos de suspender, modificar o autorizar la medida. Debe verificarse la causa de la perturbación en la producción nacional y el origen de las importaciones, a efectos de suspender, modificar o autorizar las medidas por parte de la SGCA;
- g) Aplicable a los productos del país miembro en el que se originó la perturbación, después de que la medida ha sido aprobada por parte de la SGCA;
- h) Se debe garantizar el acceso a un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años; y,
- i) Se debe procurar no afectar el comercio de productos incorporados dentro del programa de liberación.

4.4 Salvaguardia por devaluación monetaria

Respecto de la salvaguardia por devaluación monetaria, la jurisprudencia del Tribunal²⁰ mencionó los siguientes criterios:

²⁰ Sentencia del 10 de junio de 1987 recaída en el Proceso 1-N-86, publicada en la GOAC núm. 21 del 15 de julio de 1987; Sentencia del 10 de junio de 1987 recaída en el Proceso 2-N-86, publicada en la GOAC núm. 21 del 15 de julio de 1987; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 4-AN-97, publicada en la GOAC núm. 373 del 21 de setiembre de 1998; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo del 2001, publicada en la GOAC núm. 677 del 13 de junio de 2001.

- a) La medida está sujeta a una interpretación restrictiva, como norma de excepción;
- b) Inicialmente la SGCA señala un término para la cesación de la medida de carácter no vinculante, es decir, bajo la fórmula de recomendación;
- c) Es una medida correctiva, transitoria y condicionada, puesto que se aplica «mientras subsista la alteración»;
- d) Su aplicación no puede significar disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación;
- e) Corresponde al país miembro que adoptó la medida correctiva suspender sus efectos cuando hayan cesado los motivos que la originaron. Si el país miembro no lo hace, lo puede ordenar la SGCA o la Comisión, que tiene atribuciones para decidir en definitiva sobre el asunto;
- f) El país que devaluó puede pedir en cualquier momento a la SGCA que se pronuncie, adopte una resolución y suspenda la medida a pedido de parte, o niegue la suspensión, caso en el cual dicho país tiene derecho a recurrir ante la Comisión;
- g) Debe existir una relación de causa y efecto; es decir, la devaluación ocurrida en otro u otros países miembros debe ser la causa de la perturbación en el país afectado (país solicitante de la medida correctiva);
- h) Se trata de una medida de duración indefinida pero condicionada, sujeta al permanente control de la SGCA; y,
- i) La SGCA tiene la facultad de mantener, modificar o suspender la medida de salvaguardia.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SALVAGUARDIAS ESTABLECIDOS EL 2018

5.1 El Proceso 04-AN-2015: salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global (Sentencia del 26 de abril de 2018)

En los primeros meses del 2015, el saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos global del Ecuador era deficitaria²¹, lo que significaba que salían más dólares del país de los que entraban. Este fenómeno se debió, principalmente, a la caída del precio internacional del petróleo, que de US\$ 91 en enero de 2014 bajó a US\$ 53 en diciembre del mismo año²². Tratándose de un país cuyos ingresos del exterior provienen en gran medida de sus exportaciones de petróleo, la caída del precio de este hidrocarburo implicó una importante reducción en el ingreso de dólares del exterior.

Con el fin de corregir el desequilibrio en su balanza de pagos, mediante Resolución 011-2015 del Comité de Comercio Exterior (**COMEX**) del 6 de marzo de 2015²³, el gobierno ecuatoriano decidió establecer una sobretasa

21 «El saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos en el primer trimestre del 2015 registró el mayor déficit comparado con iguales períodos desde que Ecuador se dolarizó. En esta cuenta corriente se registran los dólares que entran y salen por exportaciones e importaciones de bienes y servicios, por renta, y por otras transferencias. (...)

Este deterioro de la cuenta corriente durante los tres primeros meses del 2015 se explica por dos factores: **la caída del precio del petróleo** y la caída de las remesas de los migrantes, que vienen reduciéndose desde hace algunos años.» (Negrilla propia omitida, énfasis agregado) [Mónica Orozco, *Déficit del primer trimestre en cuenta corriente, el peor desde la dolarización*, El Comercio, 2 de julio de 2015]. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/deficit-primer-trimestre-cuenta-corriente.html> (Consulta efectuada el 10 de octubre de 2020).

22 «La baja del precio del petróleo, dada, según analistas, por una sobreoferta de los principales socios de la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo), que se niegan a disminuir su producción, empezó a sentirse en agosto pasado. Pero de manera más estrepitosa las últimas semanas del año. Hasta el miércoles 31 de diciembre el crudo WTI (West Texas Intermediate), que sirve de referencia para el que vende el país, se ubicó en \$ 53,27, cuando a inicios de año superaba los \$ 91. El ecuatoriano (Oriente y Napo) llegó el 22 de diciembre (último corte) a \$ 48, según el Sistema Nacional de Información; en el primer semestre estaba arriba de \$ 92.» [*El Universo, El petróleo cae y complica la economía de Ecuador este 2015*, El Universo, 4 de enero de 2015]. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/01/04/nota/4396261/petroleo-cae-complica-economia-este-2015> (Consulta efectuada el 3 de octubre de 2020).

23 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 456 del 11 de marzo de 2015.

arancelaria temporal y no discriminatoria ad *valorem* de 45%, 25%, 15% y 5% sobre distintas subpartidas arancelarias, desde alimentos y bebidas hasta artículos de limpieza y electrodomésticos. Asimismo, excluyó de la aplicación de la salvaguardia a las importaciones provenientes de países de menor desarrollo relativo miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (**ALADI**), Bolivia y Paraguay²⁴, conforme a la Resolución 70 del Comité de Representantes de la ALADI.

La medida fue comunicada a la SGCA. Los gobiernos de Colombia y Perú, así como gremios empresariales peruanos²⁵, se opusieron a la salvaguardia ecuatoriana.

Por Resolución 1777 del 8 de abril de 2015²⁶, la SGCA admitió a trámite la solicitud de autorización de Ecuador y dispuso la apertura de la investigación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 95 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 389.

Mediante Resolución 1784 del 2 de junio de 2015²⁷, la SGCA autorizó la medida de salvaguardia por desequilibrio de la balanza de pagos global de Ecuador, por un plazo máximo de un año contado desde el 11 de marzo de 2015. Asimismo, exceptuó a Bolivia de la aplicación de la referida medida, debido a su condición de país de menor desarrollo relativo —dentro de la Comunidad Andina— y su enclaustramiento geográfico.

El 9 de setiembre de 2015, Perú presentó demanda ante el TJCA solicitando la nulidad del pronunciamiento de la SGCA que había

24 **Resolución 6 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes de la ALADI del 12 de agosto de 1980.-**

«SEGUNDO. A los efectos de la aplicación de los tratamientos diferenciales previstos en el Tratado de Montevideo 1980, suscrito el 12 de agosto de 1980, se considerarán:

a) Países de menor desarrollo económico relativo: Bolivia, Ecuador y Paraguay;

b) Países de desarrollo intermedio: Colombia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela; y

c) Otros países miembros: Argentina, Brasil y México.» (Énfasis agregado)

25 La Cámara de Comercio de Lima, la Sociedad Nacional de Comercio Exterior del Perú, la Sociedad Nacional de Industrias de Perú y la Asociación de Exportadores del Perú - ADEX.

26 Publicada en la GOAC núm. 2469 en la misma fecha.

27 Publicada en la GOAC núm. 2509 el mismo día.

autorizado la salvaguardia ecuatoriana. En su demanda y alegatos finales, Perú argumentó que la Resolución 1784 era nula por falta de motivación, pues pese a que tanto Perú como Colombia habían alegado que el desequilibrio de la balanza de pagos del Ecuador obedecía a problemas estructurales, la SGCA no incluyó en su análisis dicho aspecto. Asimismo, alegó que la SGCA no había verificado la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, pues de esta no se desprendía que la SGCA debía evaluar únicamente los siguientes factores: (i) una disminución importante de las reservas internacionales; (ii) una amenaza inminente de disminución de reservas internacionales; y, (iii) que las reservas internacionales eran muy exiguas y se requería aumentarlas de acuerdo a una proporción razonable. Adicionalmente, arguyó que la salvaguardia autorizada por la SGCA era discriminatoria al excluir de su aplicación a Bolivia y, en consecuencia, violatoria de lo dispuesto en el art. 95 del Acuerdo de Cartagena. Finalmente, Perú señaló que la SGCA había omitido pronunciarse sobre la exclusión de Paraguay, exclusión contraria al principio de nación más favorecida contemplado en el art. 139 del Acuerdo de Cartagena²⁸.

La SGCA contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos²⁹. En su escrito de contestación y alegatos finales, la SGCA argumentó que a pesar de que la normativa comunitaria aplicable a la solicitud del Ecuador no exigía que se analicen los factores estructurales, que en este caso habían afectado la economía ecuatoriana, dichos factores sí habían sido considerados en su análisis. Asimismo, respecto de que no se había verificado la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, la SGCA alegó que la normativa andina no especificaba una metodología para el análisis del

28 «**Artículo 139.**- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Países Miembros o entre Países Miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo.»

29 Ecuador se apersonó al proceso en calidad de coadyuvante de la SGCA.

desequilibrio de una balanza de pagos, y que diversos pronunciamientos³⁰ señalaban que el análisis de las reservas internacionales, entre otros factores, eran requeridos para conocer el aludido desequilibrio, razón por la cual en la Resolución 1784 se decidió tomar en consideración si las reservas internacionales registraron reducciones importantes, o si existía una amenaza de disminución importante, o si sus niveles eran exiguos y se requería aumentarlos. Finalmente, sobre la exclusión de Paraguay, la SGCA mencionó que no entendía cómo la demandante relacionaba el hecho de que la salvaguardia autorizada a favor del Ecuador, sin discriminación respecto de las importaciones provenientes de Paraguay, implicaba una violación del principio de nación más favorecida.

El 26 de abril de 2018, el Tribunal emitió Sentencia³¹ sin arribar a una posición unánime. El voto en mayoría declaró infundada la demanda en todos sus extremos. Respecto del desequilibrio en la balanza de pagos global del Ecuador, dicho voto sostuvo que, si bien la SGCA no había realizado un análisis de los factores estructurales de la economía ecuatoriana que generaron el desequilibrio de su balanza de pagos, esta omisión resultaba intrascendente respecto de la validez de la Resolución 1784. Lo relevante era que la SGCA sí había analizado los factores coyunturales que habían incidido en el desequilibrio de la balanza de pagos global.

Tratándose de la verificación de la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, para los magistrados que conformaron la posición en mayoría, la decisión de la SGCA de acudir a otras fuentes del derecho, ante la falta de regulación de una metodología sobre la materia en cuestión, fue pertinente. Sobre este punto, dicho voto coincidió con el órgano ejecutivo del proceso de integración respecto de que el análisis del desequilibrio de una balanza de pagos debía tomar en cuenta la razón por la cual el país miembro solicitaba la autorización de la medida. En este caso, Ecuador había adoptado la medida con el propósito de regular el nivel general de las importaciones, garantizar la liquidez de su economía y evitar la

30 Del TJCA, del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, publicaciones especializadas y opiniones de expertos de la academia.

31 Recaída en el Proceso 04-AN-2015, publicada en la GOAC núm. 3293 del 29 de mayo de 2018.

disminución de las reservas internacionales generada, principalmente, por la baja en los precios internacionales del petróleo.

Respecto de la exclusión de Bolivia, para la posición en mayoría del TJCA, de una interpretación teleológica y sistemática de los arts. 3 (literal j) y 109 del Acuerdo de Cartagena se desprendía que el trato preferencial reconocido a Bolivia (y a Ecuador) se aplicaba también a las salvaguardias comerciales, por lo que la exclusión de Bolivia de la salvaguardia ecuatoriana no resultaba discriminatoria. Finalmente, tratándose de la exclusión de Paraguay, para el voto en mayoría, la SGCA había autorizado la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos sin discriminación alguna debido a que, en el marco de sus atribuciones previstas en el art. 95 del Acuerdo de Cartagena, había modificado la Resolución 011-2015 del COMEX, excluyendo a Paraguay de su aplicación.

El voto en minoría³² sostuvo que la mayoría no tomó en consideración los criterios jurisprudenciales expuestos en el párrafo 4.1 del presente capítulo, como tampoco analizó si la Resolución 1784 había violado o no el objeto, contenido y alcance del art. 95 del Acuerdo de Cartagena³³. El referido voto advirtió que este tipo de salvaguardia tenía por objeto corregir el desequilibrio en la balanza de pagos global de un país miembro ocasionado por las importaciones de otro u otros países miembros; es decir, que su aplicación estaba condicionada a que el desequilibrio que se pretendía corregir hubiese sido producido por las importaciones provenientes de uno o más de los países miembros de la Comunidad Andina. Asimismo, hizo un recuento de las características comunes a esta salvaguardia³⁴, y en tal sentido señaló que se trataba de una medida de naturaleza correctiva, no discriminatoria y transitoria; que debía existir una relación de causa y efecto entre las importaciones de origen subregional y el desequilibrio existente; que debía aplicarse al país que había originado

32 Sostenido por 2 magistrados del TJCA, entre ellos, el autor del presente capítulo.

33 El voto en minoría precisó que el parámetro de control no solo era el texto de la norma andina sino también la interpretación auténtica de dicha norma realizada por el TJCA a través de sus interpretaciones prejudiciales, en las que suele definir el objeto, contenido y alcance del derecho positivo andino.

34 Recogidas en la Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la GOAC núm. 677 del 13 de junio de 2001.

la perturbación; y que la restricción impuesta debía procurar no afectar el comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

Para el voto en minoría, en materia de salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, ni la normativa andina ni la jurisprudencia previa del TJCA contemplaban un tratamiento especial en beneficio de Ecuador o Bolivia (países con menor grado de desarrollo), como sí lo hacían expresamente respecto de otro tipo de medidas³⁵, por lo que en su opinión la medida sí era discriminatoria. Respecto de la exclusión de Paraguay, la posición en minoría precisó que la mayoría confundió lo cuestionado por la demandante, pues esta no había sostenido que la Resolución 1784 era nula porque se había excluido a Paraguay de la aplicación de la salvaguardia, sino por falta de motivación, pues dicha resolución no había analizado si tal exclusión constituía o no una violación al principio de nación más favorecida.

Adicionalmente, el voto en minoría explicó que la salvaguardia solo se hubiese justificado si las importaciones provenientes de los demás países miembros de la Comunidad Andina eran la única causa, o una de las principales causas, del desequilibrio en la balanza de pagos ecuatoriana. De lo contrario, la salvaguardia no tendría la naturaleza de medida correctiva. Si las importaciones provenientes de Colombia y Perú no eran la causa, o una de las causas, del desequilibrio en la balanza de pagos, la salvaguardia aplicada a dichas importaciones carecía de sentido, pues no habría corregido la causa real del desequilibrio. Se trataría de una salvaguardia injustificada y desproporcionada que afectaba a las importaciones andinas.

La posición en minoría constató, de la información económica que obraba en el expediente, que las importaciones provenientes de Perú y Colombia habían sido proporcionalmente menores a las importaciones provenientes de otros países. No solo eso, también evidenció que en la relación comercial que Ecuador tenía con Perú y Colombia, las exportaciones hacia Ecuador habían disminuido en mayor grado que las exportaciones desde Ecuador. Así, por ejemplo, en el año 2014, las importaciones provenientes de Colombia y Bolivia habían disminuido en 4,6% y las provenientes de Perú habían decrecido en 8,3%, mientras

35 Como es el caso de las medidas correctivas previstas en los arts. 90 y 96 del Acuerdo de Cartagena.

que las provenientes de otros países habían aumentado en 16,2%. Para el voto en minoría, las importaciones provenientes de Colombia y Perú no estaban relacionadas con el desequilibrio en la balanza de pagos global de Ecuador, fenómeno más bien relacionado con la disminución del precio de las exportaciones de petróleo ecuatoriano. El voto en minoría graficó su posición así:

Gráfico N° 1



Para los magistrados que votaron en minoría, el análisis efectuado por la SGCA fue errado. Al no haber evaluado, este órgano comunitario, si las importaciones provenientes de los demás países andinos eran la causa, o una de las causas, del déficit comercial, no se percató de que la balanza de pagos entre Ecuador y Perú había sido superavitaria para el primero, lo que significaba que en realidad su relación comercial con Perú había sido beneficiosa en términos de mitigar el desequilibrio en la balanza de pagos global originada por la caída del precio del petróleo.

Como se puede advertir, el voto en mayoría no analizó como requisito de la medida adoptada por el Ecuador la “relación causal”, es decir, que el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros debía ser la causa, o al menos una de las causas, del desequilibrio en su balanza de pagos global. En cambio, el voto en minoría consideró que dicho requisito sí era exigible, además de que la salvaguardia debía tener carácter correctivo, temporal y excepcional, por lo que estaba sujeta a una interpretación restrictiva.

5.2 Proceso 01-AN-2015: salvaguardia por devaluación monetaria (Sentencia del 23 de agosto de 2018)

Según Ecuador, desde el 2013 se habría iniciado un proceso de depreciación paulatina del peso colombiano y el sol peruano, con una profundización en los últimos meses del 2014, lo cual habría provocado una pérdida de competitividad de las exportaciones ecuatorianas. Por esta razón, el 24 de diciembre de 2014, Ecuador solicitó a la SGCA autorización para aplicar una salvaguardia por devaluación monetaria con carácter de emergencia.

Días después, y mediante Resolución 050 del COMEX del 29 de diciembre de 2014³⁶, Ecuador resolvió aprobar la aplicación de una medida correctiva en los términos del art. 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia cambiaria) para los productos originarios de Perú y Colombia, consistente en un derecho aduanero ad valorem del 7% sobre productos peruanos y del 21% sobre productos colombianos, a partir del 5 de enero de 2015. Como es evidente, Perú y Colombia se opusieron a la referida salvaguardia.

Luego del análisis correspondiente, mediante Resolución 1762 del 6 de febrero de 2015³⁷, la SGCA concluyó que para el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2014 se había verificado una depreciación en términos generales de 26,1% del peso colombiano y 6,1% de sol peruano, pero como resultado de causas exógenas a la sola intervención de los bancos centrales colombiano y peruano. Respecto de la alteración de las condiciones normales de competencia, verificó que en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2014 no había existido relación causal entre el deterioro de la balanza comercial del Ecuador y la depreciación de las monedas colombiana y peruana. En opinión de la SGCA, el déficit en dicha balanza era consecuencia de las condiciones de la relación comercial existente entre Ecuador y China.

En efecto, tratándose del perjuicio aludido y su eventual relación con la depreciación del peso colombiano y el sol peruano, la SGCA no encontró una relación causal entre el deterioro de las exportaciones ecuatorianas y la

36 Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 408 del 5 de enero de 2015.

37 Publicada en la GOAC núm. 2448 el mismo día.

depreciación de las monedas colombiana y peruana, siendo que el déficit en la balanza comercial se explicaba, principalmente, por el comercio con China. En ese sentido, la SGCA denegó la autorización para la aplicación de la salvaguardia prevista en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena, propuesta por el gobierno ecuatoriano en contra de las importaciones originarias de Colombia y Perú y, en consecuencia, resolvió que el gobierno ecuatoriano debía disponer su levantamiento de manera inmediata.

El pronunciamiento de la SGCA no fue satisfactorio para Ecuador, por lo que el 6 de marzo de 2015 presentó una demanda ante el TJCA solicitando la nulidad de la Resolución 1762, y argumentando, principalmente³⁸, que para la aplicación de la salvaguardia cambiaria prevista en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena se requerían como únicas condiciones habilitantes: (i) la verificación de la devaluación monetaria hecha por un país miembro diferente al solicitante, y (ii) la alteración de las condiciones normales de competencia; por lo que, en su opinión, la resolución de la SGCA había desnaturalizado el carácter preventivo de la medida de emergencia, sugiriendo que sea únicamente de carácter correctivo al señalar que para emitir su dictamen, dicho órgano comunitario debía verificar previamente la existencia de perjuicios inmediatos y medibles en el mercado del país miembro solicitante. Adicionalmente, argumentó que la SGCA había realizado una innecesaria distinción entre depreciación y devaluación, cuando el art. 98 del Acuerdo de Cartagena habla de devaluación y los precedentes de la propia SGCA señalaban que los términos «devaluar» o «depreciar» significaban lo mismo.

La SGCA contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada³⁹. En su escrito de contestación y alegatos finales, la SGCA argumentó, principalmente, que el art. 98 dispone que la medida debe ser «efectuada» por un país miembro, lo que implicaba la presencia de algún elemento de intervención administrativa en el mercado con el fin de alterar las condiciones de competencia, comprobándose en el caso concreto que las intervenciones realizadas por los bancos centrales de los países vecinos no habían tenido fines competitivos, sino todo lo contrario, habían

38 En su escrito de demanda y alegatos finales.

39 Perú se personó al proceso en calidad de coadyuvante de la SGCA.

sido efectuadas con el objetivo de evitar una mayor caída del valor de sus monedas locales. En lo que respecta al nexo causal, señaló que había analizado la alteración en las condiciones de competencia, la cual sí había existido, pero que en lo sustantivo se había originado por causas ajenas a las depreciaciones de las monedas colombiana y peruana. Finalmente, sostuvo que, en cuanto al perjuicio —o la perturbación—, se comprobó que no se había producido un efecto negativo en los flujos comerciales ecuatorianos, presentándose además un superávit con respecto al Perú.

El 23 de agosto de 2018, el Tribunal adoptó Sentencia⁴⁰ con la disidencia parcial de uno de los magistrados⁴¹. El TJCA declaró infundada la demanda presentada por Ecuador en todos sus extremos. Con este fallo, el TJCA regresó a la línea jurisprudencial detallada en la sección 4 del presente capítulo, tal como se aprecia en el siguiente criterio jurisprudencial —adoptado por unanimidad— contenido en dicha providencia judicial:

«...se advierten como características comunes a todas las modalidades de salvaguardias (por desequilibrio en la balanza de pagos, por cumplimiento del Programa de Liberación, de productos específicos y por devaluación monetaria), las siguientes:

- (i) Son medidas de naturaleza **correctiva**.
- (ii) Son medidas de carácter **transitorio**.
- (iii) Son medidas de carácter **excepcional**, por lo que están sujetas a una **interpretación restrictiva**, y solo pueden ser conferidas en estricto cumplimiento de **todos y cada uno de sus requisitos**.
- (iv) Les es exigible el requisito de la **“relación causal”**. Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas correctivas, lo que buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la

40 Recaída en el Proceso 01-AN-2015, publicada en la GOAC núm. 3369 del 13 de septiembre de 2018.

41 El disentimiento parcial se dio respecto de los párrafos 3.2.28 al 3.4.26 de la Sentencia.

balanza de pagos global¹⁰, de los perjuicios graves a la economía del país¹¹, de la perturbación en la producción nacional¹² o de la alteración de las condiciones normales de competencia¹³, carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.

Las importaciones o el incremento de determinadas importaciones tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de que se trate.

- (v) Deben ser **proporcionales** al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al Programa de Liberación¹⁴, no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores)¹⁵, se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años¹⁶, o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación¹⁷, según la salvaguardia de que se trate.» (Fundamento 3.2.2 de la Sentencia)

«10 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.

11 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.

12 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.

- 13 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena
- 14 Para el caso de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.
- 15 Para el caso de la salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.
- 16 Para el caso de la salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.
- 17 Para el caso de la salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.»

El criterio jurídico citado guarda correspondencia conceptual con la jurisprudencia emitida por el TJCA (sentencias e interpretaciones prejudiciales) desde 1987 hasta antes del 2018, relacionada con las salvaguardias reguladas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, tal como se explicó en la sección 4 del presente trabajo académico.

Luego de exponer los criterios generales de todas las salvaguardias reguladas en el Acuerdo de Cartagena, la sentencia, por unanimidad, se centró en el objeto, contenido y alcance de la salvaguardia por devaluación monetaria, precisando que del art. 98 del Acuerdo de Cartagena y de la jurisprudencia previa desarrollada por el TJCA⁴² se advertían los siguientes requisitos sustantivos aplicables a este tipo de salvaguardia:

- (i) Que se haya producido una devaluación monetaria efectuada por un país miembro (causa).
- (ii) Que dicha devaluación altere las condiciones normales de competencia de otro país miembro (efecto). Esta alteración implica un cambio significativo en las importaciones y exportaciones del país miembro afectado⁴³.

42 Sentencias recaídas en los Procesos 1-N-86 del 10 de junio de 1987, 2-N-86 del 10 de junio de 1987 y 4-AN-97 del 17 de agosto de 1998, así como la Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001 (todas ellas mencionadas en la sección 4 del presente capítulo).

43 Respecto de este requisito, la Sentencia precisó que, a raíz de la devaluación monetaria, en el país miembro afectado se incrementan de modo significativo las importacio-

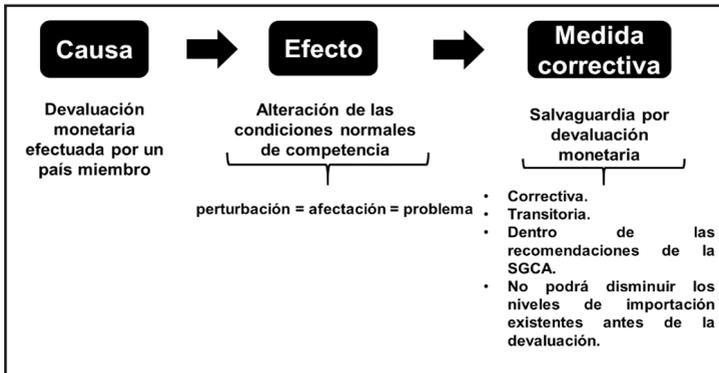
- (iii) La existencia de relación causal; es decir, la devaluación monetaria efectuada por un país miembro tiene que ser la causa de la alteración de las condiciones normales de competencia (efecto) en el país miembro que solicita la salvaguardia por devaluación monetaria (medida correctiva). Por ello, la SGCA deberá verificar la perturbación que produce en el país afectado (país solicitante de la medida correctiva) la devaluación ocurrida en otro de los países miembros.

Para el análisis de este requisito, previamente se tiene que demostrar el cumplimiento de los requisitos sustantivos (i) y (ii). Por tanto, bastaría que no se demuestre el cumplimiento de los requisitos sustantivos (i) o (ii) para que carezca de sentido analizar la existencia de la relación causal.

- (iv) Que la medida sea correctiva y transitoria (mientras subsista la alteración), dentro de las recomendaciones de la SGCA, y que su aplicación no signifique una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación.

Para explicar con mayor claridad los referidos requisitos sustantivos, la sentencia utilizó el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2



nes provenientes del país miembro que implementó la devaluación monetaria y, a su vez, se reducen significativamente las exportaciones del país miembro afectado que se dirigen al país miembro que implementó la devaluación monetaria.

La sentencia, por unanimidad, precisó que la causa de la alteración de las condiciones normales de competencia en el país miembro solicitante de la salvaguardia debe ser la devaluación monetaria efectuada por otro país miembro y que, en consecuencia, la medida correctiva resulta ser la aplicación de una salvaguardia por devaluación monetaria de conformidad con lo establecido en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena. Agregó que, no se cumpliría el requisito de la relación causal si la causa, o principal causa de la alteración de las condiciones normales de competencia, fuese distinta a la devaluación monetaria efectuada por un país miembro, tal como lo explican los siguientes gráficos contenidos en la sentencia:

Gráfico N° 3

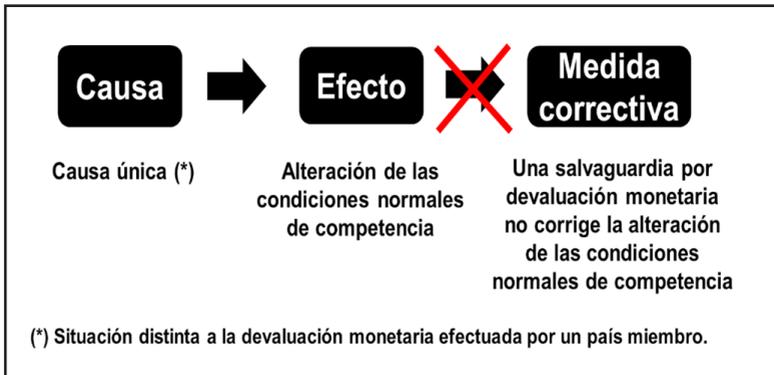
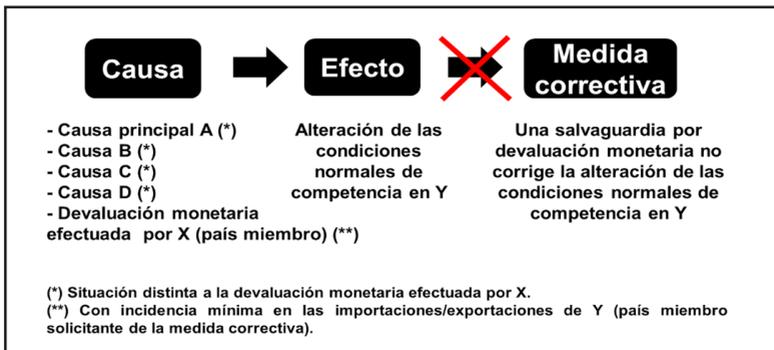


Gráfico N° 4



Adicionalmente, la sentencia, por unanimidad, señaló que se debían tener en cuenta las siguientes consideraciones adicionales: (i) cualquiera de los países miembros puede pedir a la Comisión una decisión definitiva del asunto; (ii) el país miembro que devaluó puede pedir a la SGCA, en cualquier momento, que revise la situación, a fin de atenuar o suprimir las mencionadas medidas correctivas; (iii) el dictamen de la SGCA puede ser enmendado por la Comisión; y, (iv) al ser una medida de carácter excepcional, está sujeta a una interpretación restrictiva, por lo que solo puede ser conferida en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.

Luego de explicar los criterios comunes a todas las modalidades de salvaguardias y centrarse en las características de la salvaguardia por devaluación monetaria, la sentencia procedió a analizar si la solicitud — con carácter de emergencia— para la adopción de la medida correctiva regulada en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia por devaluación monetaria), presentada por Ecuador, había cumplido o no con los requisitos antes referidos.

Antes de evaluar el primer requisito —que un país miembro haya efectuado una devaluación monetaria, la cual debe ser la causa de la alteración⁴⁴ de las condiciones normales de competencia en el país miembro afectado—, la posición mayoritaria del TJCA consideró necesario conceptualizar el término “devaluación monetaria” y diferenciarlo del término “depreciación monetaria”. En ese sentido, precisó que la devaluación monetaria a que se refiere el art. 98 del Acuerdo de Cartagena consiste en la alteración del tipo de cambio efectuada por el poder ejecutivo de un país miembro (o su banco central⁴⁵) con el objeto de que la moneda local (por ejemplo, el peso colombiano o el sol peruano) pierda valor frente a la moneda extranjera (por ejemplo, el dólar de los Estados Unidos de América); mientras que, la depreciación monetaria ocurre cuando dicha

44 La Sentencia precisó que esta alteración consiste en que se incrementan sustancialmente las importaciones provenientes del país miembro que implementó la devaluación y, a su vez, disminuyen significativamente las exportaciones que se dirigen al país miembro que devaluó su moneda.

45 Los Bancos Centrales de los países miembros de la Comunidad Andina son: (i) Banco Central de Bolivia; (ii) Banco Central del Ecuador; (iii) Banco de la República de Colombia; y, (iv) Banco Central de Reserva del Perú.

pérdida de valor se origina por la interacción entre la oferta y demanda de ambas divisas sin intervención del poder ejecutivo del país miembro (o de su banco central). Añadió que, la devaluación monetaria puede ocurrir tanto en el sistema de cambio fijo como en el sistema de cambio flotante. En este segundo caso, la devaluación se suele ejecutar mediante la compra de la moneda extranjera (por ejemplo, dólares americanos) por parte del respectivo banco central. Dado que esta clase de banco suele comprar y vender dólares americanos con el fin de controlar la volatilidad del tipo de cambio (para evitar cambios bruscos del tipo de cambio), debe diferenciarse la compra ordinaria que tiene por objeto el control de la volatilidad del tipo de cambio de una auténtica devaluación monetaria.

Dicho esto, la posición mayoritaria concluyó que habrá devaluación monetaria —en los términos del art. 98 del Acuerdo de Cartagena— en un sistema de cambio flotante cuando la compra significativa de una moneda extranjera (por ejemplo, dólares americanos) por parte del banco central origine que la moneda local pierda valor frente a la moneda extranjera en un periodo de tiempo suficiente para incrementar las exportaciones y reducir las importaciones⁴⁶, por lo que la devaluación monetaria suele tener un efecto doble: abarata el precio de exportación de los productos fabricados en el país que devalúa su moneda y encarece en dicho país el precio de importación de los productos que vienen del extranjero.

46 Para entender claramente la vinculación entre, de un lado, la devaluación monetaria y, del otro, el incremento de las exportaciones y la reducción de las importaciones, la Sentencia planteó el siguiente ejemplo con el sol peruano y el dólar americano. Asumamos (de manera hipotética) que en el Perú el tipo de cambio es $US\$ 1 = S/ 2$. Luego, el Banco Central de Reserva del Perú procede a comprar dólares (de manera significativa), logrando que el tipo de cambio llegue a $US\$ 1 = S/ 4$.

Si antes de la devaluación el precio final del producto “X” a ser exportado era de $S/ 10$ (equivalente a $US\$ 5$), luego de la devaluación su precio final seguirá siendo $S/ 10$, pero en dólares americanos pasará a ser de $US\$ 2,5$. Su precio de exportación ha disminuido con la devaluación (con la devaluación monetaria las exportaciones tienden a incrementarse, pero no debido a una mayor eficiencia económica, sino como consecuencia de dicha devaluación).

Asimismo, si antes de la devaluación un producto importado costaba $US\$ 10$, al consumidor peruano le costaba $S/ 20$. Luego de la devaluación, al consumidor peruano el mismo producto le cuesta $S/ 40$ (la devaluación produce un impacto en las importaciones, las que tienden a disminuir debido a que los productos importados en dólares americanos se han vuelto más caros).

Luego de esta precisión, la posición mayoritaria procedió a analizar si Ecuador, al momento de solicitar autorización para la aplicación de la medida correctiva regulada en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena, había cumplido o no con el requisito sustantivo consistente en que se haya producido una devaluación monetaria efectuada por un país miembro. Para ello, primero evaluó la relación Perú-Ecuador, y luego la relación Colombia-Ecuador.

Respecto de la presunta devaluación monetaria efectuada por Perú, la posición mayoritaria advirtió que Perú había reducido significativamente la compra de dólares en el año 2013, comparado con lo que había adquirido el año 2012. Y en el año 2014, periodo dentro del cual se habría producido la presunta “devaluación monetaria”⁴⁷, la información proporcionada demostró que el Banco Central de Reserva del Perú, en lugar de comprar dólares, había procedido a venderlos, todo lo contrario a una devaluación monetaria, por lo que las cifras evidenciaban que la subida del tipo de cambio se había debido a factores distintos a una presunta devaluación monetaria. Dicho en otros términos, en el caso peruano, resultó manifiestamente evidente que no había habido devaluación monetaria alguna en el año 2014, pues el banco central peruano no había comprado dólares ese año, sino que los había vendido.

Tratándose de la presunta devaluación monetaria efectuada por Colombia, la posición mayoritaria mencionó que en el año 2014, periodo dentro del cual se habría producido la presunta “devaluación monetaria”⁴⁸, Colombia había comprado menos dólares que en los promedios mensuales de los años 2011 y 2012, y en los últimos meses del año 2014, había comprado inclusive en menor cantidad que en tales promedios. Asimismo, mencionó que en el año 2014, Colombia, en lugar de comprar más dólares —de manera significativa—, había adquirido en menor cantidad la divisa estadounidense, razón por la cual no era posible asumir que había habido devaluación monetaria en los términos del art. 98 del Acuerdo de Cartagena.

47 De julio a diciembre de 2014, según lo alegado por Ecuador en su solicitud para la adopción de la medida correctiva regulada en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena.

48 De julio a diciembre de 2014, según lo alegado por Ecuador en su solicitud para la adopción de la medida correctiva regulada en el art. 98 del Acuerdo de Cartagena.

Con esta última Sentencia, y consciente de los beneficios del programa de liberación, el TJCA ha establecido criterios que fortalecen el libre comercio; esto es, ha consignado requisitos exigentes y concurrentes (una valla alta) para que un país miembro imponga una medida de salvaguardia que afecte las importaciones provenientes de otro u otros países miembros. La razón para entender el carácter excepcional de dichas medidas y realizar una interpretación restrictiva de su aplicación es, sin lugar a dudas, la necesidad de fortalecer el libre comercio en la Comunidad Andina.⁴⁹

6. CONCLUSIONES

Las salvaguardias son medidas de defensa comercial que tienen por finalidad proteger a una rama de la industria nacional que sufre un daño, o amenaza de daño, como consecuencia del incremento imprevisto de importaciones de productos competidores a los fabricados por dicha industria. Dichas medidas, que traducen una política comercial, consisten en restricciones a las importaciones y pueden expresarse en un aumento de los aranceles o en el establecimiento de cuotas de importación.

Las medidas de salvaguardia son válvulas de escape a los compromisos arancelarios asumidos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los acuerdos de libre comercio, o los procesos de integración económica y social como la Comunidad Andina. Es así que el Acuerdo de Cartagena prevé en su capítulo XI cuatro modalidades de salvaguardia comercial: por desequilibrio en la balanza de pagos global (art. 95), por el cumplimiento del programa de liberación (art. 96), por productos específicos (art. 97) y por devaluación monetaria (art. 98). La Decisión 389 regula el procedimiento y las medidas correctivas de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global. El capítulo VII de la Decisión 439 contempla una salvaguardia por balanza de pagos relacionada con los servicios.

49 Hugo Gómez, *Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina*, en “Negocios Internacionales”, Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEXPERU, Lima, febrero 2019, vol. 23, núm. 254, p. 18. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/upload/articulos/revista/febrero2019/mobile/index.html#p=18> (Consulta realizada el 10 de octubre de 2020).

Entre 1987 y hasta antes del 2018, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) desarrolló criterios jurídicos respecto de las cuatro modalidades de salvaguardia comercial. Conforme a dichos criterios, si bien tales medidas tenían particularidades propias, todas ellas compartían, como requisitos comunes, el tener naturaleza correctiva, carácter temporal y excepcional, y la relación de causalidad. Dada su naturaleza excepcional, debían ser aplicadas e interpretadas de modo restrictivo. La causalidad significaba que debía existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones y el daño (o amenaza de daños) de que se trataba.

En el 2018, el TJCA expidió 2 sentencias en materia de salvaguardia comercial. La primera sentencia, adoptada por mayoría en abril de ese año, trataba sobre la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global adoptada por Ecuador en marzo de 2015. El voto en mayoría de esta sentencia no analizó como requisito de dicha salvaguardia la “relación causal”, es decir, que el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros debía ser la causa, o al menos una de las causas, del desequilibrio en la balanza de pagos global. El voto en minoría, en cambio, consideró que dicho requisito sí era exigible, además de que la salvaguardia debía tener carácter correctivo, temporal y excepcional, por lo que estaba sujeta a una interpretación restrictiva.

La segunda sentencia, adoptada en agosto de 2018, se pronunció sobre la salvaguardia por devaluación monetaria adoptada por Ecuador en enero de 2015. En esta sentencia, el TJCA estableció que las cuatro modalidades de salvaguardia previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena tienen las siguientes características comunes:

- a) Son medidas de naturaleza correctiva y carácter transitorio y excepcional, por lo que están sujetas a una interpretación restrictiva, y solo pueden ser adoptadas en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.
- b) Les es exigible el requisito de la “relación causal” (causa y efecto). Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas correctivas, lo que

buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la balanza de pagos global, de los perjuicios graves a la economía del país, de la perturbación en la producción nacional o de la alteración de las condiciones normales de competencia, según corresponda, carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.

Las importaciones, o el incremento de determinadas importaciones, tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de que se trate.

- c) Deben ser proporcionales al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al programa de liberación, no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores), se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años, o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación, según la salvaguardia de que se trate.

El programa de liberación contemplado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena permite la existencia de un área de libre comercio en la Comunidad Andina, lo que beneficia a los más de 111 millones de consumidores andinos con la posibilidad de acceder a una mayor oferta de productos provenientes del comercio intracomunitario, lo que incrementa la competencia. El resultado de esta mayor competencia es que dichos consumidores obtienen productos a menores precios, de mejor calidad y en mayor variedad.

Las medidas de salvaguardia afectan al programa de liberación y al libre comercio, por lo que deben ser interpretadas de modo restrictivo. Con la sentencia de agosto de 2018, el TJCA ha establecido criterios que fortalecen el libre comercio, pues ha señalado requisitos exigentes y concurrentes para que un país miembro imponga una medida de salvaguardia que afecte las importaciones provenientes de otro u otros países miembros. La razón para entender el carácter excepcional de dichas medidas y realizar una interpretación restrictiva de su aplicación es, sin lugar a dudas, la necesidad de fortalecer el libre comercio en la Comunidad Andina, una de las mayores virtudes del proceso de integración subregional andino.

BIBLIOGRAFÍA

- Cristián Delpiano Lira, *Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio*, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, núm. 2, Santiago, 2015.

Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200007 (consultado el 19 de octubre de 2020)

- Gabriel Ibarra Pardo, *Las grandes controversias del multilateralismo. Crisis del principio de la Nación más favorecida, distorsiones de la competencia y temas ambientales*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana – Legis Editores S.A., Bogotá, 2018.
- Hugo R. Gómez Apac, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, Director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, Universidad San Gregorio de Portoviejo - Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019.
- Hugo Gómez, *Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina*, en “Negocios Internacionales”, Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEXPERU, Lima, febrero 2019, vol. 23, núm. 254.

Disponible en:

[https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/revista/ febrero2019/mobile/index.html#p=18](https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/revista/febrero2019/mobile/index.html#p=18) (consultado el 10 de octubre de 2020)

Quito, junio de 2021.

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO IV

TENDENCIA Y PERSPECTIVA DEL COMERCIO JUSTO ENTRE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS CON RESPONSABILIDAD SOCIAL

Osmany Pérez Barral, Mónica del Rocío Alarcón Quinapanta, Joyce Mora Rivera, Verónica Leonor Peñaloza López, Varna Hernández Junco, Roberto Argelio Frías Jiménez

Introducción

El estudio es resultado del proyecto de investigación “Propiedad Intelectual y Responsabilidad Social Empresarial en la protección de los productos/servicios de las Medianas y Pequeñas Empresas (Mipymes) ante el mercado: casos de estudio”. Donde, el objetivo central de la investigación es analizar de manera crítica y analítica las tendencias y perspectivas del comercio justo entre los países latinoamericanos con responsabilidad social, donde su finalidad, conlleva a que, las Mipymes pueden desarrollarse con su accionar en criterios, como: económico, financiero, tecnológico y social.

En tal sentido, la investigación es de tipo descriptiva-explicativa, pues se pretende generar nuevos conocimientos y consideraciones teóricas y metodológicas, que contribuyan al enriquecimiento de la ciencia desde una concepción colaborativa, humanista, responsable, ética, transparente y sin condicionamiento, a fin de, que puedan ejercer el derecho al comercio e intercambio justo para todos por igual, y no con restricciones sancionatorias a los países por su ideología, formas de pensar y actuar, situación económica, entre otros aspectos, que laceran y constituyen barreras para el desarrollo de los países y el libre intercambio en los países latinoamericanos.

Al respecto, debe señalarse que, a pesar de que años tras años los gobernantes se reúnen en múltiples espacios para prometer una colaboración entre los países de manera equilibrada y justa, esto queda en la práctica en el discurso político, pues no van más allá de las ideas obtusas lanzadas en plataformas con miradas del mundo, donde los avances tecnológicos se

conocen y pueden dar a entender la realidad de lo que sucede en la práctica desde el proceso de gobernabilidad.

Es así que, la propia categorización o clasificación de los países en primer y tercer mundo, ya es una discriminación para la colaboración conjunta entre los países desarrollados o no dentro del ámbito del comercio justo. Incluso, que alguien en algún momento, se otorgue el derecho de clasificarlos en países de un mundo u otro, de manera muy fuerte como si no fuesen parte del planeta tierra, sin dar una solución a los problemas que sufren los países (latinoamericanos) por el comportamiento egoísta y de explotación de los países más ricos hacia estos de menores posibilidades económicas y tecnológicas, es ya de por sí una agravante no inclusiva. Dado que, son los países desarrollados, los que se llevan los recursos de los países, mal llamados pobres, pues son los más beneficiados desde el punto de vista de recursos naturales, los cuales, no logran despegar económica y tecnológicamente por injerencias externas de los países más avanzados en la ciencia y la técnica.

Lo expuesto hasta el momento, conduce al estudio del comercio justo desde sus inicios hasta el nuevo papel que juega hoy en el desarrollo de los países latinoamericanos con responsabilidad social. De esta manera, se profundiza en todas las aristas planteadas a continuación.

1. Tendencia del Comercio Justo en los países latinoamericanos

El comercio justo es una necesidad para el desarrollo de los países y las Mipymes, con lo cual, no debe ser sesgado por condicionamientos ideológicos, económicos, políticos y sociales, no puede aislarse a los países mediante el comercio, porque ello, afecta la supervivencia de la humanidad.

Osmany Pérez Barral, 2020¹.

1 Pérez Barral, Osmany. Reflexión sobre el Comercio Justo en este estudio.

El concepto del Comercio Justo surgió para lograr establecer el intercambio de productos y mercancías entre los países más desfavorecidos desde el punto de vista económico y social, que, se sostiene a partir del desarrollo mínimo que han alcanzado las Mipymes, sobre todo, en la región Sur de América. El cual, se ha ido expandiendo a la región central del mismo continente a partir de la asociación de comunidades entre naciones tratándose temas relacionados a la sostenibilidad social y económica, lográndose con ello, que se comience a mencionar términos relacionados a bienestar social y vida digna.

Sin embargo, debe señalarse, que existen diversos factores endógenos y exógenos que contrarrestan la voluntad de ejercerlo con total libertad (Comercio Justo) entre los países, entre los que destacan: voluntad política e ideológica, pobreza extrema, presiones políticas internas y externas, precios, aranceles, desarrollo tecnológico, gobernabilidad, volumen de producción de bienes y servicios; entre otros, que no garantizan una estabilidad de intercambio comercial.

Asimismo, la concepción del Comercio Justo debe partir de puntos de vistas relacionados con la equidad, necesidad, solidaridad, transparencia, ética y responsabilidad, para que fructifique desde sus primeros pasos. Estas variables que hoy se exponen, creería pensarse que pertenecen al siglo XXI, cuando realmente se practicaba quizás sin un ápice de conciencia técnica o científica desde la comunidad primitiva con el trabajo colectivo y el intercambio de productos y mercancías mediante el trabajo, no viéndose así actualmente, por el supuesto alto desarrollo tecnológico y de preparación de los países, cuando la realidad encara una situación similar para todos los países latinoamericanos desde lo productivo, lo social, lo económico y lo político. En este sentido, cabe preguntarse:

¿Dónde y cómo nace el Comercio Justo como concepto?

El concepto del Comercio Justo inició en el siglo XX, con un basamento más acabado desde la ciencia (años 40-50 en Estados Unidos). Con ello, se empezaron a desplegar las primeras acciones vinculadas a pequeños productores y artesanos que eran afectados económicamente en la comercialización de sus productos y bienes a través de los precios

internacionales, con una alta injerencia de los intermediarios que hasta hoy persisten en sus funciones lucrativas y especulativas.

A partir de entonces, se crean algunas organizaciones que promueven el Comercio Justo, entre las que destacan: Organización de Comercio Justo (1964); Organización Importadora de Comercio Justo en Holanda (1967); Coordinadora Estatal de Comercio Justo en España (1986); entre otras.

En tal sentido, el estudio del Comercio Justo trasciende hacia la relación de intercambio basada en el diálogo entre naciones para lograr un entendimiento en las relaciones comerciales y estimular a los pequeños-medianos empresarios, donde prime la transparencia y la confianza entre estos, con la finalidad, de que se promueva la justicia en la actividad comercial sin condicionamiento alguno, destacándose algunos estamentos como: precios justos, calidad de los productos que se intercambian, tecnología, satisfacción de las necesidades de las naciones, costos de producción de los productos y bienes que se intercambian, entre otros factores, que rigen este tipo de intercambio. Con lo cual, se puede contribuir al desarrollo sustentable de los pequeños y medianos productores, que tratan de crecer económicamente en el tiempo para ampliar sus negocios extra fronteras.

Dado lo comentado, se coincide con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2020)², cuando deja en claro los principios que deben regir para que exista un Comercio Justo entre los países, sobresaliendo entre ellos: a) Oportunidades para productores desfavorecidos; b) Transparencia y responsabilidad; c) Prácticas comerciales justas; d) Pago justo; e) No al trabajo infantil (ni al trabajo forzoso); f) No a la discriminación (igualdad de género), Libertad de asociación; g) Buenas condiciones de trabajo; h) Desarrollo de capacidades; i) Promoción del Comercio Justo; y, j) Respeto al Medio Ambiente.

Lo anterior presupone según García Chiang³, que, los criterios básicos del comercio justo son el establecimiento de una relación directa entre productores y consumidores sin que medie los especuladores; la

2 Comercio Justo en América Latina y el Caribe. <https://biblioguias.cepal.org/comerciojusto>

3 García Chiang, A. El comercio justo: ¿una alternativa de desarrollo local? POLIS 2011, vol 7, núm 1, pp. 105-140.

aplicación de un precio adecuado y equiparable según las condiciones de producción, que permita al productor y a su familia salir de las situaciones de vulnerabilidad; la autorización de un financiamiento parcial antes de la cosecha; el establecimiento de contratos a mediano y largo plazo basados en el respeto sustento económico de los valores éticos, como la búsqueda del bien común, de la equidad, y del cuidado del medio ambiente. Este conjunto de características conduce no sólo a establecer un precio que alcance para satisfacer las necesidades de los productores, sino también, a crear las condiciones para un desarrollo económico, financiero y tecnológico.

Al respecto, se puede corroborar en la práctica que el comercio justo es un factor de transparencia comercial si existe el respecto comercial entre los países, bajo un principio de justicia para el productor, basado en el pago que deben efectuar los importadores cuando compran directamente el producto bajo los criterios establecidos a los productores, pues la presencia de intermediarios puede traer consigo una alteración del precio de los productos que se comercializan.

Asimismo, el consumidor recibe información proactiva del tipo de producto que adquiere, de dónde proviene, condiciones ecológicas de su producción, y tratamiento tecnológico que recibe el producto. Con lo cual, según García Chiang⁴, el comercio justo se puede definir desde dos perspectivas: a) Como una herramienta de cambio del modelo económico que tiene como meta corregir las fallas del sistema capitalista actual; y, b) Como un mecanismo de inserción de los productos del Sur en los mercados del Norte en una situación de equidad. En el primer caso, abarca una perspectiva amplia del autor, dado que, trata de evitar que posibles errores comprometan, lesionen o perjudiquen al productor, lográndose con ello, atender las necesidades de los productores desde una perspectiva económica, de producción y de comercialización justa de sus productos sin condicionamientos desiguales.

En el segundo caso, da prioridad a la introducción de producciones que se generan desde un mercado menos desarrollado a uno con mejores

4 García Chiang, A. El comercio justo: ¿una alternativa de desarrollo local? POLIS 2011, vol 7, núm 1, pp. 105-140.

posibilidades económicas de recibirles, sin necesidad, de humillar o no ser justo en este intercambio comercial con respecto a estos productores, que, con limitados recursos tecnológicos tratan de emprender negocios que sostienen a sus familias.

Finalmente, existe una preocupación que aún persiste y daña la justicia en el comercio justo de los países del Sur, que es el problema de la fijación de los precios en los productos, pues los países que adquieren estos productos colocan precios irrisorios que perjudican la sostenibilidad de estas pequeñas y medianas empresas que tratan de subsistir en tiempos de normalidad, no imaginándonos cómo enfrentan el día a día en tiempos emergentes como se está viviendo en la actualidad con la Pandemia (COVID-19). Asimismo, mientras que los precios no se fijen a partir de empleo de herramientas contables de gestión, siempre será un precio inflado para los países menos desarrollados en el intercambio comercial, dado que, el precio de mercado no opera justamente para estos tipos de empresas de países del Sur y de Centroamérica, por ejemplo, en países como: Cuba, Honduras, Nicaragua, Ecuador; Salvador, Bolivia, Perú; entre otros, que sufren los embates del comercio capitalista de forma despiadada.

2. Comercio Justo vs Responsabilidad Social para los países latinoamericanos

Es muy evidente que el Comercio Justo está asociado a la Responsabilidad Social de las Empresas y gobiernos sin considerar el sistema que impere, pues los gobiernos deberían proteger a sus naciones cuando firman convenios de cooperación de intercambio comercial en representación de sus productores, mediante salvaguardas que les permita potenciar el verdadero intercambio justo de productos. En este sentido, Latinoamérica es una de las regiones que ha considerado el intercambio comercial a partir de la firma de tratados comerciales, algunos ejemplos son: Tratado de Libre Comercio (TLC; Tratado de Comunidad Andina, Tratado de países Centroamericanos, Tratados de Mercosur, entre otros, que buscan el equilibrio del mercado y el precio justo que debe primar en el intercambio de sus productos.

Al respecto, el intercambio de productos va asociado al consumo responsable, pues no se trata de producir por producir, ni vender desmedidamente sin una planificación adecuada, es importante que no existan despilfarros ni en la producción ni en el consumo de las personas. Asimismo, se coincide con Rivera Lara y Lara⁵, cuando consideran que, deben cambiarse los hábitos de consumos por el bien de la humanidad, donde prime la adquisición de productos y bienes ecológicos, donde la producción de los productos no sea lograda con fertilizantes que dañen la salud de las personas, que incrementen enfermedades irreparables como sucede actualmente, entre otros aspectos, que, no contribuyan al bienestar de los trabajadores y de la población en sentido general.

El consumo responsable va asociado al: precio, productividad, rendimiento, tecnología, calidad y a factores políticos e ideológicos que son los que intentan llevar adelante la ejecución de los tratados de intercambios comerciales para sus naciones, lo cual, exige que, se piense en el cuidado del medio ambiente, la equidad, la sostenibilidad y la salud de las personas. Dada esta forma de pensar, es que hoy se hace énfasis en la producción limpia, ecológica o verde y en etiquetar los productos con un sentido de semaforización, para ofrecer más información sobre el consumo a los clientes que adquieren sobre todo productos alimenticios.

A su vez, existe la responsabilidad social de los gobiernos con respecto al Comercio Justo, con respecto a que no se efectúe a partir del: trabajo o mercado negro, trabajo de explotación infantil o adolescentes, discriminación de las personas por su nacionalidad o género, pues es una forma indigna de considerarlo en beneficio económico propio para no pagar lo correcto por el trabajo realizado. De esta forma, los gobernantes, deberían promover el trabajo profesionalizante a partir del conocimiento de cada persona adulta y no valiéndose de las necesidades y vulnerabilidades de quienes requieren trabajar para alimentarse, educarse, vestirse y calzarse, exigiéndose siempre a los empleadores el pago justo a sus trabajadores por el trabajo realizado según su capacidad física y mental.

5 Rivera Lara, Yaomautzin; Lara, Yetlanetzi (31 de enero de 2018). Objetivo de Desarrollo Sostenible 12: Producción y consumo responsable. pp. 1-28. Consultado el 20 de abril de 2020.

Lo anterior coincide con el criterio de Cotera, cuando define, que: *«Comercio Justo es el proceso de intercambio comercial orientado al reconocimiento y valoración del trabajo y las expectativas de los productores y consumidores, permitiendo una mejora sustancial de la calidad de vida de la gente, haciendo viable la vigencia de los derechos humanos y el respeto al medio ambiente, dentro de una perspectiva de desarrollo humano, solidario y sustentables»*⁶. Esta definición subraya, que no debe obviarse en ningún momento al ser humano, destaca, sobre todo, el reconocimiento al trabajo y los derechos de las personas. Otro elemento a considerar, es la estimulación en el orden interno de los países, donde debe promoverse sobre todo en los países latinoamericanos el consumo de los productos nacionales. De esta manera, los productores se sentirán protegidos y podrán generar una cadena de valor interna que incite a la calidad de la producción, la necesidad de producir más para satisfacer las penurias de la población, disminuir los precios para que los productos estén más al alcance del sector vulnerable, sosteniéndose así, a las familias con tranquilidad y dignidad.

El Comercio Justo vs Responsabilidad es una asignatura pendiente en ambos conceptos para los países latinoamericanos, porque ambas se comportan de la misma forma, dada la política que aplican algunos gobernantes en sus países, pues en realidad, ninguna de las dos responden a la clases trabajadora, enfocándose en su generalidad en las política de los gobernantes de turno, dado que, la historia plantea que todo ha quedado más en el discurso que en la acción de las naciones, pues, hasta el momento ni los tratados han podido frenar el desinterés de los presidentes en defensa de un comercio justo para sus países y menos aún para la región que representan, ya que, los intentos han quedado en papeles escritos, más no en la ejecución de las ideas.

En tal sentido, el Comercio Justo y la Responsabilidad Social deben funcionar como un sistema integrado para el desarrollo sostenible y sustentable de las Pequeñas y Medianas Empresas, pues no es posible que en el Siglo XXI, no se comprenda que la producción limpia debe ser una práctica diaria para garantizar el bienestar de la humanidad, y que la Responsabilidad no se enfoque en disminuir o reducir la expulsión de

6 <http://www.clac-comerciojusto.org/ulcj/comercio-justo/america-latina/>. Consultado el 18 de noviembre del 2020.

dióxido de carbono a la superficie, por no querer, mejorar determinadas tecnologías que emplean en sus procesos productivos.

Dado lo expuesto, es evidente que, el mundo sigue girando detrás de los intereses monetarios y no en función de solventar los problemas reales que aquejan a la humanidad. Pero es más preocupante, como los países menos desarrollados no tienen una proyección para mejorar la situación del Comercio Justo y el cumplimiento de su Responsabilidad Social en función de la sociedad (trabajadores, sobre todos los pequeños y medianos empresarios). Esto limita en gran medida el desarrollo de las organizaciones y el bienestar de los trabajadores, no solo desde el punto de vista productivo, sino también, desde la solución económica de sus calamidades, pues no existe una protección estable y equilibrada para ellos.

Al respecto, los autores Chávez Becker y Patraca Dibildox⁷, hacen hincapié en el proceso de certificación autónoma desarrollados dentro de dos modelos diferentes de gestión empresarial pero que plantean un compromiso social y medioambiental con el entorno en el que operan: el Comercio Justo (CJ) y la Responsabilidad Social Empresarial (RSE). En este sentido, como se ha expresado, ambos criterios deben estar interrelacionados, es por ello, que se prioriza desde la gerencia las informaciones proactivas que se generan desde las organizaciones, desde la perspectiva de la transparencia y la confiabilidad, con la finalidad de potenciar los procesos de certificaciones como reconocimientos en bien del medio ambiente, las producciones, la alimentación sana, a partir de los productos-bienes de servicios que ofrecen al mercado.

Lo anterior denota, que, sigue siendo más importante las certificaciones que la solución de los problemas de los pequeños y medianos empresarios y sus trabajadores en la relación comercial interna y externa. Esto conduce a la práctica injusta del comercio, mediante la relación que se establece entre compradores y productores, sea dentro o fuera de fronteras de producción. Por ejemplo, es curioso, como los

7 Carlos Chávez Becker y Verónica Patraca Dibildox (2011). El Comercio Justo y la Responsabilidad Social Empresarial Reflexiones desde los sistemas de certificación autónoma. Argumentos (México, D.F.) *versión impresa* ISSN 0187-5795. Argumentos (Méx.) vol.24 no.65 México ene./abr. 2011.

compradores de los productos de un país colocan los precios para comprar mercancías en otro país, exigiéndoles supuestos precios convenientes de comercialización sin considerar el costo de la producción de los productores (fabricantes), adquiriéndose las compras a precios irrisorios que afectan a los productores directos.

La situación de intercambio comercial expuesta, empeora si participan intermediarios, pues en este contexto, sale más perjudicado el trabajador directo que no alcanza a comercializar sus productos directamente por el tiempo que demanda y los trámites burocráticos para su ejecución, a esto se le suma, el desconocimiento que tienen los productores acerca del funcionamiento del mercado, sobre todo, si es con fines de intercambio entre países, entre otros factores que influyen en este re juego de compraventa, lo cual, distorsiona el sentido del comercio exterior justo entre países, no siendo colaborativo con los países más necesitados.

El Comercio Justo en consideración a su tendencia-perspectiva y, en relación con el consumo, debe considerarse una herramienta de gestión integral. Asimismo, dentro del proceso de toma de decisiones debe estar alineada a disminuir en todo lo posible los impactos negativos, convirtiéndolos en oportunidades de mejora para clientes y productores, con la finalidad, de que realicen sus funciones con responsabilidad social. Esta percepción, conduce a pensar en la relación directa que se puede ejercer sobre determinados ámbitos sociales, por ejemplo: Derechos humanos; Salud integral; Protección e higiene del trabajo; Empleo justo; Dignidad humana, entre otros, con un desarrollo consciente en la aplicación de sus principios, objetivos, normativas, leyes comerciales, políticas de protección, que contemple así, todas las dimensiones de la Responsabilidad Social en función del Comercio Justo entre países.

Lo interesante de la política del Comercio Justo y de manera responsable, es que, esta percepción se interrelaciona con el comportamiento social de las personas con respecto al consumo de los productos y/o servicios, donde estos últimos, deciden cuándo, cómo, que y por qué consumir, dado que, en ocasiones consumen determinados productos con o sin cultura alimenticias, algunos ejemplos son: salud, modismo, entre otros. Con lo cual, se amplía el tipo de responsabilidad de los gobiernos a

través de sus ministerios e instituciones de salud, al tener que considerar desde el punto de vista educativo, el enseñar a sus ciudadanos a comprar y consumir solidaria y responsablemente, donde la toma de decisiones y acciones deben ser proactivas a la generación de consecuencias fatales para la salud de las personas, pues en la actualidad, se estimula el consumo por intereses puramente económicos y mercantiles y no pensándose en la sociedad civil.

En tal sentido, los gobiernos latinoamericanos deberían preocuparse y ocuparse más por el comercio verdaderamente justo de sus productores (específicamente los pequeños y medianos fabricantes) y por el consumo más responsable de sus ciudadanos, donde prime también un precio adecuado al alcance de todos, sobre todo, garantizándose que los sectores vulnerables puedan comprar de igual manera productos sanos ecológicamente, frescos y sin altos fertilizantes que sean contaminantes, no viéndose obligados a comprar productos extremadamente baratos por su baja calidad. Relacionado a este último aspecto, se percibe en los últimos años un alto nivel de producción, comercialización y consumo de productos agrícolas contaminantes, que ha conllevado al incremento de enfermedades cancerígenas y de otras características, que están afectando la salud de las personas, esto se debe, porque prima más el sentido mercantilista que el humano en los propios políticos de turnos en algunos sistemas de producción y en los propios empresarios.

Dado lo expuesto, es importante profundizar en el Comercio Justo y el desarrollo de las Mipymes de los países latinoamericanos, a partir de la creación y funcionamiento de organizaciones mediante políticas que pretender regir el intercambio comercial entre los países del área objeto de estudio.

3. Comercio Justo y el desarrollo de las Mipymes en los países latinoamericanos

Relacionado a este acápite, se comienza con el análisis de la creación de los países de la Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América (ALBA)⁸, es la integración de los países de América Latina y el Caribe,

8 <https://www.aduana.gob.ec/alianza-bolivariana-para-los-pueblos-de-nuestra-america-alba-tcp/>

que busca el ejercicio práctico de la solidaridad, complementariedad, justicia y la cooperación entre las naciones de la región, donde no prime el condicionamiento político e ideológico entre los países para lograr un intercambio comercial entre los mismos. Es una alianza política, económica y social en defensa del respeto, la autonomía y la identidad de los pueblos que la integran. En este sentido, el ALBA o el Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP) como también se le conoce, pretende como política, que cada país pueda ofrecer en su propuesta de intercambio comercial los mejores productos que provienen de las pequeñas y medianas empresas, con la finalidad, de que estas puedan lograr un crecimiento económico sostenible y un mejor bienestar de vida para los empresarios y trabajadores que forman parte de estas organizaciones.

Es así como el ALBA, tiene como objetivo no promover criterios mercantilistas, egoístas, individualistas que conduzcan al enriquecimiento de uno países a costa de la pobreza de otros. Pues no pretende que las naciones de mayor crecimiento económico y tecnológico hagan sucumbir a las de menores posibilidades, comprando sus productos a precios irrisorios para luego comercializarlos o consumirlos a valores triplicados. Con lo cual, se trata de suscitar una amplia visión de integración latinoamericana, donde todos los países que la integren sean como una sola nación sin deseos de colonización ni esclavismo en ninguna de las esferas de la economía ni en la política. Tanto es así, que esta alianza (ALBA), buscaba una única moneda para la comercialización entre los países miembros, decidiéndose que esta fuera el Sucre, algo curioso en la historia, pues Ecuador, dada una situación económica grave de crisis en el país, la sustituye por el dólar.

Sin embargo, la decisión de los países que integran el ALBA es comercializar e intercambiar sus productos, bienes y servicios a través del Sucre, dándole un carácter regional y autónomo para el movimiento de capitales, con la finalidad de poder enfrentar como una sola nación a las grandes empresas transnacionales que son las que dominan el mercado y el saqueo de los recursos naturales de todos los países y no solo en América como continente, sino también, en otros continentes (África). Con lo cual, este comportamiento de las transnacionales quebranta la soberanía de las naciones, sobre todo, dado el actuar de los políticos que aún aceptan las disposiciones de gobiernos como el

de Estados Unidos (EE. UU) y del Fondo Monetario Internacional (FMI), sin considerar el perjuicio de sus países ni de sus pequeños y medianos productores.

Sobre la base de lo expuesto, el ALBA propone mejorar significativamente la configuración de las estructuras económicas de los países que la integran, basada en la necesidades básicas de cada nación, el empleo óptimo los recursos naturales, la posibilidad de transformarse en productores y comercializadores no solo de materias primas para empresas trasnacionales o grandes empresas, sino, en comercializadores de productos terminados con un precio justo para el intercambio comercial entre los integrantes de la región. Esto se debe, a la voluntad política de no ser competidores entre ellos, sino en convertirse en una alianza con carácter de colaboración y solidaridad en el intercambio justo en todos los órdenes y sectores de la economía.

Lo anterior, corrobora que, el TCP bolivariano se enfoca en el intercambio de productos y servicios para satisfacer las necesidades de los pueblos menos desarrollados de la región, dado los preceptos de reciprocidad, transferencia tecnológica, facilidades de créditos, pagos y cobros, basado en el respeto financiero y en intereses de colaboración integrada. Esta política de cooperación nace para hacer frente al Tratados de Libre Comercio del Norte (TLC) creado en el año 1988, liderado por EE. UU, donde participan con fuerza países como: Canadá y México. Considerándose, un bloque de cooperación entre las naciones mencionadas, que no contempla un pensamiento de integración y cooperación para América Latina, y sí una filosofía de penetración económica injerencista, que conlleva al incremento del desempleo y marginación de los pueblos latinoamericanos menos desarrollados, expropiándoles sus principales recursos naturales y adueñándose de sus economías a través de la concesión de los mal llamados créditos blandos, pues no son a bajas tasas de interés realmente como quieren hacer creer.

Al respecto, es necesario apuntar, que el TLC, cambia de figura legal a partir del 2018, denominándose Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC o USMCA)⁹, producto de un criterio unificado entre los

9 United States-Mexico-Canada Agreement Text. p. Office of the United States Trade

tres países, destacándose algunos cambios de objetivos en sus aspiraciones del comercio:

1. Eliminar obstáculos en el comercio, facilitándose la circulación de bienes y de servicios entre los países miembros del bloque.
2. Establecer condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio.
3. Incrementar las actividades de inversión entre los territorios integrantes.
4. Proteger los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las partes.

Como se puede percibir, supuestamente la relación entre los países de México, EE. UU y Canadá es de un intercambio justo, sin embargo, no es así, dado que, no se efectúa la relación comercial entre ellos a través de una moneda integradora, pues, en el ejercicio de compraventa entre estas naciones es el dólar la moneda de intercambio comercial. Esto esencialmente, favorece más a los EE. UU, que a las otras dos naciones. De hecho, México se ha planteado salirse de este tratado, pues su economía no se ha visto beneficiada en ningún sentido, ya que, prima los intereses políticos y económicos del gobierno norteamericano por encima de las necesidades de intercambio justo entre estos países.

Lo anterior demuestra que, es muy difícil que un país con un menor progreso económico y tecnológico pueda llegar a determinado acuerdo de intercambio justo con países de mayor desarrollo, no comportándose de manera responsable por el bien de las naciones, dado que, prima siempre las condiciones que imponen aquellos gobiernos que se han dedicado a través de la historia saquear la economía de otros países.

Representative. Archivado desde el original el 1 de octubre de 2018. Consultado el 31 de octubre de 2018.

Otras de las integraciones que nació para lograr un Comercio Justo y Responsable fue la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)¹⁰. Esta organización fue creada en el año 2008 para el impulso a la integración regional en materia de energía, educación, salud, ambiente, infraestructura, seguridad y democracia, con la finalidad de robustecer la unión entre las naciones suramericanas, bajo el reconocimiento de sus objetivos regionales, fortalezas sociales y recursos energéticos.

La UNASUR, es uno de los bloques integradores que acoge a países de diversas lenguas idiomática, entre las que sobresalen: español, inglés, portugués y neerlandés. Su política se enfoca en la construcción de una identidad regional, donde prime un espacio de integración cultural, ambiental, social, económico y político, respetándose aspectos esenciales en las relaciones de intercambios, afines con: salud, educación, alimentación, tecnología, deporte, tipos de financiamientos, entre otros, que contribuyen a enfrentar los problemas socioeconómicos que les afectan por ser países pertenecientes al tercer mundo.

Con lo cual, el bloque de integración UNASUR, nació con la responsabilidad de proteger el bienestar social del 68% de la población que representa esta región en América Latina, donde su funcionamiento duró apenas once años por decisiones de los políticos o gobiernos de turnos con una ideología diferentes a la cual le dio origen, dado que, algunos países (7 naciones) que la integraban decidieron crear el Foro para el Progreso de América del Sur (Fórum para o Progresso da América do Sul), conocido por las siglas Prosur, el día 22 de marzo del 2019. De esta manera, los países que promovieron el Prosur, se resumen en: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, quedándose afuera de este nuevo bloque países, como: Bolivia, Guyana, Surinam y Uruguay, que se abstuvieron a pertenecer a esta nueva creación de bloque integrador y siguen perteneciendo a la UNASUR.

Lo expuesto hasta el momento, conduce a buscar respuesta a una serie de interrogantes que están relacionadas al papel que han jugado los bloque integradores de Latinoamérica, entre las que destacan:

10 <https://www.aduana.gob.ec/union-de-naciones-suramericanas-unasur/>

- * ¿Realmente las pequeñas y medianas empresas latinoamericanas se han beneficiado de los tratados de libre comercio?
- * ¿Existe un crecimiento económico y sostenible de las pequeñas y medianas empresas de los países latinoamericanos?
- * ¿Los gobiernos de turnos le han dado continuidad a las políticas establecidas por las alianzas o bloques que promueven el intercambio justo y responsables entre los países latinoamericanos?

Relacionado a la primera interrogante, la apreciación de los autores de este estudio, consideran que, las Mipymes no se han beneficiado del todo con la creación de los bloque integradores que responden a la región latinoamericana, pues su desarrollo es apenas perceptible en cuanto a: desarrollo tecnológico, agrícola, educación, salud, cultural, bienestar, entre otros aspectos, que podrían haber contribuido a su crecimiento y expansión, ya sea, dentro o fuera de fronteras de producción de sus propias naciones. Lo cual, corrobora que, la inestabilidad política de la región ha influido notablemente en el funcionamiento y resultados de estas alianzas u organismos integradores.

Al respecto, algunos estudios demuestran que, la dinámica globalizada y los cambios acontecidos en ciertos ámbitos (político, económico y tecnológico) de la vida de los países, influyen directamente en el desarrollo de las Mipymes, dado el comportamiento de algunas variables que deciden el desenvolvimiento adecuados de estas organizaciones, entre las que sobresalen: eventual crecimiento económico, inestabilidad política, menor actividad en el comercio internacional entre las naciones, evolución de la revolución digital (redes sociales), cambios de concepción en productores y consumidores, nuevos desafíos ambientales, y diversificación de estilos de vidas.

Es por ello, que a decir de Bárcenas (2018)¹¹, las Mipymes no pueden quedar al margen de este proceso de cambios globalizados, dado, que, en lo productivo de estas naciones, el 99% de las empresas formales latinoamericanas de estas características, contribuyen a la generación

11 Alicia Bárcena. Secretaria Ejecutiva Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Prólogo del libro MIPYMES en América Latina. Un frágil desempeño y nuevos desafíos para las políticas de fomento.

de empleo (61% del empleo formal es generado por empresas de ese tamaño), concediéndole un papel protagónico en la viabilidad, eficiencia, eficacia y efectividad dentro del proceso transformador de la sociedad. Sin embargo, no logran despegar en el factor de crecimiento económico de manera sostenible.

Dado lo detallado con relación a los bloques integracionistas, se corrobora que, los esfuerzos no son suficientes, pues las Mipymes latinoamericanas todavía presentan indicadores débiles que demuestran el limitado o nulo desarrollo integral de estas organizaciones, manifestándose de forma quebradiza frente a una revolución tecnológica y virtual cada vez más acelerada, dejándoles al margen para competir en mercados más dinámicos y prósperos en cuanto a calidad de productos y servicios, niveles de exportaciones e importaciones y posibilidades financieras para enfrentar sus necesidades. De esta manera, se considera que, la visión de estas organizaciones productivas es muy limitada para lograr un crecimiento sostenible dentro de un mercado, cada vez, más competitivo y hostil con respecto a precios, costos y diversificación de productos.

Dado lo planteado, el beneficio de las Mipymes a partir del funcionamiento de los bloques integradores con enfoques de comercio justo ha sido imperceptible, pues no ha primado durante décadas los intereses de los productores de pequeñas y medianas empresas. Por ejemplo, relacionado al crecimiento económico y sostenible de las pequeñas y medianas empresas de los países latinoamericanos es deprimente en la región latinoamericana, pues, la visión emprendedora de los que forman estas organizaciones es muy empírica y esto limita la perspectiva de su desarrollo, tanto así, que la mayoría de los empleados que las integran no tienen formación universitaria, pues, sus recursos económicos no les alcanzan para pagar estudios de alta preparación profesional. A esto se le suma, que el desarrollo tecnológico que tienen para encauzar el proceso productivo de sus organizaciones es obsoleto, con lo cual, es muy difícil que se logre un crecimiento sostenido en estas Mipymes.

Un ejemplo práctico y real de lo expuesto, se manifiesta en la situación que viven las Mipymes en este siglo XXI, específicamente en este año 2020, que han tenido que enfrentar una pandemia que le ha cambiado

la vida funcional a las empresas y a la sociedad civil, pues innumerables pequeñas y medianas empresas han desaparecido por no contar con una proyección económica a mediano y largo plazo, pues ellas viven al día en sus naciones desde el punto de vista económico-financiero. Otras que han logrado sobrevivir, lo han logrado despidiendo a un número importante de sus empleados, quedándose en ocasiones solo los dueños, regresándose así, a los inicios del comienzo de estas empresas. A esto se le suma, que los gobiernos y los bancos hacen un gran papel para desvirtuar sus intenciones de facilitar el funcionamiento de las mismas, pues, no es real que ayuden o colaboren para que las Mipymes puedan reorganizarse o funcionar en situaciones emergente, e incluso, hasta los propio gobiernos con sus decisiones económicas en tiempo de pandemia (dígase COVID-19) se han quedado desfinanciados, producto de préstamos solicitados al Fondo Monetario Internacional (FMI) o al Banco Mundial, con intereses que comprometen el bienestar de la sociedad en sentido general.

Lo anterior, demuestra una falta de visión estratégica de las Mipymes y de los propios gobiernos en cuanto a encauzar el desarrollo del país en todos los sectores de la economía de manera equilibrada, que les hagan ser sostenibles en el tiempo. Con lo cual, y respondiéndose a la tercera interrogante, los gobiernos de turnos no le han dado continuidad a las políticas establecidas por las alianzas o bloques que promueven el intercambio justo y responsables entre los países latinoamericanos, pues su accionar ha quedado solo en el discurso de la palestra mundial. Este tipo de funcionalidad coloca barreras de aprendizaje y dinamismo en el intercambio comercial de las pequeñas y medianas empresas, pues acelera el desinterés o desmotivación de los propios productores de participar en este tipo de actividad de intercambio entre naciones. De esta manera queda claro, que no existe una institucionalidad seria, pues, todo cambia cuando se renuevan los políticos de la naciones, no se evidencia una proyección estratégica proactiva que permita que los gobiernos y las Mipymes se antecedan a los problemas sociales, la participación y colaboración entre los países de la región responde a políticas de gobiernos y no a necesidades de los productores, finalmente, no se incentiva a que las pequeñas y medianas empresas se inserten en políticas de transformación productiva con salvaguarda que protejan a sus empresas.

Asimismo, a decir de Correa, Leiva y Stumpo (2018)¹², en la medida en que las Mipymes no sean capaces de superar las dificultades que hoy enfrentan, los problemas de competitividad persistirán, generando círculos viciosos de bajo crecimiento económico, pobreza y reducido cambio estructural. Con lo cual, las Mipymes debe dar un giro de 360° en su accionar, para así, cambiar en su desarrollo, proyectándose alcanzar o transformar su organización de pequeña o mediana organización en gran empresa con niveles de expansión extra-fronteras. Esta percepción de transformación las debe conducir a ser más competitiva en el mercado, e interesarse por contratar personal capacitado, a mejorar los diseños y la diversificación de sus productos, a perfeccionar su parque tecnológico para responder a las necesidades de la sociedad en volumen, precio, y calidad de su producción.

En tal sentido, se coincide con los últimos autores mencionados, pues a decir de ellos, las Mipymes en su generalidad nacen, con la finalidad de responder a necesidades individuales de autoempleo, bajo el precepto de funcionalidad informal, donde se percibe: bajos niveles de capital humano, dificultad para acceder a recursos financieros externos, escasa internacionalización, y realización de actividades con bajos requerimientos técnicos. Esto demuestra que, desde que nacen estos tipos de empresas, la proyección de su crecimiento es conformistas en la generalidad de los casos tanto desde el punto de vista económico como estructural.

A su vez, su concepción como Mipyme es subsistir en una sociedad compleja y de pocas posibilidades de desarrollo empresarial, dado el nivel de pobreza de los países latinoamericanos. Esto se acrecienta, porque no existe un pensamiento de asociatividad o alianzas entre ellas para fortalecerse y crecer en menos tiempos de lo que necesitan para tener una vida más digna y con un bienestar propio para sus empleados, es por esto, que algunas organizaciones sobreviven contratando personas de otras nacionalidades con míseros salarios o con trabajo infantil, lo cual, se traduce en explotación del hombre por el hombre y en explotación infantil, violándose así los derechos humanos de las personas.

12 Correa, F., Leiva, V., y Stumpo, G. (2018) Capítulo de libro Mipymes y heterogeneidad estructural en América Latina.

Lo expuesto hasta el momento se puede corroborar en algunos datos que reflejan Correa, Leiva y Stumpo (2018)¹³, donde coinciden que, en la economía formal, las Mipymes representan el 99,5% de las empresas de la región y la gran mayoría son microempresas (88,4% del total), manteniéndose estable estos datos en los últimos años de la segunda década del Siglo XXI. Destacándose su participación en sectores, como: agricultura, explotación de minas y canteras, industria manufacturera, construcción, suministro de electricidad, gas y agua, comercio al por mayor y menor, hoteles y restaurantes, transporte, almacenamiento y comunicaciones, intermediación financiera, actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, enseñanza, servicios sociales y de salud; y, otras actividades comunitarias, sociales y personales. Apreciándose así, que, todas en su conjunto dentro de un mismo país contribuyen a la generación de empleo mínimo, lo cual, debe ser de interés en los políticos potenciarlas o repotenciarlas para que su desarrollo genere mejor bienestar a sus trabajadores.

Otros criterios enriquecen el estudio, por ejemplo, Dini & Stumpo (2011), en un libro de compilación de Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), plantean que, una de las mejores formas para lograr innovación en las Mipymes es orientar políticas que estrechen relaciones de cooperación con las grandes empresas, asociándose a las buenas experiencias y prácticas de manufacturas mediante redes con procesos productivos similares. Esto corrobora, lo que se ha venido exponiendo en todo el estudio. Este criterio de los autores, hacen reflexionar que hoy las Mipymes deben contemplar para su desarrollo la I+D+i, pues solo con la capacidad de conocimiento de sus empleados con capital intangible puede hacer multiplicar su crecimiento, en cuanto a: productividad, rentabilidad, calidad, rendimiento y comercialización. Pues, en la actualidad, el mayor capital de las organizaciones por muy pequeña que esta sea es el talento humano y no precisamente las estructuras físicas ni sus activos tangibles.

13 Correa, F., Leiva, V., y Stumpo, G. (2018) Capítulo de libro Mipymes y heterogeneidad estructural en América Latina.

Es así que, los criterios expuestos conducen a determinadas conclusiones que puedes desencadenar diversas brechas de investigaciones futuras enfocadas a las Mipymes desde el punto de vista del Comercio Justo y la Responsabilidad Social con una perspectiva más práctica que teórica.

Conclusiones

El estudio teórico evidenció que las Mipymes aún se encuentran en un desarrollo incipiente en todos los países latinoamericanos, independientemente que los países de esta región hayan incursionado en diferentes bloques de integración, con la finalidad de que se logre un mayor crecimiento económico en las naciones y en este tipo de organizaciones.

Las bloques de integración relacionados al Comercio Justo, no han dado solución práctica a las mejoras del intercambio en las relaciones comerciales entre los países de Latinoamérica, pues su funcionalidad ha sido todo lo contrario; por ejemplo, existe disminución de las exportaciones de los bienes y servicios de las Mipymes hacia países de mayor desarrollo, el parque tecnológico de estas organizaciones es obsoleto, el capital humano que labora en estas empresas tiene una limitada formación intelectual en la generalidad de los casos, entre otros aspectos, que no permiten que el desarrollo económico sea sostenible en el tiempo.

Finalmente, la inestabilidad de los gobiernos no permite que el Comercio Justo y el crecimiento de las Mipymes sea una realidad en Latinoamérica, pues las transacciones de los gobernantes echan por tierra todo lo acordado para el desarrollo sostenible de las naciones más pobres o vulnerables, con lo cual, no existe o se viola la responsabilidad social que aparece en los discursos públicos y no en las acciones diarias del cumplimiento de sus funciones.

Referencias Bibliográficas

Bárcena, A. (2018) Prólogo del libro MIPYMES en América Latina. Un frágil desempeño y nuevos desafíos para las políticas de fomento. MIPYMES en América Latina. Un frágil desempeño y nuevos desafíos para las políticas de fomento. ISBN 978-92-1-121987 (versión impresa). Publicación de La Naciones Unidas. Octubre 2018.

Chávez Becker, C. y Patraca Dibildox, V. (2011). El Comercio Justo y la Responsabilidad Social Empresarial Reflexiones desde los sistemas de certificación autónoma. Argumentos (México, D.F.) *versión impresa* ISSN 0187-5795. Argumentos (Méx.) vol.24 no.65 México ene./abr. 2011

Comercio Justo en América Latina y el Caribe. <https://biblioguias.cepal.org/comerciojusto>. Consultado el 17 de noviembre del 2020.

Correa, F., Leiva, V., y Stumpo, G. (2018) Capítulo de libro Mipymes y heterogeneidad estructural en América Latina. https://www.researchgate.net/publication/328314810_Mipymes_y_heterogeneidad_estructural_en_America_Latina consultado el 12 de noviembre del 2020.

Dini, M., & Stumpo, G. (2011). Políticas para la innovación en las pequeñas y medianas empresas en América latina. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3868> consultado el 12 de noviembre del 2020.

García Chiang, A. (2011). El comercio justo: ¿una alternativa de desarrollo local? POLIS 2011, vol 7, núm 1, pp. 105-140.

<https://www.aduana.gob.ec/alianza-bolivariana-para-los-pueblos-de-nuestra-america-alba-tcp/> consultado el 7 de noviembre del 2020

<https://www.aduana.gob.ec/union-de-naciones-suramericanas-unasur/> consultado el 8 de noviembre del 2020.

<http://www.clac-comerciojusto.org/ulcj/comercio-justo/america-latina/>. Consultado el 5 de noviembre del 2020.

Rivera Lara, Yaomautzin; Lara, Yetlanetzi (31 de enero de 2018). Objetivo de Desarrollo Sostenible 12: Producción y consumo responsable. pp. 1-28. Consultado el 20 de abril de 2020.

United States-Mexico-Canada Agreement Text. p. Office of the United States Trade Representative. Archivado desde el original el 1 de octubre de 2018. Consultado el 31 de octubre de 2018.

SEGUNDA PARTE
DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA ARMONIZADA EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO Y EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAISES MIEMBROS.

Hernán Rodrigo Romero Zambrano¹
Magistrado por la República del Ecuador en el
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Introducción

Para hacer un balance y analizar la armonización de la legislación aduanera y tributaria en la Comunidad Andina y su incidencia en el desarrollo y eficacia de la legislación interna de los Países Miembros, me corresponde insoslayablemente referirme, en pocas líneas, a los cimientos del derecho comunitario andino, el cual se encuentra manifestado en el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino de 1969, Acuerdo, en el cual, se establece la armonización gradual de las políticas económicas (artículo 3, literal b), y su Capítulo IV. Dicho artículo, contempla mecanismos tendentes a alcanzar los objetivos previstos por el mismo, entre estos: La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes. Esta labor, según se desprende de la literalidad del artículo 58 del mismo cuerpo legal, le fue encomendada a la Comisión de la Comunidad Andina, la misma que, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración, es la encargada de aprobar normas y definir plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas de los países miembros. Dichas normas, según reza el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, tendrán por objetivo prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la libre competencia entre los países

1 Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

miembros. Junto con estas disposiciones de carácter general, el Acuerdo de Cartagena contiene también preceptos legales específicos acerca de armonización fiscal, entre los que podemos mencionar los artículos 54 inc. e), 57, 58, 72, 73, 75, 76, 77, 99 y 100. De entre estos, quizá el que constituya la pieza fundamental para la armonización fiscal en la CAN es el artículo 54 inc. e). Esta norma dispone a los países miembros a llevar adelante acciones tendentes para alcanzar la armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal.²

Además de la armonización de las políticas económicas y de coordinación de los planes de desarrollo, también se hallan claramente determinados los motivos y los intereses que tuvieron los gobernantes para integrarse. Asimismo, se encuentran determinados de manera expresa los principios por los cuales se ha de regir el Acuerdo de Cartagena; los objetivos que se quieren alcanzar, así como, los mecanismos, programas y proyectos, que se pondrán en práctica para lograrlos, todo lo cual, constituye el primer pilar fundamental de la integración y, sin el cual, se puede afirmar que no cabría que exista la misma, de tal manera que, nos encontramos con un derecho autónomo, suigénis, independiente y supranacional, distinto del derecho interno y del derecho internacional, surgiendo entonces la necesidad de los Países Miembros de ajustar sus legislaciones internas para adecuarlas al mandato de este nuevo derecho, que va a prevalecer sobre ellas y al que deben cumplirlo de manera obligatoria, sin que puedan contradecirlo, alterarlo, violarlo o incumplirlo.

Este derecho comunitario nuevo, autónomo y suigénis, no solamente es un conjunto de normas, también es un conjunto de ideales, realidades y valores, necesarios para fortalecer la unión y progreso de los pueblos andinos, encontrándose cobijado por los principios rectores de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia, los cuales señalan el norte para la conformación y el desarrollo del sistema constitucional andino de integración y cooperación, cuyo propósito final es el mejorar el nivel de vida de los habitantes de la subregión andina.

2 Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino de 1969; Art. 3, literal b, Capítulo IV, Arts.: 54 inciso e, 57, 58, 72, 73, 75, 76, 77, 99

Una vez vigente el Acuerdo de Cartagena, para lograr los propósitos integradores, se tuvo que desarrollar un conjunto normativo comunitario de menor rango, llamado derecho secundario o derivado, el cual constituye todo el acervo legal emanado de los órganos comunitarios con competencia para legislar como fueron inicialmente las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Posteriormente, hubo la necesidad de modernizar el Acuerdo de Cartagena y hacer reformas en lo institucional y en lo estructural, lo cual, aconteció mediante el Protocolo de Trujillo de 1996, que creó la Comunidad Andina, con personería jurídica internacional en reemplazo del Pacto Andino; la Junta del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por Secretaría General con carácter regulador, ejecutivo y de control; se estableció además, el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como nuevos órganos de orientación y de dirección política; se amplió el papel normativo de la Comisión, y se creó el Sistema Andino de Integración (SAI), con competencias específicas, dándole de esta forma una nueva orientación que amplió el campo de la integración más allá de lo puramente comercial y económico, lo cual, le dio renovación, fortaleza y sostenibilidad al proceso de integración andino. Luego, con el Protocolo de Sucre, firmado en Quito, en 1997, se le da más dinamismo al proceso de integración, se incorpora en el Acuerdo de Cartagena tres nuevos capítulos relacionados con las relaciones externas, el comercio de servicios, el de los miembros asociados y se desarrolla el tema de los asuntos sociales.

De esta manera, por una parte, a las normas y materias ya existentes, con estas reformas, se generaron nuevas políticas y normas de derecho primario y secundario, aumentando el acervo de materias de gran incidencia en los campos de: la economía, el comercio, la industria, la propiedad intelectual, aduanas, comunicaciones, tributación, servicios, infraestructura, transporte, migración, salud, educación cultura, seguridad, etc. Es así, como surgieron nuevos derechos y obligaciones que los Países Miembros tuvieron que cumplir y adoptar en sus legislaciones internas para poner su derecho interno en conformidad con estas nuevas normas que también revisten el carácter de supranacionales, quedando reservado de manera restringida para la legislación interna la aplicación

del principio del “complemento indispensable” o “norma de clausura”, llamado así, por algunos tratadistas y la jurisprudencia, por cuanto se aplica de manera restringida cuando la legislación comunitaria no pudiendo prever todas las situaciones fácticas, autoriza expresamente a los Países Miembros, para que mediante su legislación interna puedan complementarla, pero bajo ningún pretexto o motivo pueden modificar, alterar o contradecir el derecho comunitario.³

Por otra parte, el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de 1979, con el fin de dotarle de seguridad jurídica, orden y vigilancia al derecho comunitario andino, crearon el Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena, instituyéndolo como órgano único, independiente, imparcial, permanente, y supranacional, de solución de controversias, siendo su función principal la de declarar el derecho, aplicarlo e interpretarlo, convirtiéndose así, en otro pilar fundamental para el desarrollo del proceso de integración andino y la armonización de legislaciones, Tribunal que, debe responder al interés de la comunidad andina y no al interés de los Países Miembros en particular. Posteriormente, mediante el Protocolo modificador de Cochabamba de 1996, se moderniza al Tribunal, y se lo pasa a llamar Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, atribuyéndole nuevas competencias.⁴

Como es de conocimiento general, con la salida de Venezuela en el año 2006, se produjo un debilitamiento institucional, quedando la Comunidad Andina integrada por 4 Países, por lo que, el TJCA, ejerce actualmente sus competencias dentro del territorio de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, subrayando que, los mismos no puedan someter sus diferencias a otros sistemas o modalidades de solución de controversias ni dentro ni fuera de la subregión.

Al respecto, se considera, que, el Tribunal, ha sido clave para el funcionamiento del proceso de integración, para la armonización de las normas comunitarias, y así como, para el desarrollo de la legislación interna de los Países Miembros, pues, la interpretación que realiza del derecho

3 Protocolo de Trujillo de 1996 y Protocolo de Sucre (Quito) de 1977.

4 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979 y Protocolo de Cochabamba de 1996.

comunitario andino de manera única y excluyente para su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, ha sido esencial y, ha hecho que, el Tribunal de Justicia, marque la diferencia con otros sistemas de solución de controversias, convirtiéndose en la tercera corte internacional más activa, después del Tribunal de Justicia Europeo y de la Corte Internacional Europea de Derechos Humanos, de con más de 6.000 consultas vinculantes y casos resueltos en una variedad de aspectos y materias, cuyas sentencias han sido tomadas en cuenta de manera obligatoria por los jueces comunitarios nacionales encargados de aplicar el derecho interno.

También cabe decir, que, el control que ha ejercido y ejerce el Tribunal sobre la vigencia de los principios de legalidad y de jerarquía normativa a través de la acción de nulidad, sobre las normas y actos emitidos en: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, en las Resoluciones de la Secretaría General, así como, en los Convenios Industriales y otros, emitidos en violación al derecho comunitario o por exceso de poder, le ha dotado de seguridad jurídica al sistema de integración y ha sido relevante para su continuidad, consolidación y armonización.

Así mismo, es importante señalar que el Tribunal a través de la acción de incumplimiento a velado y ejercido control para que los Países Miembros, cumplan con sus obligaciones y compromisos adquiridos, sea que, la conducta esté constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, sea por, la no expedición de normas internas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera de los actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación, quedando de esta forma, el País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución. Como consecuencia, de esto, las autoridades nacionales gubernamentales, judiciales o administrativas están prohibidas por disposición expresa, de aplicar normas internas que contravengan al derecho comunitario en su conjunto, así como, dejar de cumplir las sentencias del Tribunal, con lo cual, el proceso de integración gana en armonización, eficacia, confianza y seguridad jurídica.

En tal sentido, otro aporte importante del Tribunal para la armonización y el desarrollo de la legislación interna, ha sido su abundante y significativa jurisprudencia sobre las varias materias que conforman el derecho comunitario andino y las características o atributos del derecho comunitario andino, especialmente, la primacía, la aplicación inmediata y, el efecto directo sobre el derecho interno, lo cual, ha sido clave para la armonización, certeza, credibilidad, seguridad y previsibilidad al sistema, habiéndose reconocido dentro y fuera de la subregión.

Dado lo expuesto, debe subrayarse que, la supranacionalidad del Tribunal y de las normas del derecho comunitario andino sobre el derecho interno en aquellas materias armonizadas - entre otras, la aduanera y la tributaria, constituye la base fundamental del proceso de integración y, sin la cual, tampoco podría ser posible la existencia de la Comunidad Andina, aclarándose que, el carácter supranacional o de preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno, no significa que el primero deroga al segundo, sino que, simplemente, ante el encuentro de una norma nacional con una comunitaria, lo que, acontece es que la nacional deja de aplicarse, debiendo en ese caso el juez comunitario nacional pedir la interpretación prejudicial al Tribunal.

Debe manifestarse también, que, la armonización de legislaciones y políticas de la Comunidad Andina con las de los Países Miembros, consiste es construir un sistema jurídico común y uniforme, así como, eliminar las barreras normativas internas que impidan el funcionamiento y el desarrollo del derecho supranacional. Esta armonización se justifica con la idea de darle unidad, operatividad y seguridad jurídica a las reglas que regulan determinadas materias tanto en lo normativo como en los procedimientos, evitando distorsiones.

El Parlamento Andino ha manifestado que, “dentro de la armonización legislativa, es importante la integración social y la participación ciudadana; aspectos ciertamente relevantes para arraigar socialmente el proyecto integracionista con legitimidad. Acota que, resulta vinculante la participación ciudadana para el fortalecimiento de la armonización legislativa en la CAN, ya que, permite la construcción de espacios democráticos donde sea posible armonizar coherentemente intereses

comunes y de esta manera tomar decisiones que sean aplicables a toda la población. Es en este sentido, que resulta de importancia resaltar que, la integración andina debe trascender del plano comercial hacia un proceso multidimensional de contenidos económicos, políticos, sociales y culturales”.

Una vez terminada esta primera parte, a continuación, se va a exponer una breve recopilación de los principales asuntos y materias aduaneras y tributarias, que han sido armonizadas con las legislaciones internas de los países miembros de la comunidad andina y su incidencia en el desarrollo y eficacia de la legislación interna de los países miembros.

1. Materia Aduanera y Tributaria Armonizada en la Comunidad Andina. Aspectos Generales

La CAN ha aprobado de forma gradual una serie de instrumentos legales que permitan a las Administraciones Aduaneras de los países miembros desarrollar los servicios aduaneros tanto en el comercio intracomunitario como con terceros países, bajo procedimientos comunes y armonizados conforme con los instrumentos y estándares internacionales que existen sobre la materia.

Los objetivos propuestos dentro del proceso de armonización de la legislación aduanera, son: La unificación de ciertos procedimientos y la facilitación del comercio exterior; La eliminación de algunos obstáculos técnicos al comercio; El mejoramiento del control aduanero en general; El ordenamiento y la eficiencia de los distintos regímenes aduaneros, especialmente, aquellos orientados al fomento de las exportaciones y a la atracción de inversiones; La mejora de la competitividad; El control de la valoración aduanera para evitar el fraude aduanero y la mejorara la recaudación fiscal; entre otros, con el fin de alcanzar la profundización y agilidad comercial, para lo cual, ha aprobado una serie de Decisiones y Reglamentaciones.

Vale mencionar que, la armonización de la legislación aduanera, más allá de la buena voluntad de los países para avanzar en temas de cooperación aduanera, su avance se debe realmente a la incorporación progresiva en la normativa comunitaria andina de los principios, normas y recomendaciones

del Anexo General del Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, Convenio de Kyoto revisado, tomándose como referencia los anexos específicos del mencionado Convenio, lo cual, ocurrió mediante la Decisión 618 de la Comisión de la CAN y, que a su vez, sirvió para la elaboración de la Decisión 671 sobre armonización en varios aspectos, entre otros, los Regímenes Aduaneros.⁵

Sin embargo, el hecho de permitir que los 4 países miembros de la Comunidad Andina (en adelante, CAN), mediante el principio de complemento indispensable regulen en su legislación interna algunos aspectos de procedimientos relativos a los regímenes aduaneros, como efectivamente ocurre, hace que, no haya uniformidad, lo cual, afecta la facilitación al comercio y el control aduanero, como ocurre con la Decisión 848, que, en varias de sus disposiciones indica que, para efecto del cumplimiento de plazos, modalidades, oportunidad, obligatoriedad, requisitos, etc., se estará a lo dispuesto por la legislación nacional de cada País Miembro.

Finalmente, en esta parte, debo manifestar que, como la temática sobre la armonización aduanera, es demasiado amplia y compleja, no es intención en este trabajo entrar en el análisis profundo de cada una de las Decisiones que se han dado para regular los regímenes aduaneros, sino que, se va a destacar las principales materias y, de ellas, lo principal de cada una, haciéndose énfasis en los objetivos, alcance, logros y defectos, especialmente, en aquellos relacionados con el control aduanero para evitar el fraude y el contrabando.

2. Armonización de la Nomenclatura NANDINA

El 1° de enero de 1988 en el seno de la Organización Mundial de Aduanas, entró en vigencia el Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (Sistema Armonizado) del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual Organización

5 Convenio de Kyoto Revisado, Disponible en: http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/kyoto_new.aspx

Mundial de Aduanas (OMA), cuyo Anexo comprende una nomenclatura destinada, entre otras finalidades, a constituir la nomenclatura de los Aranceles de Aduanas y de estadísticas al comercio exterior, de conformidad con su Artículo 16, mediante el cual, se aprobó la Tercera Recomendación de Enmienda al Sistema Armonizado, de fecha 25 de junio de 1999 y que entró en vigencia el 1° de enero de 2002. Los períodos de vigencia de las enmiendas, fueron: Primera Enmienda 1992, Segunda Enmienda 1996, Tercera Enmienda 2002, Cuarta Enmienda 2007, Quinta Enmienda 2012, y, Sexta Enmienda 2017.⁶

Mediante Decisión 249 del 10 de agosto de 1989, se aprobó la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), basada en la citada nomenclatura del Sistema Armonizado. Por las Decisiones 270, 286, 346, 363, 374 y 570, se introdujeron modificaciones parciales al Anexo de la Decisión 249. A través de la Decisión 570, de 12 de diciembre de 2003 se aprobó la Actualización de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina denominada «NANDINA»; la cual fue reformada por las Decisiones 653 y 766.⁷

La (NANDINA), es la nomenclatura arancelaria de la Comunidad Andina, tiene su base en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual OMA, Organización Mundial de Aduanas, que entró en vigencia en la Comunidad Andina como convenio internacional el primero de enero de 1988, con el propósito de facilitar la identificación y clasificación de las

6 Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (Sistema Armonizado) del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual Organización Mundial de Aduanas OMA.

7 Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena números 249 adoptada el 21 de julio de 1989 y 270 adoptada el 19 de octubre de 1990; 286 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 de 4 de abril de 1991; 346 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 103 de 2 de noviembre de 1996; 363 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 161 de 26 de julio de 1994; 374 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 176 de 28 de marzo de 1995; y Decisiones 570 y 766 de la Comisión de la Comunidad Andina publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 1022 y 1998 de 15 de diciembre de 2003 y de 25 de noviembre de 2011, respectivamente.

mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la CAN relacionadas con la importación y exportación.

La NANDINA, se aplica al universo de productos y está compuesta de 8 dígitos: los 6 primeros dígitos o números corresponden a las subpartidas de la Nomenclatura del Sistema Armonizado, y los dígitos séptimo y octavo, identifican las Subpartidas NANDINA. En este sentido, los Países Miembros podrán crear notas complementarias y desdoblamientos a 10 dígitos, denominados subpartidas nacionales para la elaboración de sus aranceles nacionales, siempre que, no contravengan las subpartidas del sistema armonizado o la subpartida NANDINA que la origina.

Corresponde indicar que, los dígitos o números uno y dos corresponden el capítulo, al que pertenecen las mercancías, el tercero y cuarto a la partida arancelaria, el quinto y sexto a la subpartida arancelaria; y, el séptimo y octavo atañen a la subpartida nacional, la cual, inclusive como se indicó, en algunos casos puede desdoblarse en dos dígitos más, quedando la partida arancelaria nacional constituida en 10 dígitos.

La secretaría General de la CAN, es la facultada para mediante Resolución aprobar los textos auxiliares para la correcta interpretación y aplicación uniforme de la NANDINA como las Notas Explicativas de la NANDINA, los Criterios vinculantes de clasificación de mercancías, índice de sustancias químicas y cualquier texto auxiliar que se considere necesario.

La nomenclatura NANDINA ha atravesado por varias etapas y reformas recomendadas por la OMA, pues, el acelerado crecimiento del comercio, del transporte, de la tecnología de la información, así como, la incorporación de bienes como sustancias nuevas como las psicotrópicas, armas químicas, armas de fuego, y, la necesidad de aproximación y aclaración de textos, etc., ha hecho que, la NANDINA sea revisada por la Comisión de la Comunidad Andina en varias ocasiones para estar a tono con las mejoras al proceso de integración subregional, a las necesidades inherentes al comercio exterior y de la producción de bienes en los Países Miembros.

3.- Armonización del ARIAN

Mediante la Decisión 572 de 12 de diciembre del 2003, se estableció el Arancel Integrado Andino (ARIAN), que es el Arancel aplicado en la Comunidad Andina, el mismo que, está conformado por un conjunto de normas y disposiciones arancelarias y de política comercial de aplicación comunitaria y nacional, que incluye, el arancel externo común y la Nomenclatura Común NANDINA, el cual, contiene las subpartidas arancelarias de los Países Miembros y las medidas comunitarias y nacionales aplicables al comercio de bienes, es aplicado por las administraciones de los Países Miembros.⁸

El Sistema ARIAN, está definido como el conjunto interrelacionado de recursos tecnológicos, humanos, materiales y legales que permite recoger, validar e incorporar a una base de datos toda la información y normativa que generan los órganos de decisión de la Comunidad Andina, mediante las aperturas, en los casos en que sea necesario, de las subdivisiones de la Nomenclatura Común Andina (NANDINA), para designar las mercancías que sean objeto de reglamentaciones específicas. El sistema ARIAN, es administrado por la SGCA.⁹

El Grupo de expertos en NANDINA y ARIAN del Comité Andino de Asuntos Aduaneros, evidenció que, los criterios previstos por la Decisión 572 para codificar en la subpartidas ARIAN las aperturas nacionales a 9 y 10 dígitos de los Aranceles Nacionales de Aduanas, no permiten recoger la totalidad de las aperturas nacionales, siendo por lo tanto necesario modificar la Decisión 572, permitiendo que, en los dígitos 9 y 10 de la subpartida ARIAN se logre incorporar las aperturas nacionales que efectúen los Países Miembros al amparo de la Disposición Transitoria Única de la Decisión sobre Actualización de la Nomenclatura NANDINA;

8 Decisión 572, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

9 Portal de la Comunidad Andina. Secretaría General de la CAN. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=118&tipo=TE&title=arancel-integrado-andino-arian#:~:text=El%20ARIAN%2C%20aprobado%20por%20med,las%20Subdivisiones%20de%20la%20Nomenclatura> (Consulta: 1 de septiembre de 2020).

Mediante Decisión 657 del 29 de noviembre del 2006, se deroga la Decisión 572; y, se establece que cada subpartida ARIAN se identificará mediante un código de 10 dígitos, lo cual, no permitía la NANDINA. Los ocho primeros dígitos, identificarán a la subpartida NANDINA, y los dos siguientes dígitos a una subdivisión comunitaria que identificará las aperturas nacionales efectuadas por los Países Miembros al amparo de la Disposición Transitoria Única de la Decisión de Actualización de la NANDINA; en ausencia de la subdivisión, los dígitos noveno y décimo serán < 00 >. ¹⁰

A la SGCAN, le corresponde establecer: La estructura organizativa, técnica y tecnológica para el funcionamiento del ARIAN; a la cual se le integran las medidas comunitarias; y, asignar los códigos y mantenerlo actualizado.

Corresponde decir que, el ARIAN si bien fue establecido como una herramienta para la aplicación del Arancel Externo Común, el cual, en la práctica hasta la actualidad no ha sido acordado ni ha funcionado debido al diferimiento prolongado de los Países Miembros.

En tal sentido, el ARIAN, se trata de una nomenclatura común para Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, que vinculara las medidas arancelarias y para arancelarias de los 4 países.

Asimismo, es un sistema complementario que permite el intercambio de información entre los países.

Por último, la iniciativa del ARIAN en un inicio se proyectó como un informe estadístico, posteriormente, como uno de gestión para facilitar la difusión y aplicación del Arancel Externo Común, finalmente, se aprovechó para incluir los desdoblamientos de subpartidas a 10 dígitos de los 4 países, debiendo ser el mismo fortalecido con más información relativo a la aplicación de otras medidas tipo restrictivas temporales o definitivas.

10 Decisión 657 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1035 de 1 de diciembre de 2006.

4.- Armonización Del Documento Único Aduanero (DAU)

La Decisión 670, del 13 de julio del 2007, establece la adopción del documento único aduanero (DUA); de tal forma que, la destinación aduanera de las mercancías a un régimen aduanero, en cualquiera de los países miembros, se efectuará mediante la presentación, por medios electrónicos, del mencionado documento y bajo un mismo procedimiento de despacho aduanero. Sin perjuicio de lo mencionado, esta armonización va a permitir a las autoridades aduaneras de los países miembros mejorar sus controles, ya que, al tener datos y procedimientos comunes, se puede hacer un eficiente y oportuno intercambio de información, con la finalidad de reprimir el fraude o ilícito aduanero¹¹.

El DUA, es un documento imprescindible, utilizado para proporcionar información en las importaciones y exportaciones y, debe presentarse a la aduana en la entrada o salida de las mercancías, bajo cualquier régimen aduanero. De esta manera, se mostrará con los documentos de soporte exigidos por la normativa andina y la legislación nacional de cada País Miembro, para someter las mercancías a un destino o régimen aduanero. De modo general, los documentos de acompañamiento son la factura comercial, el conocimiento de embarque, la guía aérea, la carta porte, el certificado de origen, la declaración al valor, y cualquier otro documento o autorización que pudiera ser necesario dependiendo del tipo de mercancía importada o exportada.

Los datos del DUA transmitidos por medios electrónicos, tendrán plena validez y la misma eficacia probatoria que las leyes de cada País Miembro otorgan a los documentos escritos. La SGCAN, adopta las Resoluciones que sean necesarias para poner en ejecución el DUA.

El DUA generado por el sistema automatizado de cada País Miembro, podrá ser impreso incorporando elementos de seguridad **que dificulten su adulteración o falsificación**, en el formato establecido en el Anexo I de la Decisión.

11 Decisión 670, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007.

Corresponde acotar en este punto, que el **delito aduanero** que suele cometerse mediante la declaración aduanera, plasmada en el DUA, es la defraudación aduanera, la misma que, no se encuentra tipificada en la legislación andina, sino en la legislación interna de cada País Miembro, y consiste o se caracteriza porque se lleva a efecto generalmente en presencia de la misma autoridad aduanera, que siempre tiene la posibilidad de revisar las mercancías, los documentos, y, consecuentemente, la posibilidad de descubrir el fraude. Es así que, en la defraudación, no existe clandestinidad o evasión del control aduanero, como en el contrabando, sino que, mediante actos de simulación, ocultación, engaño o inducción a error, se presenta la declaración aduanera falsa o fraudulenta ante la misma autoridad. Cuando el funcionario aduanero, participa de la infracción de manera positiva dejando de cumplir con su deber, la infracción se agrava, recibiendo el máximo de la pena y prohibición de seguir ejerciendo el cargo. La razón por la cual, la defraudación aduanera es sancionada con menos severidad que el contrabando, radica en que, este delito se lo comete de frente, ante la autoridad aduanera, en su presencia, por tanto, no existe evasión y clandestinidad, y, como se indicó, la posibilidad de descubrir el fraude siempre es posible.

Lo más común de este tipo de fraude es la falsa declaración, relacionada con subvaloración aduanera de las mercancías en el caso de las importaciones o como en la sobrevaloración en el caso de mercancías de exportación, muy a pesar, de la existencia de la declaración andina del valor y los métodos de valoración que se aplican. De la misma manera ocurre con, la falsa declaración en la cantidad de las mercancías importadas, en el peso cuando las mercancías pagan derechos específicos, en la naturaleza para propiciar un cambio de subpartida arancelaria y pagar menos derechos, en el origen cuando las mercancías que se exportan dentro de la subregión no reúnen los requisitos de origen exigidos por la norma andina, con lo cual mediante falsa declaración aduanera se introduce mercancías de prohibida importación, produciéndose: perjuicios económicos, sociales y culturales, así como, mercancías falsificadas, que originan perjuicios al comercio lícito, titular de una marca, al consumidor y a los competidores honestos.

En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, en la Sección Sexta, Delitos contra la Administración Aduanera, Artículo 299, se tipifica la Defraudación aduanera de la siguiente manera.- “La persona que perjudique a la administración aduanera en las recaudaciones de tributos, sobre mercancías cuya cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de hasta diez veces el valor de los tributos que se pretendió evadir, si realiza cualesquiera de los siguientes actos: 1. Importe o exporte mercancías con documentos falsos o adulterados para cambiar el valor, calidad, cantidad, peso, especie, antigüedad, origen u otras características como marcas, códigos, series, modelos; en el presente caso el ejercicio de la acción penal no depende de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa al fuero civil”.¹²

Al respecto, se considera, que, en la Comunidad Andina, debería armonizarse, mediante una Decisión de la Comisión, los tipos penales o conductas, que constituyan delitos aduaneros, sea que, se trate de defraudación, contrabando, receptación aduanera, contravenciones y faltas reglamentarias. De esta manera, se unificarían los criterios y fortalecería el control aduanero para evitar el fraude y la evasión, también se concertarían las penas o sanciones y los procedimientos, evitando la discrecionalidad de las autoridades administrativas y judiciales, que es factible para la corrupción que ocasiona perjuicios enormes para las arcas fiscales y a la sociedad en general.

5.- Armonización de Regímenes Aduaneros

La CAN, ha promulgado varias Decisiones y Reglamentaciones sobre armonización de regímenes aduaneros, una de las más importantes, la Decisión 671 de 17 de julio del 2007, la cual, fue parcialmente modificada mediante Decisión 716; encontrándose vigente a partir del 01 de junio de 2010. La Decisión 671, fue a su vez, reemplazada por la Decisión 848 de 26 de julio del 2019. Estas normas permiten la armonización de los procedimientos y formalidades exigibles en el ingreso y salida de las

12 Art. 299 del Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial de la República del Ecuador N° 180 de 10 de febrero de 2014.

mercancías y medios de transporte, así como, en la destinación aduanera de las mercancías a un régimen aduanero, lo cual, permite mayor eficacia en el desarrollo del comercio intracomunitario.¹³

Establecía la Decisión 671, que, por los avances en el perfeccionamiento del mercado ampliado, se requiere armonizar la normativa de los regímenes aduaneros a ser aplicados en el comercio intra subregional y frente a importaciones de terceros países;

Dicha armonización prevista en la Decisión 671, tuvo de base la Decisión 618 de fecha 15 de julio del 2005, que entró en vigencia en el año 2009, la cual, dispone la incorporación progresiva del Anexo General y referencia de los Anexos Específicos del Convenio Internacional de Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kioto, Revisado en 1999) del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual Organización Mundial de Aduanas, OMA. En este convenio, se establecen disposiciones uniformes en materia de procedimientos aduaneros, que contribuyen de una manera eficaz al desarrollo del comercio exterior, permitiendo un mayor grado de simplificación y armonización de los regímenes y operaciones aduaneras.

La Decisión 618, en sus considerandos, dice que, los principios y recomendaciones del Anexo General y los anexos específicos del convenio de Kyoto revisado, incorporados progresivamente al ordenamiento jurídico comunitario, producirán resultados significativos y mensurables mediante una mejora de la eficacia y la eficiencia de las administraciones aduaneras y, por consiguiente, la competitividad económica de las naciones, contribuyendo a fomentar la inversión y el desarrollo de la industria e incrementar la participación de las pequeñas y medianas empresas en el comercio internacional.¹⁴

13 Decisiones 671, 716, 848 de la Comisión de la Comunidad Andina publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 1520, 1752 y 3699 9 de 16 de julio de 2007, septiembre de 2009, de 26 de julio de 2019, respectivamente.

14 Decisión 618 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1221 de 25 de julio de 2005.

Respecto de la armonización y uniformidad de procedimientos, a pesar de los esfuerzos hechos y de la adopción de las recomendaciones del convenio de Kyoto, todavía falta por hacer, pues, de la simple lectura de la Decisión 848, relacionada con las operaciones y regímenes aduaneros, se puede colegir fácilmente que se deja a discreción de la legislación interna de cada País Miembro la libertad para establecer procedimientos o tratamientos en casi todos los aspectos regulados, quedando por tanto, procedimientos y actuaciones sin uniformidad, sin que, se siga un mismo procedimiento, cuya consecuencia es que, tanto la autoridad aduanera, como los operadores del comercio exterior y los usuarios, no tengan un conocimiento claro de cómo se actúa en cada país de la Comunidad Andina.

Un aspecto que todavía está por concretarse de manera efectiva en los países miembros de la CAN es la automatización a nivel comunitario de sus procesos de despacho aduanero, lo cual, se ha sido cumplido a nivel nacional, utilizando las propias plataformas informáticas, pero, no se ha hecho un intercambio efectivo de información por vía electrónica entre las aduanas de los Países miembros de la CAN, que también debe involucrar a los operadores de comercio exterior.

Vale decir, en este punto, que, la armonización dispuesta, no se agota con los regímenes aduaneros, sino que, se complementa con otras materias armonizadas en distintas Decisiones, entre otras: la valoración aduanera, el control aduanero, el tránsito aduanero, etc.

En cuanto a los Regímenes Aduaneros, La Decisión 848, establece los siguientes: a) Importación para el consumo; b) Reimportación en el mismo estado; c) Admisión temporal para reexportación en el mismo estado; d) Exportación definitiva; e) Exportación temporal para reimportación en el mismo estado; f) Perfeccionamiento activo: admisión temporal para perfeccionamiento activo, reposición con franquicia arancelaria; g) Transformación bajo control aduanero; h) Perfeccionamiento pasivo: exportación temporal para perfeccionamiento pasivo; i) Tránsito aduanero; j) Depósito aduanero; k) Reembarque; l) Transbordo; m) Cabotaje; n) Otros regímenes aduaneros o de excepción regulados por las normas que autorizan su creación y funcionamiento.

Sin restar importancia al resto de Regímenes Aduaneros y su aporte al comercio y a la economía en general, como son, la importación a consumo, la exportación a consumo y otros, se debe resaltar la significación e importancia de algunos regímenes aduaneros, cuyo propósito, es incrementar la competitividad, el fomento a las exportaciones, el crecimiento económico y del empleo de los Países Miembros de la Comunidad Andina, como son: la Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo, la reposición con franquicia arancelaria, la Transformación bajo Control Aduanero, la Exportación Temporal para Perfeccionamiento Pasivo, el Draw Back y las Zonas Francas o Zonas Especiales de Desarrollo Económico, siendo importante indicar, que, existe un desigual progreso de estos regímenes aduaneros en los 4 territorios de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Las asimetrías en la economía de Ecuador y Bolivia, frente a Colombia y Perú, sumado a otros factores como aquellos de índole política, inseguridad, social, desconfianza y el aspecto geográfico, ha dado como efecto que, no exista el interés suficiente por parte de inversionistas nacionales y extranjeros, quienes prefieren desviarse a otros países con mayores garantías, lo cual, repercute negativamente en el alcance los resultados económicos y de ocupación de mano de obra. Es por todo lo planteado, que, se hace necesario desarrollar cada uno de los regímenes mencionados a continuación:

Régimen de Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo.

Definido como el Régimen Aduanero que permite el ingreso al territorio aduanero comunitario, con suspensión del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos aplicables, de mercancías destinadas a ser exportadas luego de haber sido sometidas a una operación de perfeccionamiento, bajo la forma de productos compensadores, que son aquellos, elaborados en el territorio nacional con materias primas importadas y que luego son reexportadas al exterior. (Subrayado mío)¹⁵

En tal sentido, las operaciones de perfeccionamiento activo son aquellas en las que se produce: a) La transformación de las mercancías; b) La elaboración de las mercancías, incluidos su montaje, ensamble y

15 Art. 39 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

adaptación a otras mercancías; y, c) La reparación de mercancías, incluidas su restauración o acondicionamiento.

Asimismo, Podrán ser objeto de Admisión Temporal para Perfeccionamiento activo las materias primas, insumos, productos intermedios, partes y piezas materialmente incorporados en el producto exportado (compensador), incluyéndose, aquellas mercancías que son absorbidas por el producto a exportar en el proceso de producción; así como, las mercancías que se someten a las operaciones de reparación, restauración o acondicionamiento. A su vez, podrán ser objeto de admisión temporal para perfeccionamiento activo mercancías, tales como, catalizadores, aceleradores o ralentizadores que se utilizan en el proceso de producción y que se consumen al ser utilizados para obtener el producto exportado (compensador).

Reposición con Franquicia Arancelaria

Se trata de un régimen de incentivo a las exportaciones, dado que, mediante este régimen aduanero se permite importar, con exoneración de los derechos e impuestos a la importación y recargos con excepción de las tasas aplicables, mercancías idénticas o similares por su especie, calidad y sus características técnicas, a las que estando en libre circulación, hayan sido utilizadas para obtener las mercancías exportadas previamente con carácter definitivo.

Transformación Bajo Control Aduanero

Es el régimen aduanero, que permite ingresar en el territorio aduanero comunitario mercancías para someterlas a operaciones que modifiquen su especie o estado, con suspensión del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos aplicables, para la posterior importación para el consumo de los productos resultantes obtenidos de esas operaciones, con la aplicación de los derechos e impuestos a la importación y recargos que les correspondan con arreglo a la naturaleza arancelaria del producto terminado. La legislación nacional de cada País Miembro podrá establecer que los productos terminados resultantes de la transformación puedan ser ubicados bajo otros regímenes aduaneros siempre que cumplan con las condiciones y las formalidades aplicables en cada caso. El régimen de transformación bajo control aduanero, se aplicará si está contemplado en la legislación nacional de cada País Miembro.

Draw Back

Más que un régimen aduanero propiamente dicho, es un mecanismo, regulado por las legislaciones internas, que los países Miembros de la Comunidad Andina lo utilizan para incentivar la producción, exportación y apoyo al sector industrial, mediante la devolución, restitución o reintegro de los derechos arancelarios pagados en la importación de materias primas, insumos, piezas, artículos e insumos utilizados o incorporados en los bienes efectivamente exportados.

Exportación Temporal para Perfeccionamiento pasivo

Es el régimen aduanero, por el cual las mercancías comunitarias o no comunitarias que están en libre circulación en el territorio aduanero comunitario pueden ser exportadas temporalmente fuera del territorio aduanero comunitario o a una zona franca o zona especial de desarrollo económico, ubicada dentro del territorio aduanero comunitario para su transformación, elaboración o reparación y luego reimportarlas como productos compensadores con la exención total o parcial de los derechos e impuestos a la importación y recargos correspondientes.

Es así que, Las operaciones de perfeccionamiento pasivo son aquellas en las que se produce: a) La transformación de las mercancías; b) La elaboración de las mercancías, incluidos su montaje, ensamble o adaptación a otras mercancías; y, c) La reparación de mercancías, incluidas su restauración o acondicionamiento. Con lo cual, Las autoridades aduaneras podrán autorizar el beneficio del régimen de perfeccionamiento pasivo cuando se cumplan los requisitos siguientes: a) Que la persona solicitante esté establecida en el territorio aduanero comunitario; y, b) Que se considere posible determinar que los productos compensadores serán el resultado del perfeccionamiento de las mercancías de exportación temporal.¹⁶

Zona franca o Zona Especial de Desarrollo Económico

16 Decisión 848, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

La Decisión 848, en su artículo 57, incorpora a La Zona Franca el nombre de Zona Especial de Desarrollo Económico y la define diciendo que, son partes del territorio nacional de cada País Miembro de la Comunidad Andina, debidamente delimitadas, en el que, las mercancías allí ingresadas se considerarán generalmente como si no estuviesen dentro del territorio aduanero nacional del País Miembro en lo que respecta a los derechos e impuestos y recargos. La Zona Franca o Zona Especial de Desarrollo Económico se rigen por lo establecido en la legislación nacional de cada País Miembro.¹⁷

Esta Decisión, al disponer que las Zonas Francas o Zonas Especiales de Desarrollo Económico, se rigen por la legislación nacional, deja de regular aspectos importantes, y, que consecuentemente, no han sido armonizados, como por ejemplo, los principios que las gobiernan, los objetivos y beneficios que se persiguen, las operaciones permitidas, los derechos y obligaciones de los usuarios, las reglas de origen para productos ensamblados, elaborados o fabricados con materias de la subregión, el control contra el fraude aduanero, etc., lo cual, ha dado como resultado que existan conflictos entre los países miembros, entre otros, con las normas de origen.

En todo caso, dada la importancia para el desarrollo económico y social de las Zonas Francas o Zonas Especiales de Desarrollo Económico, las legislaciones internas de los Países Miembros, deben procurar tener legislaciones, reglamentaciones y procedimientos comunes o acercarlos, con el fin, de que no se afecte la competitividad en las exportaciones y se cumpla el papel previsto de facilitación y expansión del comercio intracomunitario y hacia terceros países.

Finalmente, corresponde decir, que mediante la Decisión 848 de 26 de julio de 2019, la Comisión de la Comunidad Andina dispuso que los productos o mercancías de Zonas Francas de los Países Miembros, se beneficiarán de la desgravación prevista en el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, siempre que, cumplan con las normas de origen de la Comunidad Andina.

17 Art. 57 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019..

A continuación, se van a citar los principales cambios introducidos en la Decisión 848, con respecto a la Decisión 671, relacionados con la Armonización de Procedimientos de los Regímenes Aduaneros.

Dado lo expuesto, tanto la Decisión 848 como la 671, prescriben que las mercancías que lleguen al territorio aduanero de cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina, deberán estar amparadas por un manifiesto de carga y ser presentadas ante la aduana por el transportista, por su representante o por la persona que las haya ingresado en dicho territorio y que se haya hecho cargo del traslado de las mercancías tras su ingreso hasta los lugares habilitados para la recepción de las mercancías.

El cambio se da en el plazo para presentar el manifiesto de carga de ingreso y salida, el cual, según la Decisión 848, Art. 9, numeral 2, se regulará de acuerdo a la legislación nacional de cada País Miembro, mientras que, en la Decisión 671, Art. 9, numeral 2, establecía de manera específica que el manifiesto de carga de ingreso debe ser presentado a la aduana por el transportista o su representante, con anterioridad o al momento de la llegada del medio de transporte y el manifiesto de carga de salida debe ser presentado a la aduana por el transportista o su representante, al momento o con posterioridad a la partida del medio de transporte.¹⁸

Igualmente, en la Decisión 848, Art. 9, numeral 4, se fija que, la autoridad aduanera aceptará un margen de tolerancia de peso acorde a la legislación de cada País Miembro, a efectos de su conformidad con el manifiesto de carga, dicho margen de tolerancia no será considerado como una infracción aduanera, mientras que, la Decisión 671, Art. 9, numeral 4, aceptaba un margen de tolerancia del 5% sin que exista infracción aduanera.

Con esta reforma, la Decisión 848, elimina la disposición de la Decisión 671, Art. 10, numeral 2, que ordenaba que, “la información del manifiesto de carga transmitida previamente se considerará definitiva en el momento

18 Art. 57 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

de llegada del medio de transporte al territorio aduanero comunitario”, inclusive esta disposición fue materia de una sentencia del TJCA.¹⁹

Respecto al plazo de permanencia de mercancías en depósito temporal, la Decisión 671, indicaba claramente en su artículo 15, “que las mercancías en depósito temporal podrán permanecer durante un plazo de hasta treinta (30) días calendario.” Es decir, no se permitía la permanencia de las mercancías en el depósito temporal más de 30 días, luego de lo cual, podían ser declaradas en abandono si no se presentaba la declaración aduanera dentro de este tiempo, excepto, cuando se pedía prórroga por 30 días más. La nueva Decisión 848, en su artículo 15, en cambio dice: “La Administración Aduanera fijará el plazo de permanencia de las mercancías en el depósito temporal, el cual, no podrá ser menor a 15 días calendario.” De la lectura se desprende, en primer lugar, de forma clara, que la intención de la norma, es estatuir una facultad para que la administración aduanera de cada País Miembro fije discrecionalmente el plazo que pueden permanecer las mercancías en los depósitos temporales, pero, disponiendo, que este plazo no será menor de 15 días. Es decir, lo que se entiende, de acuerdo a una interpretación teleológica es que, las administraciones aduaneras, deben permitir que las mercancías permanezcan en depósito temporal al menos 15 días, debiendo el importador presentar la declaración aduanera dentro de este periodo y proceder a la nacionalización. Si se pasa ese tiempo, inclusive, podrán ser declaradas en abandono de acuerdo al artículo 58 de la misma Decisión. Del análisis, También se desprende, que, unas administraciones pueden fijar plazos más amplios para permanencia de las mercancías en depósitos temporales, por ejemplo, de 20, 30, 60, días, o más, debiéndose obviamente sujetarse la presentación de la declaración aduanera y la declaratoria de abandono a estos plazos. Como se puede observar, la Decisión 671 establecía un plazo máximo de permanencia de hasta 30 días, más 30 días de prórroga para permanencia de las mercancías en depósito temporal; mientras que, la Decisión 848, faculta a las administraciones a establecer el plazo de permanencia, pero debiendo reducirlo como mínimo a 15 días contados desde el ingreso de las mercancías. Esta disposición del artículo 15, está ligada al plazo de presentación de la declaración aduanera

19 Sentencia emitida dentro del Proceso 01-AI-2013, Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2526 de 7 de agosto de 2015.

y a la declaratoria de abandono en depósito temporal de acuerdo a los artículos 20 y 58 de la Decisión 58.²⁰ Entendido de esta manera, en el caso de que una administración aduanera otorgue solo 15 días de permanencia, el importador dispone desde el día 1 hasta el día 15 para presentar la declaración aduanera; y, si en cambio, otra administración aduanera fijara un plazo mayor a 15 días de permanencia, automáticamente el plazo de presentación de la declaración y la declaratoria de abandono se extenderá a ese plazo.

Respecto a la oportunidad y plazos de presentación de la declaración aduanera de mercancías, la Decisión 848 dice en su Artículo 20, que, la declaración aduanera de mercancías podrá efectuarse antes, conjuntamente o con posterioridad a la presentación en la aduana de las mercancías, **pudiéndose establecer el uso obligatorio de una de estas opciones**, (negreado y subrayado fuera de texto) mientras que, la Decisión 671 decía que, la declaración aduanera para la importación de mercancías, se podrá presentar con antelación no superior a quince (15) días calendario del arribo de las mercancías o dentro del plazo de permanencia de hasta 30 días en el depósito temporal, sin que, estableciera la facultad de optar por una modalidad obligatoria de despacho.²¹

El cambio sustancial, que aparece en la Decisión 848, aparece en la facultad para que la autoridad aduanera nacional, pueda discrecionalmente establecer mediante norma interna la modalidad obligatoria de presentar la declaración aduanera antes, durante o después de la presentación de las mercancías. En la Decisión 671 no se establecía esta facultad, pudiendo simplemente la administración aduanera permitir que el importador escoja el momento de la presentación de la declaración.

20 Art. 15 de la Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007; y Decisión 848 de la Comisión de la CAN publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

21 Art. 20, Decisión 671 de la Comisión CAN, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007; y Art. 20, Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

Lo crítico de las disposiciones de los artículos 15 y 20 de la Decisión 848, es que, no va a existir armonización de procedimientos en los países miembros de la Comunidad Andina, puesto que, unos países pueden acoger y regular de manera distinta tanto la permanencia de las mercancías en depósito temporal como la presentación la modalidad obligatoria de la presentación de la declaración aduanera.

En cuanto a la corrección **de la declaración aduanera, el numeral 6, del Art. 19, de la Decisión 848**, plantea que, la administración aduanera permitirá al declarante corregir la declaración aduanera de mercancías, conforme a lo establecido en la legislación nacional de los Países Miembros. **La Decisión 671**, numeral 7 del Art 19, en cambio disponía que, la Administración aduanera permitirá al declarante rectificar la declaración aduanera de mercancías ya presentada, siempre que, al recibir la solicitud no se haya iniciado el aforo de las mercancías, conforme a lo establecido en la legislación nacional de los Países Miembros.²²

La presencia del declarante es obligatoria en el aforo físico o en el reconocimiento físico de conformidad al Art. 25 de la Decisión 671; La Decisión 848, en su artículo 25, dispone que, cuando la legislación del País Miembro así lo permita, se podrá realizar el reconocimiento físico de las mercancías, sin la presencia del declarante.²³

La Decisión 848, en su Disposición Complementaria Derogatoria Única, deroga las Decisiones 671 y 716, y entró en vigencia el viernes 26 de julio de 2019, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3699. De Acuerdo a la Disposición Final Única, para la República de Colombia, la presente Decisión entrará en vigencia a partir de los cuarenta y ocho (48) meses siguientes de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.²⁴

22 Art. 19, numeral 7, Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina, Art. 19, numeral 6, Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007.

23 Art. 25, Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007; y Art. 25, Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007.

24 Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial

Por último, la Armonización de Regímenes Aduaneros y los aspectos vinculados a ellos establecidos en la CAN, impulsa la represión del fraude y el contrabando en el comercio exterior, que son los dos delitos de orden aduanero que azotan la economía de los países y atacan la moral pública, con su mal endémico, la corrupción. Cabe decir, qué, en todos los regímenes aduaneros, es posible que se cometa alguno de estos delitos, aunque en unos, se lo realiza con mayor intensidad y facilidad que en otros.

Así se tiene que, en el régimen de importación a consumo, sea, que el tráfico de mercancías sea terrestre, aéreo o marítimo, independientemente del sitio donde se encuentren almacenadas temporalmente las mercancías, el fraude o la intención de cometerlo mediante la falsa declaración, la ocultación, el engaño o la participación de funcionarios para permitirlo, está siempre latente, especialmente, cuando se trata de mercancías suntuarias proveniente de terceros países. También está latente, el contrabando mediante la clandestinidad o evasión del control aduanero, tanto en las fronteras terrestres, marítimas y aéreas, inclusive, es muy común y llama la atención ver como en las fronteras de la Comunidad Andina, en la cual, existe una Zona de Libre Comercio, con tarifa de aranceles cero para todas las importaciones, sea muy común escuchar a las autoridades y medios de comunicación, hablar de contrabando en las fronteras terrestres, lo cual resulta inaudito, dado que, después de 51 años de integración y con una zona de libre comercio con varios años de vigencia, los ciudadanos andinos no conozcan y se concienticen que, para importar o exportar productos de la Comunidad Andina, lo que deben hacer, es cumplir con las formalidades aduaneras o requisitos exigibles, puesto que, no hay impuestos aduaneros que pagar, aunque en la realidad existen varios obstáculos para arancelarios y una realidad socio económica sin solución.

Igual peligro de defraudación, sucede en los regímenes de admisión temporal para perfeccionamiento activo y en el de transformación bajo control aduanero, en los cuales, podrían ciertos concesionarios desviar mercancías extranjeras o introducirlas ilegalmente al interior del territorio aduanero sin someterlas a ninguna transformación, aprovechándose de la suspensión del pago de aranceles, o también, podrían desviar hacia el

del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007. Disposición Complementaria Única; y, Disposición Final Única

interior del territorio aduanero mercancías transformadas o fabricadas que deben ser objeto de exportación sin el pago de derechos. Así mismo, en el Régimen de Zonas Francas o Zonas Especiales de Desarrollo Económico, se puede cometer fácilmente el delito de fraude, mediante la falsa declaración y destinación de las mercancías hacia el interior del territorio aduanero nacional o en la exportación a terceros países. En este sentido, no escapa que, en otros regímenes como el Tránsito Aduanero, también se cometan fraudes, mediante la alteración de sellos, la sustracción de las mercancías que se lleva o la sustitución por otras que no pagan impuestos ni están sujetas a restricciones.

6.- Normas Armonizadas sobre Facilitación del Comercio en Materia Aduanera

Mediante Decisión 770 de 7 de diciembre del 2011, la Comisión de la Comunidad Andina, estableció que, era necesario la identificación de acciones comunitarias adicionales en materia aduanera para la facilitación del comercio y el perfeccionamiento de la libre circulación de bienes e hizo hincapié en la necesidad de contar con un Plan Estratégico en materia aduanera, de manera tal, que permita cumplir con objetivos y acciones trazadas para la facilitación del comercio y el perfeccionamiento de la libre circulación de bienes en el territorio aduanero subregional.

El Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en Materia Aduanera, tiene por finalidad, responder a la necesidad de plantear nuevas iniciativas en el ámbito aduanero comunitario andino, las cuales, contribuyan a facilitar el comercio entre sus Países Miembros y con terceros países; en concordancia, con las líneas de acción de la Comunidad Andina y del marco normativo internacional sobre la materia.²⁵

El Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera tendrá como Misión Comunitaria, el fortalecer las capacidades de los servicios aduaneros y coordinar la generación e implementación de normativa, procesos y mecanismos

25 Art 1 de la Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2003 de 9 de diciembre de 2011.

armonizados, orientados a facilitar el comercio de mercancías en la región, para contribuir al desarrollo de los Países Miembros.

Se considerarán como Factores Críticos de Éxito del Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera, los siguientes: a) Compromiso político, administrativo y técnico de los Países Miembros. b) Reconocimiento por parte de los Países Miembros sobre la importancia estratégica que tiene la facilitación del comercio exterior como principal propósito de la aduana moderna. y, c) Asunción de políticas de facilitación del comercio a nivel regional.²⁶

Constituirán Ejes Estratégicos o Pilares del Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en materia aduanera, los criterios siguientes: a) Facilitación del comercio exterior sustentado en una mejora continua de procesos. b) Armonización de la Legislación Aduanera. c) Coordinación e integración intrarregional e Interinstitucional en materia aduanera. d) Desarrollo e Integración tecnológica. y, e) Gestión Efectiva de riesgos Aduaneros.

7.- Normas Armonizadas sobre Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina

El Consejo Presidencial encomendó a la Comisión de la Comunidad Andina, que, en coordinación con el Comité Andino de Asuntos Aduaneros, establezca un sistema de intercambio de información para combatir el contrabando y otros ilícitos aduaneros.

En tal sentido, se reconoce en la Decisión 478 del 8 de junio del 2000, y en la Decisión 728, del 16 de diciembre del 2009, que deroga la anterior, que las infracciones administrativas aduaneras y los ilícitos aduaneros, el fraude y el contrabando, son perjudiciales para los intereses económicos, fiscales y comerciales de los Países Miembros; que las acciones en contra de los ilícitos aduaneros pueden ejecutarse de manera más efectiva a través de la asistencia mutua y cooperación entre sus Administraciones Aduaneras; y, que los Países Miembros, por medio dichas Administraciones, se prestarán

26 Art. 6, Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2003 de 9 de diciembre de 2011.

asistencia mutua y cooperación e intercambiarán información verbal, escrita o electrónica para la correcta aplicación de la legislación aduanera y en particular para prevenir, investigar y combatir los ilícitos aduaneros.²⁷

Como se puede observar, la cooperación y asistencia mutua trata principalmente de una serie de acciones y principalmente de un intercambio de información entre las administraciones aduanera de los 4 Países Miembros, relacionados con los aspectos más sensibles para evitar se cometan infracciones administrativas, el fraude y el contrabando, complementado con la capacitación e intercambio de funcionarios, investigaciones, procedimientos, sobre cualquier régimen aduanero, especialmente, aquellos que más se prestan para el cometimiento de ilícitos, como lo son: la importación a consumo, la exportación a consumo, el tránsito aduanero, la admisión temporal para perfeccionamiento activo, la exportación temporal para perfeccionamiento activo, las zonas francas o ZEDES, los depósitos de almacenamiento temporal, los depósitos aduaneros, etc., que, puedan involucrar entre otros, daños sustanciales a la economía, la salud pública, la seguridad pública, el medio ambiente o de interés vital similar en el otro País Miembro.

También en el ámbito de sus facultades legales, las Administraciones Aduaneras facilitarán el control, mediante el suministro de la información idónea sobre el valor en aduana, clasificación arancelaria, origen y régimen aduanero o destino de las mercancías.

Sin embargo, no procederán los requerimientos que involucren actuación o intervención de un país en el territorio de otro País Miembro que tengan que ver con la soberanía nacional, la seguridad pública y el orden público.

A su vez, La Secretaría General de la Comunidad Andina, en coordinación con las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros, administrará una red de transmisión de datos, sea electrónica o de cualquier otra naturaleza, que les permita intercambiar información sobre mercancías,

27 Decisiones 478 y 728 de la Comisión de la Comunidad Andina publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 571 de 12 de junio del 2000 y 1790 de 17 de diciembre de 2009, respectivamente.

medios de transporte o unidades de carga, personas naturales o jurídicas, tendencias de infracciones administrativas aduaneras y/o ilícitos aduaneros y otros datos que faciliten la rápida y oportuna difusión de la información, con la finalidad de contribuir a la transparencia y mayor eficacia de los procedimientos de control aduanero y lucha contra las infracciones administrativas aduaneras y/o los ilícitos aduaneros.²⁸

En la lucha contra las infracciones administrativas aduaneras y/o los ilícitos aduaneros, las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros ejecutarán acciones coordinadas de prevención, disuasión, investigación, intervención, persecución, represión y difusión, tráfico de drogas, armas, patrimonio cultural, especies de flora y fauna, residuos peligrosos o tóxicos.²⁹

Se debe destacar en este aspecto que, existen organismos que contribuyen al trabajo integrado, por ejemplo, el Comité Andino de Asistencia Mutua y Cooperación, el cual, tiene como finalidad dar asesoramiento técnico a la Secretaría General y, por su intermedio, a otros órganos del Sistema Andino de Integración.

Asimismo, existe un respaldo en La Decisión 573, dado que, proporciona las bases para una capacitación común en materia aduanera. De la misma manera, Los Países Miembros desarrollan este Programa a través de sus Escuelas Nacionales de Aduanas o de sus unidades de capacitación. La Universidad Andina Simón Bolívar-(UASB) estará a cargo de la coordinación, organización y desarrollo del Programa.³⁰

28 Artículo 4, de la Decisión 728 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1790 de 17 de diciembre de 2009.

29 Artículo 5, de la Decisión 728 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1790 de 17 de diciembre de 2009.

30 Decisión 573 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

8.- Normas armonizadas sobre Control Aduanero

Por medio de la Decisión 778, del 6 de noviembre del 2012, que sustituyó a la 574 de fecha 12 de diciembre del 2003, se establecen normas que, las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina deberán aplicar para el control aduanero al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías, unidades de transporte y sobre las personas que intervienen en operaciones de comercio exterior, así como, sobre las que entren o salgan al o desde el territorio aduanero nacional de cada País Miembro.

La Decisión 778, adoptada, en reemplazo de la Decisión 574, está motivada en la lucha en contra de los ilícitos aduaneros, la defraudación y el contrabando, estableciéndose mecanismos para que el control pueda efectuarse de manera efectiva mediante la cooperación y asistencia mutua entre las administraciones aduaneras, aplicando factores de gestión de riesgos y controles aduaneros eficaces, tanto en las zonas primarias como en la secundaria, ejerciendo además, vigilancia sobre los medios de transporte y las personas que intervienen en las operaciones de comercio exterior así como las que entren o salgan del territorio aduanero de cada País Miembro.³¹

El **Control Aduanero**, está definido como el conjunto de facultades y medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones, cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas, sea el régimen u operación aduanera que se trate y en cualquier tiempo y lugar dentro del territorio nacional.

Las autoridades aduaneras de cada País Miembro, están dotadas de amplias facultades de investigación-control y puede solicitar a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, importadores, exportadores, declarantes, transportadores y demás auxiliares de la función aduanera, información de su domicilio y sus operaciones económicas y de comercio exterior, con el fin, de garantizar los estudios y cruces de información

31 Decisión 778 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2113 de 6 de noviembre de 2012.

necesarios para la fiscalización y el control de las operaciones aduaneras, inclusive, para sancionar, de acuerdo a su legislación interna, a aquellas personas o entidades a quienes la Administración Aduanera, a través de las dependencias competentes, haya requerido información y no la suministren, lo hagan extemporáneamente, o la aporten en forma incompleta o inexacta. También está facultada, para ordenar inspecciones, visitas, registros y adoptar medidas cautelares sobre las mercancías y unidades de transporte y de carga, de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada País Miembro.

Como puede verse, el control aduanero, es quizá, la principal función que deben cumplir las autoridades aduaneras, el mismo que, tiene por objeto garantizar el cobro de los derechos de aduana y más tributos al comercio exterior como el cumplimiento de las formalidades exigibles para cada régimen aduanero.

Si bien la Decisión establece algunos criterios de riesgos para realizar el control aduanero en los Países Miembros, no se comparten sistemas de manejo informático que permitan a los intervinientes del proceso de control contar con la información uniforme, procesada, oportuna, y suficiente para controlar eficientemente la entrada y salida de mercancías, personas y medios de transporte de uno u otro estado. Por lo que, no deja de ser importante que el proceso de armonización incorpore un sistema unificado no solo de información, sino de inteligencia aduanera.

Al respecto, los criterios de riesgo son objetivos y sirven de orientación, para que, la aduana saque conclusiones de que tan peligroso resulta una importación, en la cual, se pueda cometer una defraudación. De esta manera, se puede señalar los principales parámetros de riesgo: tipo, naturaleza o clase de mercancía, calidad, cantidad, peso, lugar de origen, lugar de procedencia, puerto o aeropuerto de embarque, nombre y bandera del buque o medio de transporte, nacionalidad de la tripulación, información del fabricante, del intermediario, del exportador, del importador, del agente de aduanas, etc. Por ejemplo, cuando se trata de materias primas, insumos, bienes de capital o mercancías con cero o bajo arancel, es menos factible que se produzca un fraude, en cambio, la alerta se prende cuando se trata de productos suntuarios o de lujo o con altos aranceles, cuya procedencia es de un puerto libre o de una zona franca.

La norma establece que el control aduanero podrá realizarse en las fases siguientes: a) Control anterior o previo: el ejercido por la Administración Aduanera antes de la admisión de la declaración aduanera de mercancías. b) Control durante el despacho: el ejercido desde el momento de la admisión de la declaración por la aduana y hasta el momento del levante o embarque de las mercancías. y c) Control posterior: el ejercido a partir del levante o del embarque de las mercancías despachadas para un determinado régimen aduanero. En caso que, la legislación nacional de algún País Miembro lo contemple, las fases de control anterior y durante el despacho, podrán estar comprendidas en una sola fase.

El control anterior o previo, es el ejercido por la administración aduanera antes de la admisión de la declaración aduanera de mercancías. Es por ello, que la autoridad aduanera, con el fin de asegurar el pago de los tributos y el cumplimiento de las formalidades aduaneras puede realizar varios tipos de controles, antes de que, el importador presente la declaración y esta sea aceptada. Asimismo, Analiza los factores de riesgo sobre cada importación; realiza controles a la mercancía almacenada en bodegas de la aduana o depósitos de almacenamiento temporal para evitar que esta pueda ser sacada de la zona primaria ilegalmente o para verificar que no haya carga peligrosa o de prohibida importación; realiza inspecciones a buques, naves, aeronave o vehículos, antes de que comience la descarga oficial, con la finalidad de comprobar que toda la carga se encuentre amparada en el manifiesto de carga, en la guía aérea o en la carta porte y, que además, no haya carga oculta, así sea, que la mercancía se encuentre en tránsito; también, realiza el control anterior durante la descarga del medio de transporte, con el fin de verificar la conformidad de número de bultos, carga suelta, contenedores, piezas, vehículos, maquinaria, entre otros, que se desembarcan, las cuales deben guardar conformidad con el manifiesto de carga, vigilando que sean conducidas y entregados directamente a las bodegas o locales de almacenamiento temporal bajo control aduanero y que no sean desviados o sean sacados de la zona primaria, evadiendo el control y la presentación de la declaración.

En caso de comprobarse por la autoridad aduanera, que existe mercancía extranjera no declarada o que se la saca o trata de sacar ilícitamente, se procederá a la incautación o decomiso, conforme se halle tipificado y

sancionado en la legislación interna de cada País Miembro. La aduana, también hace controles previos o anteriores, antes de que, los medios de transporte, especialmente, buques, naves o vehículos arriben a un puerto o a las fronteras habilitadas, para lo cual, realiza patrullajes para evitar que se utilicen vías o caminos no habilitados, también efectúa controles a las mercancías, medios de transporte y personas, que se hallan en cuarentena por cuestiones de salud, seguridad, y falta de espacio en los muelles, entre otros, en estos casos, la autoridad aduanera puede disponer inspecciones, inclusive, someterlos a vigilancia especial, con la finalidad de evitar que se descarguen mercancías clandestinamente fuera del control aduanero o hayan desembarcos que puedan constituir un peligro de cualquier naturaleza.

En las exportaciones, generalmente, el control previo se lo realiza en el interior de las zonas primarias antes de producirse el embarque de las mercancías, teniendo la oportunidad la aduana de verificar que exista conformidad de estas con el manifiesto de carga, guía aérea o carta porte. La aduana, en coordinación con otras instituciones, realiza inspecciones para evitar el tráfico de drogas, la salida de bienes del patrimonio cultural u otras mercancías de prohibida exportación.

El control aduanero durante el despacho o concurrente, en mi opinión, es el más importante de todos y, en el cual, la autoridad aduanera debe poner al máximo sus capacidades para asegurar el pago de los tributos al comercio exterior y el cumplimiento de formalidades aduaneras. El control en esta fase, va a ser lo más riguroso posible, puesto que, la posibilidad de que se cometa una defraudación, siempre estará presente, sea que se trate administraciones aduaneras ubicadas en puertos, aeropuertos o fronteras y, cualquiera que sea la modalidad de despacho o de aforo, más aún si hay la participación del funcionario aduanero en el ilícito.

Se conoce como **despacho aduanero**, el conjunto de procedimientos, requerimientos, trámites, actos y formalidades relativos a la entrada o salida de mercancías al o del territorio nacional, así como, al cumplimiento de una serie de pasos o actos administrativos que se inician, como en el régimen de importaciones a consumo, con la descarga, almacenamiento,

presentación y aceptación de la declaración aduanera, la liquidación y pago de la obligación tributaria aduanera, terminándose con el levante o salida de las mercancías de la zona primaria.

El sistema de perfiles de riesgo desarrollado para realizar un mejor control aduanero durante el despacho, determina la modalidad de despacho aplicable a cada declaración. Es en este momento, donde se activan los canales de aforo, los mismos que son manipulados por el hombre, lo que, a su vez amerita responsabilidad y honestidad de parte del funcionario. En este sentido, los canales de aforo pueden ser:

- a) Canal de aforo electrónico, consiste en la verificación automática de la declaración aduanera y/o los documentos de acompañamiento y de soporte, contrastados con la información que conste registrada en el sistema informático para determinar la correcta liquidación y cumplimiento de formalidades, dependiendo del régimen aduanero y mercancías declaradas.
- b) Canal de aforo documental, es la verificación de la declaración aduanera y de sus documentos de acompañamiento y soporte, contrastada con la información que consta en el sistema informático, con el objeto de salvaguardar el correcto pago de tributos y cumplimiento de formalidades.
- c) Canal de aforo físico, se ocupa del reconocimiento físico de las mercancías para comprobar su naturaleza, origen, cantidad, peso, medida, valor, clasificación arancelaria, este control puede hacerse de forma intrusiva o lo que es lo mismo, constatación física de las mercancías o mediante sistemas tecnológicos de inspección no intrusiva. El aforo físico intrusivo deberá efectuarse con la presencia del declarante.

El control aduanero posterior, consiste en la facultad que tiene la Aduana para revisar las declaraciones aduaneras después de producirse el levante de las mismas. Esta facultad caduca después de un periodo de tiempo, el cual suele ser de 5 años. Este control aduanero basado en auditorias, consiste en una nueva revisión o inspección que realiza la administración aduanera después del levante o salida de las mercancías, el cual, puede ejecutarse

internamente en las instalaciones de la Aduana o en los locales, bodegas u oficinas de la empresa, importador, persona o entidad auditada. Para efectuar el control aduanero mencionado, la aduana utiliza análisis el de riesgos, que consisten en el uso sistemático de la información disponible para determinar la frecuencia de los riesgos definidos y la magnitud de sus probables consecuencias, así como, el tipo y amplitud del examen a efectuar en las diferentes fases del control aduanero. En este sentido, se establece que, las funciones de las unidades de control posterior se desarrollarán de acuerdo con los planes y programas de actuación de las autoridades aduaneras de cada País Miembro. La ejecución de cada plan será prevista por la legislación nacional y en esa medida estos controles deberán desarrollarse, una vez más, de acuerdo con el criterio de soberanía de cada país. Lo anterior implica que, aunque exista la obligación de contar con esquemas de gestión de riesgos, sus condicionantes y los elementos y variables que podrían traducirse en un riesgo, son dispares.

Por tratarse de un procedimiento reglado, la Aduana debe observar el debido proceso, comenzando por notificar al contribuyente, dándole el tiempo suficiente para que presente los descargos y motivando sus resoluciones, las mismas que tienen que ser notificadas y son susceptible de impugnación en la vía administrativa y contenciosa. Este tipo de control, está relacionado más comúnmente con la naturaleza de la mercancía y su clasificación arancelaria, la valoración y el origen.

También es importante señalar, qué, en este tipo de control posterior, la Aduana además de las facultades de revisión o auditoria dentro de un tiempo determinado, tiene amplias facultades de control de las mercancías que circulan por la zona secundaria del país, es decir, por todo el territorio nacional, solicitando al tenedor o poseedor la presentación de la documentación que acredite su legal tenencia o su legal introducción al país.

Las legislaciones nacionales de los Países Miembros, tipifican los actos que constituyen defraudación aduanera y contrabando, señalan las penas de prisión, decomiso y multas, sin que exista armonización ni norma comunitaria que se preocupe de esta materia, siendo recomendable que a futuro se reforme la Decisión sobre control aduanero y se introduzcan las conductas que configuran estos ilícitos.

9.- Normas Armonizadas Sobre Valoración Aduanera

Mediante las normas andinas de Valoración Aduanera, establecidas en la Decisión 571, que sustituyó a las Decisiones 378, 379 y 521, la Comunidad Andina adoptó, como normativa subregional sobre valor en aduana de las mercancías, el Acuerdo sobre Valoración de la Organización Mundial del Comercio (OMC), complementándolo con disposiciones subregionales para una mejor aplicación teniendo en cuenta el “Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”. Esta normativa permite a los Países Miembros, contar con una normatividad común para la determinación de la base imponible de los derechos de aduana aplicables en la importación de mercancías, contando para ello, con una Declaración Andina del Valor – DAV, la cual, contiene información sobre la transacción comercial.³²

Siendo los 4 países que conforman la Comunidad Andina, miembros individualmente de la OMC y también miembros de la OMA, era necesario contar con una legislación armonizada que recoja las disposiciones relativas a la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas en el territorio aduanero de la Comunidad Andina.

Por su parte, la Secretaría General de la CAN, aprobó la Resolución 1684, modificada por la Resolución 1828, que contienen el nuevo Reglamento Comunitario sobre la aplicación del valor en aduana de las mercancías importadas al Territorio Aduanero Comunitario. En este sentido, El Reglamento establece los procedimientos de aplicación de la Decisión 571 y el Anexo de la Resolución 1684, incorpora la actualización de los instrumentos de aplicación del Comité Técnico de Valoración de la (OMA).

32 Decisiones: 571, 378, 379, 521, de la Comisión de la Comunidad Andina publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 1023, 103 (las Decisiones 378 y 379), y 803 de 15 de diciembre de 2003, 27 de junio de 1995, de 10 de junio de 2002, respectivamente.

También, se cuenta con normativa sobre la Declaración Andina del Valor contenida en la Resolución 1952 que incorpora el formato electrónico, así como, su aplicación en los Países Miembros. Finalmente, los casos especiales de valoración aduanera han sido actualizados mediante la Resolución 1456, que establece los criterios para determinar el valor en aduana en ciertos casos especiales en los que no sea posible aplicar el método principal del Valor de Transacción, ni los secundarios, ni aun considerando la flexibilidad contemplada en el método del “Último Recurso”, debido a la particular naturaleza de las mercancías que se han de valorar.

El valor en aduana de las mercancías importadas será determinado de conformidad con los métodos establecidos en los artículos 1 a 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y sus respectivas Notas Interpretativas, teniendo en cuenta los lineamientos generales del mismo Acuerdo, de la Decisión 571 y su reglamento.

De conformidad con lo establecido por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la percepción de los derechos e impuestos a la importación, son los siguientes: 1. Primer Método: Valor de Transacción de las mercancías importadas; Segundo Método: Valor de Transacción de mercancías idénticas; Tercer Método: Valor de Transacción de mercancías similares; Cuarto Método: Método del Valor Deductivo; Quinto Método: Método del Valor Reconstruido; y, Sexto Método: Método del Último Recurso.³³

Según lo dispuesto en la Nota General del Anexo I del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos señalados en el artículo anterior deben aplicarse en el orden allí indicado. Dado que, el valor de transacción de las mercancías importadas es la primera base para la determinación del valor en aduana y su aplicación debe privilegiar-

33 Art. 3 de la Decisión 571, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

se siempre que se cumplan los requisitos para ello. El orden de aplicación de los métodos señalados en los numerales 4 y 5 del artículo anterior puede ser invertido, si lo solicita el importador y así lo acepta la Administración.

Es muy importante que la Administración Aduanera, observe el debido proceso para la aplicación del procedimiento de duda razonable del valor en aduana, dando oportunidad al importador para que presente las pruebas de descargo y motive sus resoluciones. Si bien este procedimiento de duda razonable es exclusivo de la Aduana, el importador o contribuyente puede solicitar en base al derecho constitucional de petición que se le aplique el procedimiento de duda razonable cuando no tenga la seguridad de que el valor declarado sea el correcto.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 229-IP-2016, estableció lo siguiente:³⁴

«1.8. Procedencia del procedimiento de Duda Razonable por observaciones planteadas por el administrado.

1.8.1. El Artículo 17 de la Decisión 571 establece la procedencia del procedimiento de Duda Razonable cuando la Autoridad Aduanera tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado o de los datos o documentos presentados como prueba de esa declaración.

1.8.2. En las secciones anteriores se ha señalado que el procedimiento de Duda Razonable se inicia ante una duda debidamente motivada, y que la Autoridad Aduanera tiene la obligación de fundamentar adecuadamente la existencia de la Duda Razonable. Es más, dicha autoridad debe identificar el factor de riesgo que genera la Duda Razonable. Una vez fundamentada la duda, recién es posible iniciar la investigación pertinente sobre el valor de la mercancía. Es evidente,

34 Interpretación Prejudicial N° 229-IP-2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3022 de 17 de mayo de 2017.

pues, que la identificación de una Duda Razonable no se encuentra al libre albedrío discrecional de la Autoridad Aduanera, sino que esta debe justificar adecuadamente su actuación.

1.8.3. En ese contexto, cuando un administrado solicita de manera excepcional a la Autoridad Aduanera el inicio del procedimiento de Duda Razonable, dicha autoridad debe entender que el administrado está ejerciendo tanto su derecho de petición como su derecho de defensa, así como que es una oportunidad para encontrar la verdad material. Veamos cada uno de estos puntos.

1.8.4. Con relación a lo primero, al solicitar de manera excepcional el inicio del procedimiento de Duda Razonable, el administrado está ejerciendo su derecho de petición, por lo que la Autoridad Aduanera tiene la obligación de pronunciarse y por escrito, lo que supone que debe dar las razones y motivos por los cuales acepta o deniega la solicitud. En caso de que la respuesta sea negativa, esta no puede basarse en el mero ejercicio de una discrecionalidad, sino que dicha autoridad debe fundamentar y justificar adecuadamente las razones que la llevan a considerar que resulta innecesario tramitar el procedimiento de Duda Razonable.

1.8.5. Dicho, en otros términos, cuando es el propio importador quien solicita el inicio del procedimiento de Duda Razonable, dicha solicitud debe ser interpretada en el marco del derecho de petición de los administrados que, por un parte, están facultados a formular solicitudes a la Administración Pública y, por otra, tienen el derecho de recibir una respuesta oportuna, motivada y clara por parte de los órganos administrativos.

1.8.6. En segundo lugar, la solicitud excepcional de inicio del Procedimiento de Duda Razonable por parte del administrado debe ser entendida como el ejercicio del derecho de defensa, por lo que la Autoridad Aduanera tiene el deber de permitir que el administrado pueda presentar alegatos y ofrecer medios probatorios, así como la obligación de merituar tales alegatos y medios probatorios. Garantizar el ejercicio del derecho de defensa supone aceptar que el administrado puede plantear reparos u

observaciones, y la autoridad tiene el deber de pronunciarse sobre dichos reparos u observaciones a través de un pronunciamiento debidamente motivado.

1.8.7. Tercero, la Autoridad Aduanera, en tanto autoridad administrativa, guía su actuación por el principio de verdad material, por lo que ante una solicitud excepcional de inicio del Procedimiento de Duda Razonable, tiene una oportunidad para efectuar las indagaciones y evaluaciones que sean necesarias para verificar que lo declarado por el administrado es correcto o no. Es más, es una oportunidad para ejercer un adecuado control de la información y documentación que presente el administrado, lo que permitirá asegurar que la declaración sea correcta, de modo que el administrado no pague más ni menos de lo que corresponde.

1.8.8. Asimismo, tomando en cuenta que las Autoridades Aduaneras deben asegurar la materialización del debido proceso en todas sus actuaciones, especialmente en aquellas que puedan afectar o menoscabar de alguna manera los derechos de los administrados, corresponde que dichas autoridades se pronuncien en todos los casos y valoren debidamente todos los documentos y pruebas que sean presentadas como sustento de las solicitudes o peticiones.

1.8.9. A manera de conclusión, si bien en casos excepcionales el administrado podrá solicitar que la autoridad aduanera inicie el procedimiento de Duda Razonable, la Autoridad Aduanera se pronunciará de manera fundamentada sobre dicha solicitud, valorando además los documentos y pruebas presentadas por el administrado, observando el derecho de petición, de defensa y del debido proceso, especialmente cuando decida no iniciar el procedimiento solicitado, de conformidad con la normativa nacional e internacional aplicable.

1.8.10. Sin perjuicio de lo anterior, los países, vía complemento indispensable, (legislación y jurisprudencia nacional) pueden fortalecer las garantías y derechos a favor del importador.»

Finalmente, según lo establecido en el Artículo 17 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, considerado de manera conjunta con lo establecido en el párrafo 6 del Anexo III del mismo, las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina, tienen el derecho de llevar a cabo los controles e investigaciones necesarios, a efectos de garantizar que los valores en aduana declarados como base imponible, sean los correctos.³⁵

Teniendo en cuenta lo señalado, las Administraciones Aduaneras asumirán la responsabilidad general de la valoración, la que comprende, además de los controles previos y durante el despacho, las comprobaciones, controles, y los estudios e investigaciones efectuados después de la importación, con el objeto de garantizar la correcta valoración de las mercancías importadas.

Cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las operaciones de importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías, u otra que haya actuado ante la Aduana en relación con la declaración en aduana de las mercancías y la declaración del valor, a quien la autoridad aduanera le haya solicitado información o pruebas a efectos de la valoración aduanera, tendrá la obligación de suministrarlas oportunamente, en la forma y en los términos que se establezcan en la legislación nacional.

Con relación al delito aduanero, la defraudación al valor es la más común, la que mayor perjuicio produce al fisco y la más difícil de descubrirla y de probarla, puesto que, por un lado, el importador, propietario o consignatario, pacta directamente con su vendedor o exportador el precio a declarar; y, por otro lado, es el funcionario aduanero encargado de efectuar el control de la valoración, quien tiene la última palabra para aceptar o no el valor declarado, sea que, el control sea anterior, concurrente o posterior. En este sentido, se requiere de la especialización y conocimiento del funcionario aduanero y más que todo la máxima lealtad, honradez y honestidad del mismo, para evitar que deje de hacer lo correcto y dejar pasar lo mal declarado, es decir, que su actuación debe ser conforme para evitar la impunidad y la corrupción, en perjuicio a la Administración Tributaria.

35 Art. 17 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC.

10.- Normas Armonizadas Sobre Tránsito Aduanero Comunitario

Dentro del proceso de Armonización de la legislación aduanera, de la Comunidad Andina se ha dictado varias Decisiones respecto al Tránsito Aduanero Comunitario, así como, la Secretaría General ha dictado varias reglamentaciones, con la finalidad de permitir trasladar, bajo una misma operación, mercancías desde la Aduana de un país miembro a la Aduana de otro país miembro, atravesando una o varias fronteras, garantizando de esta manera, la libre circulación de mercancías y medios de transporte.

Las normas relativas al tránsito aduanero comunitario, dispersas en varias Decisiones de la Comisión y Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina fueron unificadas y actualizadas mediante las Decisiones de la Comisión de la CAN: 617 de 15 de julio de 2005; 636 de 19 de junio del 2006; y, 787 de 14 de junio del 2013.³⁶

La norma comunitaria, con las excepciones del caso, establece la libre circulación de mercancías entre los Países Miembros, y de estos con otros Países no Miembros de la Comunidad Andina, regulando todos los procedimientos y requisitos que deben darse en cada etapa, desde que se presenta una solicitud de tránsito y declaración aduanera de tránsito, su aceptación, respaldada por el manifiesto de carga y los documentos de embarque, la constitución de garantías, la colocación de precintos, el señalamiento de rutas, la presentación y control en las aduanas intermedias, la llegada a la aduana de destino, los casos fortuitos o de fuerza mayor, las infracciones y las sanciones que se deben aplicar en caso de violación de las normas para el tránsito aduanero comunitario. Previamente, el medio de transporte debe ser calificado y autorizado por la Autoridad Aduanera y deben ser personas jurídicas.

El Tránsito Aduanero Comunitario, está definido como el Régimen aduanero que permite la movilización de mercancías, medios de transporte y unidades de carga, desde una aduana de partida hasta una aduana de

36 Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina: 617, 636 y 787, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 1221 de 25 de julio de 2005, 1372 de 21 de julio de 2006, y 2210 de 17 de junio de 2013, respectivamente.

destino en una misma operación, en el curso de la cual, se cruzan una o varias fronteras de los Países Miembros, dando cumplimiento a las disposiciones contenidas sobre el régimen, así como, a las demás normas comunitarias y nacionales complementarias o conexas. Esta Decisión, pone de manifiesto la solución diversos inconvenientes, especialmente, en lo que tiene que ver con transbordos y despachos engorrosos, aunque aún, persisten algunos inconvenientes.

La norma, dispone que, no podrán ser objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario; o cuya prohibición por razones de moralidad, seguridad o protección de la vida y salud de personas, plantas o animales u otros, esté contemplada en éste; así como, las mercancías consideradas como productos sensibles de acuerdo con lo establecido mediante Resolución de la Secretaría General. Así mismo, no serán objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en Tratados y Convenios Internacionales o en las legislaciones de los Países Miembros compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.

En el caso de las mercancías que sean de prohibida importación en un País Miembro de tránsito, pero no en el País Miembro de partida o de destino, la aduana del País Miembro de tránsito podrá autorizar la circulación, otorgándole el tratamiento de Producto Sensible.

Los Países Miembros deben comunicar a la Secretaría General de la Comunidad Andina, la relación de mercancías de prohibida importación vigente según sus legislaciones internas y, ésta a su vez, las comunicará a los organismos de enlace y a las autoridades aduaneras para su correspondiente publicación. La lista de los Productos Sensibles, será aprobada mediante Resolución, en la que, se indicará sus mecanismos de actualización.

Respecto a la revisión o control aduanero a la que podrán someterse las mercancías en tránsito, en la aduana de paso de frontera se procederá a revisar el número, código y estado del precinto aduanero y, se asegurará, que la unidad de carga y el medio de transporte, no tengan señales de haber sido forzados o violados.

Cuando por causa de fuerza mayor o caso fortuito ocurrido durante el tránsito aduanero comunitario, el transportista no pueda cumplir el plazo y utilizar la ruta hacia la Aduana de paso de frontera indicada en la declaración aduanera, deberá dar aviso a la autoridad aduanera más próxima en el más breve plazo. Esta autoridad, así como, la aduana de paso de frontera utilizada, dejarán constancia de tal hecho en la declaración aduanera y lo comunicarán a la aduana de partida y de destino, determinando la nueva ruta y plazo.

En caso de sospecha de irregularidades aduaneras, la aduana de paso o de destino podrá realizar verificación física de las mercancías. El medio de transporte y la unidad de carga, deberán ser trasladados a un recinto aduanero, dejando constancia expresa de lo actuado, en la declaración aduanera.

En caso de comprobación de irregularidades, se impedirá la continuación del tránsito tanto para las mercancías como para las unidades de carga y el medio de transporte, se informará a las aduanas de partida y destino, iniciándose así el procedimiento sancionador correspondiente. Las mercancías se someterán a las disposiciones legales establecidas en el País Miembro donde se detectó la irregularidad.

En los casos en que el precinto, las marcas de identificación, el medio de transporte, la unidad de carga o las mercancías presenten señales de haber sido forzados, alterados o violados, la autoridad aduanera deberá verificar las mercancías comprobando que su naturaleza, cantidad y peso, coincidan con lo declarado en los documentos que amparan la operación de tránsito aduanero comunitario. Si se trata de rotura del precinto por causas ajenas al transportista, la aduana más próxima levantará un acta y dejará constancia para que continúe el tránsito. De encontrarse conformidad, se colocará un nuevo precinto o las marcas de identificación adoptada para que continúe el tránsito.

Las aduanas de paso de frontera deberán remitir un “Aviso de Paso de Frontera” a las aduanas de partida y de destino, tan pronto como haya concluido su actuación. El aviso de paso de frontera deberá incluir las incidencias que hayan podido producirse y estén recogidas en el ejemplar correspondiente de la declaración aduanera. El régimen de tránsito aduanero

comunitario finalizará en la aduana de destino con la presentación del medio de transporte, la unidad de carga y las mercancías, de conformidad con lo que figure en la declaración aduanera aceptada por la aduana de partida, sin perjuicio de las incidencias que se hayan incorporado durante dicho tránsito. La Aduana de destino final, deberá hacer la revisión y, enviar el aviso de fin del tránsito a la aduana de partida.

En toda operación de tránsito aduanero comunitario que se efectúe bajo cualquier modalidad de transporte, el obligado Principal deberá constituir una garantía económica, a fin de garantizar el pago de los derechos e impuestos, recargos, intereses y sanciones, que los Países Miembros eventualmente puedan exigir por las mercancías que circulen en sus territorios, con ocasión de una operación de Tránsito Aduanero Comunitario y la información declarada en el DUA en la parte correspondiente al tránsito aduanero comunitario.

La autoridad aduanera de cada País Miembro, aplicará las sanciones por la comisión de las infracciones previstas sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, fiscal que puedan derivarse de las conductas o hechos investigados. En efecto, si es que no se hace control aduanero adecuado, este Régimen se presta fácilmente para la comisión del delito de defraudación aduanera, por más que se constituya garantía sobre las mercancías declaradas, siendo lo aconsejable que en todos los casos de Tránsito Internacional, se haga una inspección total de la mercancía, antes de conceder la autorización, especialmente, aquella que es transportada en contenedores, para determinar especialmente la naturaleza, cantidad, peso, valor, correctos, con el fin, de evitar que en el trayecto se sustraigan mercancías, se haga un cambio o sustitución de unas mercancías por otras, que es una de las formas más comunes de cometer ilícitos, lo cual, podría realizarse aun sin dañar o romper los precintos.

Finalmente se puede decir que la armonización de la legislación comunitaria relacionada con el Régimen de Tránsito Aduanero es positiva, clara, detallada y armoniosa. Sin embargo, persisten problemas que generan reclamos entre los usuarios y perjudican el libre tránsito como son los asuntos de trasbordo; la utilización de determinados puertos marítimos, por los que, no pueden ingresar cierto tipo de mercancías;

la descoordinación entre la aduana de partida y la aduana de salida de un mismo país, en el sentido, de que, la esta última se oponga a la continuación del régimen bajo el pretexto de que ha sido mal concedido por la aduana de partida; así como, la falta de comunicación de las Aduanas con la Secretaría General de la CAN, cuando se trate de informar sobre mercancías de prohibida importación o mercancías sensibles, etc. También hace falta completar el sistema de tránsito internacional, logrando la automatización e informatización de los procesos vinculados a este régimen aduanero.

Por motivo, de la pandemia del COVID 19, Los Expertos en Tránsito Aduanero Comunitario del Comité Andino de Asuntos Aduaneros acordaron, el 2 de mayo del 2020, adoptar el Protocolo para los 4 Países Miembros sobre medidas de prevención sanitaria para las operaciones de Tránsito Aduanero Comunitario entre Países Miembros de la Comunidad Andina, siendo su objetivo establecer el intercambio de información por medios electrónicos de las operaciones autorizadas de tránsito aduanero comunitario para evitar el contacto físico, el manejo de documentos y la propagación del coronavirus en la Comunidad Andina.³⁷

La Aduana de Partida, una vez autorizado el Tránsito Aduanero Comunitario, debe remitir vía correo electrónico, a las Aduanas de paso de frontera y Aduana de Destino una copia escaneada (formato PDF) de los siguientes documentos: - Declaración de Tránsito Aduanero Internacional (DTAI) - Manifiesto de Carga Internacional (MCI), - Documento de Transporte, y, - Factura comercial. Adicionalmente, cada Administración Aduanera de los Países Miembros remitirá la información sobre sus operaciones de tránsito internacional autorizadas que previamente acuerden intercambiar con otras administraciones de aduana de la Comunidad Andina.

Una vez efectuado el control de una operación de tránsito aduanero comunitario por la Aduana de Paso de Frontera de salida, ésta comunicará

37 Protocolo del 2 de mayo de 2020, de los expertos en Tránsito Aduanero en la Comunidad Andina, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/Temas/FacilComerAduanas/Protocolo.pdf>

por medios electrónicos a la Aduana de Paso de Frontera de ingreso y a la Aduana de Destino el resultado del referido control. Este Protocolo, estará vigente hasta cuando los países determinen la cesación de sus efectos, una vez superada la emergencia sanitaria.

11.- Normas Armonizadas Sobre Zonas Francas

El Artículo 57, de la Decisión 848, de 26 de julio del 2019, define a la Zona franca o Zona Especial de Desarrollo Económico como partes del territorio nacional de cada País Miembro de la Comunidad Andina, debidamente delimitadas, en el que, las mercancías allí ingresadas se considerarán generalmente como si no estuviesen dentro del territorio aduanero nacional del País Miembro en lo que respecta a los derechos e impuestos y recargos. La Zona Franca o Zona Especial de Desarrollo Económico se rigen por lo establecido en la legislación nacional de cada País Miembro.³⁸

Si bien todos los Países miembros de la CAN, tienen regulado en su legislación nacional lo relacionado a Zonas Francas o Zonas de Desarrollo Especial, por disposición de la misma norma andina, cabe señalar, que, este hecho hace que no existe una real armonización, faltando por desarrollar en la norma comunitaria aspectos que vayan más allá de la definición, caso contrario, hay que esperar que cada País Miembro regule aspectos que pueden significar un obstáculo para otros, como por ejemplo, el relacionado con la tributación interna, el origen de las mercancías para aquellas que pueden nacionalizarse al interior de los Países Miembros, los beneficios que se otorgan, los principios que gobiernan, la industrialización consensuada, entre otros.

También cabe añadir que, el objetivo de las ZEDE, es promover el crecimiento económico y el desarrollo social y económico, la generación de riqueza y de empleo, la atracción de capitales o nuevas inversiones, de tecnología, la industrialización y fomento a las exportaciones, entre otros, teniendo en cuenta: la preservación del medio ambiente, territorialidad, potencialidad de cada localidad, infraestructura vial, servicios básicos, conexión con otros puntos del país, entre otros.

38 Art. 57 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

De acuerdo a la Legislación interna, las Zonas Especiales de Desarrollo Económico podrán ser de los siguientes tipos:

Para ejecutar actividades de transferencia y de desagregación de tecnología e innovación.

Para ejecutar operaciones de diversificación industrial, que podrán consistir en todo tipo de emprendimientos industriales innovadores, orientados principalmente a la exportación de bienes, con utilización de empleo de calidad. En estas zonas se podrá efectuar todo tipo de actividades de perfeccionamiento activo, tales como: transformación, elaboración (incluidos: montaje, ensamble y adaptación a otras mercancías) y reparación de mercancías (incluidas su restauración o acondicionamiento), de todo tipo de bienes con fines de exportación y de sustitución estratégica de importaciones principalmente;

Para desarrollar servicios logísticos, tales como: almacenamiento de carga con fines de consolidación y desconsolidación, clasificación, etiquetado, empaque, reempaque, refrigeración, administración de inventarios, manejo de puertos secos o terminales interiores de carga, coordinación de operaciones de distribución nacional o internacional de mercancías; así como, el mantenimiento o reparación de naves, aeronaves y vehículos de transporte terrestre de mercancías determinadas como industrias básicas y procesos de transferencia de tecnología y de innovación tecnológica. y,

Para el desarrollo y prestación de servicios turísticos, únicamente para el desarrollo de proyectos turísticos según la política pública de priorización de cantones o regiones que dicte para el efecto el Consejo Sectorial de la Producción.

Respecto al control aduanero, si bien la Aduana, no tiene facultades de control al interior de las ZEDES, las personas y medios de transporte que ingresen o salgan de ella, como los límites, puntos de acceso y de salida de las zonas especiales de desarrollo económico deberán estar sometidos a la vigilancia de la administración aduanera, con lo cual, el control aduanero para evitar los ilícitos, podrá efectuarse previo al ingreso, durante la permanencia de las mercancías en la zona, en la salida o con posterioridad a su salida. Los procedimientos que para el control

establezca la administración aduanera, no constituirán obstáculo para el flujo de los procesos productivos de las actividades que se desarrollen en las ZEDE; y deberán ser simplificados para el ingreso y salida de mercancías en estos territorios.

12.- Normas Armonizadas de Tributación en la CAN

Mediante la Decisión, 578 de 4 de mayo del 2004, después de un arduo tránsito de negociaciones, superación de obstáculos, factores exógenos y endógenos, incumplimientos e intereses de los Países Miembros, estancamiento del proceso de integración de los años 80, después de diversas discusiones, análisis y acuerdo sobre el modelo a adoptar (OCDE-PACTO ANDINO y otros), se actualizó el Régimen para evitar la doble tributación, prevenir la evasión fiscal, fomentar los intercambios comerciales entre los Países Miembros y atraer la inversión extranjera dentro de la Comunidad Andina, se sustituyó la Decisión 40 de 1971, en cumplimiento de los artículos 3, 22, 30, 51 y 54 del Acuerdo de Cartagena, la misma que, constituyó la primera norma comunitaria en el propósito de armonización de la política fiscal en la subregión andina.³⁹

Vale decir, que, las Declaraciones de Galápagos (1989) y de La Paz (1990), fueron de gran importancia para la aprobación de las Decisiones 324, 330 y 388 relativas a la armonización de incentivos tributarios a las exportaciones. La Decisión 388, del dos de julio del 2006, fija como principio de orden general la no exportación de impuestos indirectos en los bienes exportables dentro de la subregión, y estableció el principio de país de destino para la venta de bienes y servicios en la subregión; así como, la devolución de los impuestos indirectos efectivamente pagados en el proceso de producción de los bienes destinados a la exportación.⁴⁰

La Comisión en mayo y julio de 2004, respectivamente, aprobó la Decisión 578, en la cual, se dispuso un nuevo régimen para evitar la doble tributación y la evasión fiscal en lo que se refiere al impuesto sobre la renta. Por su parte, por medio de las Decisiones 599

39 Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1073 de 5 de mayo de 2004.

40 Declaración de Galápagos (1989); Declaración de la Paz (1990), disponibles en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=06>

Armonización de los Aspectos Sustantivos y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y la Decisión 600, Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo, ambas del 12 de julio de 2004, respectivamente, la Comisión dispuso la armonización de los aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado; y de los impuestos tipo selectivo al consumo. Posteriormente, mediante la Decisión 635, Gaceta Oficial del 21 de julio del 2006, se modificó las Decisiones 599 y 600.

13.- Régimen para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal

La Decisión 578 de 2004, que sustituyó a la Decisión 40 de 1971, sigue la misma línea y guarda ciertas similitudes, aunque ya no se habla de “Grupo Andino”, sino, de Comunidad Andina, siendo lo importante y trascendental de esta nueva Decisión 578, que ratifica, especifica y aplica el principio de la fuente o de la territorialidad, la cual, dispuso como regla general, que, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y/o empresas, las rentas de cualquier naturaleza que estas obtuvieren, sólo serían gravables en el País Miembro en el que dichas rentas tuvieran su fuente productora o donde se encuentren los bienes, salvo algunos casos de excepción previstos en la propia Decisión. Como puede observar, en la Comunidad Andina, se sentó la tesis de la territorialidad o lugar de la fuente productora de la renta a diferencia de la tesis del principio de residencia o domicilio apreciándose así, que, habían dos tendencias claramente definidas de convenios tributarios sobre doble tributación: la que respondía al principio de sujeción personal (principio de residencia), prevaleciendo la tesis del país de origen de la inversión; y, la que, se ajusta al principio de territorialidad de la fuente (principio de la fuente), por el cual, el derecho a la imposición corresponde al país donde tiene lugar el desarrollo de la actividad económica.

Respecto al Patrimonio, la Decisión manifiesta que, cuando el mismo esté situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente por éste.

En este sentido, se puede decir que, la Decisión 578, incorporó una serie de definiciones generales, estableció de forma precisa la definición de Jurisdicción Tributaria, prescribiendo que, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que se obtuvieran, solo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo las excepciones previstas.

Asimismo, también respecto al Patrimonio, la Decisión manifiesta que, cuando el patrimonio esté situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente en éste. De igual manera, se prescribe sobre rentas provenientes de bienes inmuebles, sobre explotación de recursos naturales y sobre rentas de las empresas, que serán gravable únicamente por el País Miembro donde estén ubicados, donde se genere la actividad o se genere la renta. También, establece ajustes en materia de precios de transferencia; contiene mecanismos de intercambio de información y de asistencia en la recaudación de impuestos adeudados; otorga tratamiento al tema de las empresas asociadas o relacionadas para permitir los ajustes impositivos; ganancias de capital, rentas de prestación de servicios profesionales, pensiones y anualidades, rentas provenientes de actividades de entretenimiento, etc., En tal sentido, se establece el principio de no discriminación a favor de los nacionales de los otros Países Miembros.

Respecto a la interpretación y aplicación de lo dispuesto en esta Decisión, se debe tener en cuenta que, su propósito fundamental, es el de evitar doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario, con lo cual, no serán válidas aquellas interpretaciones o aplicaciones que permitan como resultado la

evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a impuestos de acuerdo con la legislación de los Países Miembros.⁴¹

14.- Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado

La Armonización del IVA en la Comunidad Andina, no fue un proceso fácil, se requirió varios años de trabajo, reuniones, negociaciones, informes de consultoría y documentos de trabajo, controversias e intervención permanente del grupo de expertos y del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda, de los Banco Centrales, de la Secretaría General de la CAN y responsables de Planeación Económica de los Países Miembros con apoyo del (BID), Banco Interamericano de Desarrollo, para que la Comisión aprobara la Decisión 599.

Al respecto, la CAN, durante un largo periodo de tiempo que se inició en 1992, adoptó varias Decisiones: la 324, 330, 338, que tuvieron que ver con impuestos indirectos, incentivos, y eliminación de subsidios a las exportaciones de bienes y servicios, se aceleró en 1998 y culminó en el 2004, mediante la Decisiones 599 y 635, que regularon los aspectos sustanciales y procedimientos relacionados al valor agregado.

La Decisión 599, de 12 de julio del 2004, regula los aspectos sustanciales y los procedimientos de los impuestos tipo valor agregado que deben armonizarse en los regímenes tributarios de los Países Miembros, con el fin, de facilitar el cumplimiento de los objetivos y compromisos de la Comunidad Andina.⁴²

41 Artículo 20 de la Decisión 578, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1073 de 5 de mayo de 2004.

42 Decisión 599, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1093 de 16 de julio de 2004.

Los Propósitos y Alcances de la Decisión 599, son:

1. Aplicación del principio de destino del IVA, a fin de que éste no grave los productos que se exportan, consecuentemente, no se encarezcan y pierdan competitividad;
2. Promover la neutralidad y simplicidad del IVA, a fin de no causar distorsiones en la economía y el comercio;
3. Unificar los conceptos y procedimientos gubernativos tributarios de los impuestos indirectos;
4. Mejorar la recaudación tributaria y evitar la evasión fiscal en cada uno de los Países Miembros;
5. Recuperar el IVA en las inversiones y en las exportaciones para asegurar que la carga tributaria recaiga única y exclusivamente sobre el consumo;
6. Modernizar los aspectos relacionados a procedimientos;
7. Facilitar la fiscalización del impuesto a lo largo de la cadena de producción y distribución del bien al estar grabadas prácticamente la totalidad de las transacciones económicas; y,
8. Fortalecimiento de la seguridad jurídica en la CAN cuya consecuencia es el aumento de la inversión.

De cumplirse estos propósitos, la armonización de los impuestos indirectos permitirá sentar las bases para avanzar posteriormente en el proceso de integración, aboliendo las aduanas internas mediante la Unión Aduanera y avanzando a la meta de la formación del Mercado Común.

La Decisión 599, establece un proceso gradual para los Países Miembros de la Comunidad Andina en busca de la armonización de aspectos conceptuales, sustanciales y procedimentales de los regímenes tributarios respecto al Impuesto al Valor Agregado, para

lo cual, determina el aspecto material del hecho generador, indicando que los impuestos tipo valor agregado se generan en la venta o transferencias de bienes o utilización de servicios en el territorio nacional y la importación de bienes corporales muebles, establece la cesión de títulos valores y aportes de bienes a entidades económicas, así mismo, señala el tratamiento que se dará respecto al impuesto por parte de no residentes⁴³.

La Decisión, señala los aspectos territorial y temporal del Hecho Generador, la base gravable y la tasa que no podrá ser superior al 19%; y, se señala un plazo de 10 años para adecuar las legislaciones nacionales. A su vez, se señalan los bienes importados con tarifa cero, en los servicios. Se regula la forma de determinar el impuesto y establece el crédito fiscal, la declaración, los aspectos de facturación, de procedimiento, de retención en la fuente y regímenes simplificados, así como, tratamiento del IVA al transporte. Se dispone, la no creación de más exclusiones de bienes y servicios a partir de la aprobación de la norma comunitaria; el desmantelamiento gradual de las exclusiones existentes, hasta que solo existan las exclusiones de rigor; y, la creación de un mecanismo de seguimiento para verificar el progreso que realicen los países en el desmantelamiento gradual de las exclusiones existentes.

Dado lo expresado, «Los objetivos de la armonización de imposición indirecta en los países andinos, fueron dos:

I. Mejorar la calidad del diseño del IVA de cada país mediante la adopción de las mejores prácticas internacionales en la materia, preservando la autonomía nacional para el manejo de tasas 19%. Para ello se priorizó la neutralidad entre los sectores y la simplicidad que favorece la administración, definiendo los mecanismos administrativos que permitan combatir la evasión. Si bien se reconoce que el impuesto es regresivo en el ingreso, es también progresivo en el consumo, según

43 Decisión 599, de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1093 de 16 de julio de 2004.

una serie de estudios en América Latina. Por lo anterior, si los recursos del IVA provienen en su mayoría por el pago del IVA por el consumo de los sectores de mayores ingresos, su aplicación focalizada-- el gasto público--en los sectores más vulnerables de la sociedad, puede resultar en una mezcla fiscal progresiva de ingresos por IVA y gasto público social. Adicionalmente, los países miembros conservan la autonomía fiscal suficiente para establecer la mezcla fiscal: recaudación del IVA, mediante la fijación de sus tasas del impuesto, y el nivel y tipo de gasto público, que consideren más adecuada en lo económico, social y político. Más aún, al determinarse bases imponibles similares, los países tienen la posibilidad de competir por el consumo final en función de las tasas.

II. Facilitar el comercio intrarregional asegurando las condiciones de competencia. Es conocido que el IVA permite que no se exporten impuestos ya que utilizando el método del crédito por facturación sobre base consumo, el impuesto en los insumos es plausible de ser reintegrado por el fisco en las exportaciones de bienes y servicios. Además, se favorece la transparencia en la competencia internacional debido a que la devolución de impuestos a los exportadores se realiza sobre base real, es decir que efectivamente pagaron por IVA en sus insumos, sin posibilidad de incluirse subsidios encubiertos por el mismo. Asimismo, la amplitud de las bases gravadas, tanto a la tasa general o a una tasa inferior en no menos del 30% de la anterior, tal como se definieron en la Decisión Andina, permite la competitividad de la producción interna en pie de igualdad respecto de las importaciones. En efecto, en un mercado integrado con arancel cero, el comercio intrarregional perjudica al productor nacional si está excluido de IVA. Esto se debe a que el bien importado entra al país sin la carga del IVA que le fuera devuelta por el fisco de su país, en tanto el productor nacional no puede descontar el IVA de los insumos comprados (porque está excluido el producto final) y tanto más se perjudicará, cuanto menos integrado verticalmente sea el proceso de producción del bien (servicio) en cuestión. Al estar

prácticamente todos los bienes y servicios gravados, el productor nacional tendrá la posibilidad de descontar el IVA de sus insumos y el importado pagará IVA a la misma tasa, poniéndolos en igualdad de condiciones para competir».⁴⁴

Es de comentar que, a partir del uno de enero de 2008, algunos países aprobaron reformas tributarias que se alejaban de lo dispuesto en ambas Decisiones.

15.- Armonización del impuesto selectivo al consumo (ISC)

La Decisión 600, de Julio del 2004, aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina en reunión ampliada con los Ministros de Economía, Hacienda o Finanzas, que regula los aspectos de Armonización de los impuestos tipo Consumo Selectivo, (ISC), fue materia de un proceso de negociación, con menos dificultades que la aprobación de la Decisión 599, sin embargo, caracterizado también, por un sin número de reuniones y negociaciones de expertos gubernamentales de los cinco países, que adoptaron las mejores prácticas internacionales recogidas de la Unión Europea para corregir las distorsiones económicas, comerciales, diferencias y desigualdades entre los sistemas tributarios existentes en los Países Miembros, con los objetivos generales de lograr neutralidad, simplicidad, competitividad en la circulación y consumo de bienes y servicios, a fin de que los agentes económicos puedan tener un ámbito de claridad y concurrencia libre y que además exista coordinación con las administraciones tributarias, bajo los ideales de tener un ordenamiento jurídico más armónico, de eliminación de diferencias estructurales, de curso justo para la sociedad y solo en segundo lugar lograr generar recursos para el Estado.⁴⁵

44 Armonización de los impuestos en la Comunidad Andina, Luis A. Arias (Consultor BID-SG-CAN) Alberto Barreix (BID) Alexis Valencia (SG-CAN) Luis Villela (BID), Págs. 15 y 16. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-armonizaci%C3%B3n-de-los-impuestos-indirectos-en-la-Comunidad-Andina.pdf>.

45 Considerando 2 y 3 de la Decisión 600 de la Comisión de la Comunidad Andina,

Se reconoce así, que, los Países Miembros pueden tener otros bienes y servicios gravados con impuestos tipo selectivo al consumo que no son objeto de esta decisión y, por tanto, no son regulados por esta.

Asimismo, se establece que las modalidades de los impuestos tipo selectivo al consumo pueden consistir en: “impuestos advalórem” sobre el precio final, o “impuestos específicos” aplicando montos fijos en dinero por unidad física del producto, que sean materia de indexación periódica con fundamento en el índice de inflación.

También se dispone que no se encuentran en el ámbito de aplicación de esta Decisión las zonas y regímenes de inmunidad fiscal, ni los beneficios o regímenes de carácter geográfico o regional contemplados en la legislación interna de cada país, los cuales estarán regidos por las legislaciones nacionales y otras normativas especiales.

De esta manera, se establece la obligatoriedad de los Países Miembros de adecuar sus regímenes tributarios a lo dispuesto en esta Decisión en los plazos previstos en la misma (tres años).

En cuanto a su naturaleza, el impuesto tipo consumo selectivo, grava la importación y el consumo en el mercado interno de determinados bienes y servicios, sea de forma individual o con carácter adicional o complementario al impuesto tipo valor agregado, es decir, es independiente a este.

Se señala en su artículo 3, que, a este impuesto le son aplicables todas las normas generales que regulan el IVA, en especial, todo lo relacionado con el momento de la causación del impuesto; los principios relativos a la territorialidad; los aspectos generales que regulan la materia imponible en relación con la venta de bienes y servicios; y, las definiciones de los sujetos pasivos en relación con las operaciones gravadas siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza.

publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1093 de 16 de julio de 2004.

Respecto al hecho generador del impuesto, se especifica que éste grava las importaciones y la primera venta o transferencia de bienes que realice el productor, así como, los servicios que se generen por razón de su prestación.

En relación al sujeto pasivo del impuesto, la Decisión estableció cuatro categorías de sujetos pasivos, estos son: 1) los productores de bienes gravados, 2) los importadores de bienes gravados, 3) los prestadores de servicios gravados; y, 4) los usuarios o destinatarios del servicio.

La decisión deja a la legislación interna la base gravable del ISC sin que se pueda establecer discriminación entre productos nacionales e importados. Al respecto, Se dispuso que, las cargas tributarias sean objeto de armonización en los tres posteriores años de entrada en vigor de la Decisión, con el fin, de fijar cargas tributarias mínimas en todos los países miembros, principalmente, para los productos derivados del tabaco, cerveza y bebidas alcohólicas en una primera fase.

En cuanto a la armonización de la determinación y declaración del impuesto, se precisó que este sea autoliquidado por el sujeto pasivo en los formatos de declaración que disponga cada administración tributaria y, en relación al período de declaración y pago, se estará a lo dispuesto en la normativa internada de cada país miembro. De igual forma, para el caso de las operaciones de importación de bienes, se dispuso que el mismo sea declarado y pagado conforme a lo dispuesto por cada legislación interna.

Sobre la emisión de facturas, los sujetos pasivos, en cada operación que realicen, deben realizar una sola factura en la que se discrimine claramente el importe del IVA y del ISC. Además, las facturas deberán cumplir con los requisitos señalados por el artículo 37 de la Decisión 599. (Armonización de los Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado).

Finalmente, con respecto a la vigencia de esta decisión, después de haber transcurrido aproximadamente un año desde su aprobación, no había sido incorporada por ningún País Miembro a su derecho interno. La Secretaría General dio a conocer su preocupación por la no entrada en vigor de ambas Decisiones, y planteó la posibilidad de modificar las mismas en lo relativo a la modalidad de su entrada en vigor.

La Secretaría General presentó a la IX Reunión del Consejo Asesor una propuesta de modificación de los artículos 40 y 12 de las Decisiones 599 y 600, con el fin, de establecer como fecha de entrada en vigor de ambas Decisiones el uno de enero de 2008, habiendo el Consejo Asesor recomendado a la Comisión aprobar dicha propuesta. La Comisión aprobó la Decisión 635, referente a la Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado y armonización de los impuestos tipo selectivo al consumo. En esta Decisión, la Comisión, a tiempo de ratificar el contenido de ambas Decisiones, dejó sin efecto el artículo 40 de la Decisión 599 y el artículo 12 de la Decisión 600 y, dispuso que ambas Decisiones entren en vigor el uno de enero de 2008.

De esta manera, se dio inicio al proceso de armonización fiscal en la CAN, evidenciándose que, a la fecha de vigencia de ambas decisiones ya los países habían aprobado reforma sin cumplir lo dispuesto.

Finalmente, la aprobación de estas dos decisiones, constituye como lo han afirmado varios autores, es un hito en el proceso de integración andino, dado que, se ha logrado fortalecer la institucionalidad, y se ha conseguido un grado de armonización profundo solo comparable con la Unión Europea; y, que materias tan delicadas si pueden ser abordadas comunitariamente mediante reformas ajustadas a las necesidades de los países miembros de la CAN.

Conclusiones:

1. El derecho comunitario andino, autónomo y sui generis, no solamente es un conjunto de normas, también, es un conjunto de ideales, realidades y valores, necesarios para fortalecer la unión y progreso de los pueblos andinos, encontrándose cobijado por los principios rectores de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia, los cuales, señalan el norte para la conformación y el desarrollo del sistema constitucional andino de integración y cooperación, cuyo propósito final, es el mejorar el nivel de vida de los habitantes de la subregión andina.
2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha sido clave para el funcionamiento del proceso de integración y para la armonización de las normas comunitarias, así como, para el desarrollo de la legislación interna de los Países Miembros, pues, la interpretación que realiza del derecho comunitario andino de manera única y excluyente para su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, ha sido fundamental y, ha hecho que, el Tribunal de Justicia, marque la diferencia con otros sistemas de solución de controversias, convirtiéndose en la tercera corte internacional más activa⁴⁶, después del Tribunal de Justicia Europeo y de la Corte Internacional Europea de Derechos Humanos, con más de 6.000 consultas vinculantes y casos resueltos en una variedad de aspectos y materias, cuyas sentencias, han sido tomadas en cuenta de manera obligatoria por los jueces comunitarios nacionales encargados de aplicar el derecho interno.

46 Karen J. Alter y Laurence R. Helfer, *Transplanting International Courts - The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 8.

3. La armonización de legislaciones y políticas de la Comunidad Andina con las legislaciones y políticas de los Países Miembros, consiste en construir un sistema jurídico común y uniforme, así como eliminar las barreras normativas internas que impidan el funcionamiento y el desarrollo del derecho supranacional. Esta armonización, se justifica con la idea de darle unidad, operatividad y seguridad jurídica a las reglas que regulan determinadas materias, tanto, en lo normativo como en los procedimientos, evitando distorsiones.
4. La (NANDINA), que es la nomenclatura arancelaria de la Comunidad Andina, tiene su base en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual OMA, Organización Mundial de Aduanas, que entró en vigencia en la Comunidad Andina como convenio internacional el primero de enero de 1988, tiene como propósito facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la CAN relacionadas con la importación y exportación.
5. El ARIAN si bien fue establecido como una herramienta para la aplicación del Arancel Externo Común, vale decir, que este último, si bien entró en vigencia la Decisión que lo aprobó, en la práctica hasta la actualidad, no funciona debido al diferimiento prolongado de los Países Miembros, por lo tanto, no se ha dado el paso fundamental para la constitución de una Unión Aduanera, que, a su vez, es un paso previo para la conformación del Mercado Común.
6. La armonización para establecer el DUA, ha permitido a las autoridades aduaneras de los países miembros mejorar sus controles, ya que, al tener datos y procedimientos comunes, se puede hacer un eficiente y oportuno intercambio de información, con la finalidad de reprimir el fraude o ilícito aduanero.

7. El hecho de permitir que los países miembros de la CAN mediante el principio de complemento indispensable regulen en su legislación interna algunos aspectos de procedimientos, relativos a los regímenes aduaneros, como efectivamente ocurre, hace que, no haya uniformidad entre los 4 Países Miembros, afectando la facilitación al comercio y el control aduanero, como ocurre por ejemplo con la Decisión 848, que en varias de sus disposiciones, indica que, para efecto del cumplimiento de plazo, modalidades, oportunidad, obligatoriedad, requisitos, entre otros, se estará a lo dispuesto por la legislación nacional de cada País Miembro.
8. Un aspecto que todavía está por concretarse de manera efectiva en los países miembros de la CAN, es la automatización a nivel comunitario de sus procesos de despacho aduanero, lo cual, se ha sido cumplido a nivel nacional, utilizando las propias plataformas informáticas, pero, no se ha hecho un intercambio efectivo de información por vía electrónica entre las aduanas de los Países miembros de la CAN, que también, debe involucrar a los operadores de comercio exterior.
9. Es importante indicar, que, existe un desigual desarrollo de algunos regímenes aduaneros en los 4 territorios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, como ocurre con el régimen de admisión temporal para perfeccionamiento activo, la transformación, las zonas francas o zonas económicas de desarrollo especial y otros. Las asimetrías en la economía de Ecuador y Bolivia, frente a Colombia y Perú, sumado a otros factores como aquellos de índole política, inseguridad, social, desconfianza y el aspecto geográfico, ha dado como efecto que, no exista el interés suficiente por parte de inversionistas nacionales y extranjeros, quienes prefieren desviarse a otros países con mayores garantías, lo cual, repercute negativamente en el alcance los resultados económicos y de ocupación de la mano de obra nacional.

10. El hecho de no tener una legislación armonizada en la Comunidad Andina y disponer la Decisión 848, que las Zonas Francas o Zonas de Desarrollo especial, se rigen por la legislación nacional, dejándose de regular aspectos importantes, y que consecuentemente, no han sido armonizados, como por ejemplo, los principios que las gobiernan, los objetivos y beneficios que se persiguen, las operaciones permitidas, los derechos y obligaciones de los usuarios, las reglas de origen para productos ensamblados, elaborados o fabricados con materias de la subregión, el control contra el fraude aduanero, entre otros, lo cual, ha dado como resultado que existan conflictos entre los países miembros, como ha sucedido con las normas de origen.
11. Dada la importancia para el desarrollo económico y social de las Zonas Francas o Zonas Especiales de Desarrollo Económico, las legislaciones internas de los Países Miembros, deben procurar acercar sus legislaciones, reglamentaciones y procedimientos, con el fin, de que no se afecte la competitividad en las exportaciones y se cumpla el papel previsto de facilitación y expansión del comercio intracomunitario y hacia terceros países.
12. El Plan Estratégico de la Comunidad Andina sobre Facilitación del Comercio en Materia Aduanera, tiene por finalidad, responder a la necesidad de plantear nuevas iniciativas en el ámbito aduanero comunitario andino, las cuales, contribuyan a facilitar el comercio entre sus Países Miembros y con terceros países, siendo sus ejes estratégicos o pilares: a) Facilitación del comercio exterior sustentado en una mejora continua de procesos. b) Armonización de la Legislación Aduanera. c) Coordinación e Integración Intra regional e Interinstitucional en materia aduanera. d) Desarrollo e Integración tecnológica. y e) Gestión Efectiva de Riesgos Aduaneros.

13. La cooperación y asistencia mutua entre administraciones aduaneras de los 4 Países Miembros trata de acciones y, principalmente, de un intercambio de información para evitar se cometan infracciones administrativas, el fraude y el contrabando, ejecutando, además, acciones coordinadas de prevención, disuasión, investigación, intervención, persecución, represión y difusión, tráfico de drogas, armas, patrimonio cultural, especies de flora y fauna, residuos peligrosos o tóxicos.
14. El control aduanero, es quizá, la principal función que deben cumplir las autoridades aduaneras, el mismo que, tiene por objeto garantizar el cobro de los derechos de aduana y más tributos al comercio exterior, así como, el cumplimiento de las formalidades exigibles para cada régimen aduanero.
15. Si bien se establecen algunos criterios de riesgos para realizar el control aduanero en los Países Miembros, no se comparten sistemas de manejo informático que permitan contar con la información uniforme, procesada, oportuna, y suficiente, para controlar eficientemente la entrada y salida de mercancías, personas y medios de transporte de uno u otro estado, por lo que, no deja de ser importante que el proceso de armonización incorpore un sistema unificado no solo de información, sino también, de inteligencia aduanera.
16. Las legislaciones nacionales de los Países Miembros, son las que tipifican los actos que constituyen defraudación aduanera y contrabando, a su vez, señalan las penas de prisión, decomiso y multas, sin que, exista armonización ni norma comunitaria que se preocupe de esta materia, siendo recomendable que a futuro se reforme la Decisión sobre control aduanero y se introduzcan las conductas y las penas que configuran estos ilícitos.

17. La razón por la cual en algunas legislaciones la defraudación aduanera es sancionada con menos severidad que el contrabando, radica en que, este delito se lo comete de frente ante la autoridad aduanera, es decir, en su presencia, por tanto, no existe evasión y clandestinidad, como en el caso del delito de contrabando, por lo que, como se indicó, la posibilidad de descubrir el fraude siempre estará presente.
18. En cuanto a la valoración aduanera, siendo los 4 países que conforman la Comunidad Andina, miembros individualmente de la OMC y también miembros de la OMA, era necesario contar con una legislación armonizada que recoja las disposiciones relativas a la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas, como en efecto, se tiene, con la incorporación al derecho andino de el artículo VII del GATT de 1994, que, establece cómo determinar el valor en aduana.
19. Con relación al fraude aduanero, mediante falsa declaración al valor, vale decir, que es la más común, la que mayor perjuicio produce al fisco y la más difícil de descubrirla y de probarla, puesto que, por un lado, el importador, propietario o consignatario, pacta directamente con su vendedor o exportador el precio a declarar; y, por otro lado, es el funcionario aduanero encargado de efectuar el control de la valoración, siendo el que tiene la última palabra para aceptar o no el valor declarado, sea que el control sea anterior, concurrente o posterior. En este sentido, se requiere de la especialización y conocimiento del funcionario aduanero y, más que todo, la máxima lealtad, honradez y honestidad del mismo, para evitar que desista de hacer lo correcto y dejar pasar lo mal declarado, es decir, que su actuación debe ser conforme para evitar la impunidad y la corrupción, en perjuicio a la Administración Tributaria.

20. Con relación al Régimen de Tránsito Aduanero, vale decir que se presta fácilmente para la comisión del delito de defraudación aduanera, por más que se constituya garantía sobre las mercancías declaradas, siendo lo aconsejable que, en todos los casos de Tránsito nacional o internacional, se haga una inspección total de la mercancía, antes de conceder la autorización, especialmente, aquella que es transportada en contenedores, con el fin de evitar que en el trayecto se sustraigan mercancías, se haga un cambio o sustitución de unas mercancías por otras, que es una de las formas más comunes de cometer ilícitos, lo cual, podría realizarse aun sin dañar o romper los precintos.
21. Respecto al Régimen para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal, la Decisión 578 de 2004, que sustituyó a la Decisión 40 de 1971, sigue la misma línea y guarda ciertas similitudes, aunque ya no se habla de “Grupo Andino”, sino, de Comunidad Andina, siendo lo importante y trascendental de esta nueva Decisión 578, que ratifica, especifica y aplica el principio de la fuente o de la territorialidad, por lo cual se dispuso como regla general que, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y/o empresas, las rentas de cualquier naturaleza que estas obtuvieren, sólo serían gravables en el País Miembro en el que dichas rentas tuvieran su fuente productora o donde se encuentren los bienes, salvo algunos casos de excepción previstos en la propia Decisión.
22. Respecto al Patrimonio, la Decisión manifiesta que, cuando el mismo esté situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente por éste.
- 23 La Decisión 600 de la Comisión de la CAN, que regula los aspectos del impuesto al Selectivo al Consumo, deja a la

legislación interna determinar la base gravable del ISC sin que se pueda establecer discriminación entre productos nacionales e importados. Además, dispone que, las cargas tributarias sean objeto de armonización en los tres posteriores años de entrada en vigor de la Decisión, con el fin, de fijar cargas tributarias mínimas en todos los países miembros, principalmente, para los productos derivados del tabaco, cerveza y bebidas alcohólicas en una primera fase.

24. La aprobación de estas dos decisiones la 578 y la 600, constituye un hito en el proceso de integración andino, lográndose con ello fortalecer la institucionalidad, un grado de armonización profundo solo comparable con la Unión Europea; y, que, materias tan delicadas si pueden ser abordadas comunitariamente, mediante reformas ajustadas a las necesidades de los países miembros de la CAN.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo de Cartagena de 1969, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=14>

Barreix Alberto (BID), Valencia Alexis (SG-CAN), Villela Luiz. Armonización de los impuestos en la Comunidad Andina, Luis A. Arias (Consultor BID-SG-CAN). <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-armonizaci%C3%B3n-de-los-impuestos-indirectos-en-la-Comunidad-Andina.pdf>.

Alter Karen y Helfer Laurence, *Transplanting International Courts - The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial de la República del Ecuador N° 180 de 10 de febrero de 2014.

Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (Sistema Armonizado) del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, actual Organización Mundial de Aduanas OMA.

Convenio de Kyoto Revisado, disponible en: http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/kyoto_new.aspx

Decisión 249 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, adoptada el 21 de julio de 1989.

Decisión 270 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, adoptada el 19 de octubre de 1990.

Decisión 286, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 de 4 de abril de 1991.

Decisión 346, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 103 de 2 de noviembre de 1996.

Decisión 363, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 161 de 26 de julio de 1994.

Decisión 374, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 176 de 28 de marzo de 1995.

Decisión 378 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 103 de 27 de junio de 1995.

Decisión 379 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 103 de 27 de junio de 1995.

Decisión 388 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 211 de 17 de julio de 1996.

Decisión 478 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 571 de 12 de junio del 2000.

Decisión 521 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 803 de 10 de junio de 2002

Decisión 570 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1022 de 15 de diciembre de 2003.

Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Decisión 572 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Decisión 573 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1073 de 5 de mayo de 2004.

Decisión 599 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1093 de 16 de julio de 2004.

Decisión 600 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1093 de 16 de julio de 2004.

Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina de 15 de julio de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1221 de 25 de julio de 2005

Decisión 618 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1221 de 25 de julio de 2005.

Decisión 636 de la Comisión de la Comunidad Andina de 19 de junio del 2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1372 de 21 de julio de 2006

Decisión 657 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1035 de 1 de diciembre de 2006.

Decisión 670 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007.

Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520 de 16 de julio de 2007.

Decisión 716 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1752 de septiembre de 2009.

Decisión 728 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1790 de 17 de diciembre de 2009.

Decisión 766 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1998 de 25 de noviembre de 2011.

Decisión 770 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2003 de 9 de diciembre de 2011.

Decisión 787 de la Comisión de la Comunidad Andina de 14 de junio del 2013 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2210 de 17 de junio de 2013

Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de 26 de julio de 2019.

Declaración de Galápagos del Consejo Presidencial Andino (1989), disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=06> .

Declaración de la Paz del Consejo Presidencial Andino (1990), disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=06> .

Karen J. Alter y Laurence R. Helfer, 'Transplanting International Courts - The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Protocolo de Sucre (Quito) de 1977.

Protocolo de Trujillo de 1996.

Portal de la Comunidad Andina. Secretaria General de la CAN. <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=118&tipo=TE&title=arancel-integrado-andino-arian#:~:text=El%20ARIAN%2C%20aprobado%20por%20medio,las%20Subdivisiones%20de%20la%20Nomenclatura>.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1979).

Tratado de Cochabamba de 1996.

Sentencia emitida dentro del Proceso 01-AI-2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2526 de 7 de agosto de 2015.

Interpretación Prejudicial N° 229-IP-2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3022 de 17 de mayo de 2017.

Acuerdo sobre Valoración de la OMC.

Protocolo de 2 de mayo de 2020, emitido por los expertos en Tránsito Aduanero en la Comunidad Andina. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/Temas/FacilComerAduanas/Protocolo.pdf>

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO VI

POLÍTICA ANDINA FRENTE A LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA

Edgar Santiago Morales Morales

Andrea Micaela López Tamayo

Xiomara Valeria Soria Santiana

“Nadie puede cruzar la frontera
que lo separa del otro por la sencilla
razón de que nadie puede tener
acceso a sí mismo”

Paul Auster

Introducción

En consideración a los planteamientos de la política de integración proveniente de una tendencia a la reorganización política originada en la segunda mitad del siglo XIX, la Región Andina no excepcionó dichos procesos y legitimó en todo su contexto la creación de un organismo con tinte internacional en donde se busca unificar por lo menos ciertos mercantiles y sociales.

Dado lo expuesto, establecer un concepto amplio de las condiciones jurídicas a nivel regional andino todavía sigue siendo un reto conforme las diferencias ideológicas, políticas y económicas, que solo puede concretarse en determinados campos de integración, un ejemplo de esto, es la Comunidad Andina de Naciones, organización internacional que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI), cuyo objetivo es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo, mediante la unificación andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana. Creada el 26 de mayo de 1969, por medio de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, Tratado Constitutivo que fija los objetivos de la integración andina, definiéndose así, su sistema institucional, con la finalidad, de que establezca

los mecanismos y políticas que deben ser desarrolladas por los órganos comunitarios. De esta manera, se puso en marcha el proceso andino de integración, conocido en ese entonces, como Pacto Andino, hoy Comunidad Andina (CAN).

A partir del avance explicado con respecto a la integración regional, la siguiente discusión se centra en cómo deberían funcionar los órganos de control en áreas específicas, constituyéndose así, el Tribunal de Justicia, con jurisdicción y competencia dispuestos en sus estatutos y considerados por los países miembros. A partir de esto, el capítulo hace un estudio de una de las competencias privativas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a las controversias en los procesos aduaneros, sin embargo, al tener cada Estado de la región diferentes tratamientos de los procesos aduaneros y sobre la resolución de controversias en distintos campos penales, administrativos e internacionales, se regresa al primer cuestionamiento realizado en esta introducción, el cual, fue descrito sobre las diferencias en todo ámbito que no permiten una aproximación profunda del problema en sí.

En tal sentido, los países de la Comunidad Andina han reforzado sus políticas penales internas en torno a los delitos contra la administración aduanera. Es por ello, que el enfoque de este estudio está basado en ir un poco más allá, para conocer de la existencia o no de algún vínculo que justifique si los delitos de frontera todavía pueden seguir siendo tratados por la jurisdicción interna de un país o es un problema de toda una región.

1. Delitos aduaneros y control estatal/regional

La Aduana es una institución creada con el objeto de facilitar el comercio exterior y regular todos los procedimientos relacionados con ello. Al respecto, la administración aduanera es una entidad importante en el desarrollo del comercio exterior. Basaldúa¹, al respecto menciona que, la Aduana es una institución que nace como consecuencia del manejo de mercaderías a lo largo de diferentes territorios, de cierta manera, la

1 La Aduana: “Concepto y funciones esenciales y contingentes”, trabajo presentado por el autor en el “Tercer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero”, organizado por el Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas y celebrado en Barcelona los días 7 y 8 de junio de 2007.

administración aduanera nace por la necesidad de control y regulación del flujo de mercaderías por fuera del territorio de un Estado.

Asimismo, el comercio exterior surge como respuesta a la necesidad de los comerciantes de ejercer sus actividades a lo largo de diferentes territorios; sin embargo, esto hizo que, los Estados tomen acciones y creen instituciones para regular esta nueva forma de comercio, haciendo que, se tenga algún control sobre este tipo de actividad.

En tal sentido, se puede considerar a la Aduana, como el lugar en el que se efectúan todos los controles relacionados con la salida y entrada de mercaderías a un determinado territorio, al respecto, es necesario precisar que, las estas instituciones no versan únicamente sobre las mercaderías objeto de comercio exterior, sino que, incluye a todas las actividades que tiendan a controlar y facilitar el desarrollo de esta actividad.

Es así que, el cometimiento de ilícitos contra la administración aduanera resulta ser un hecho bastante común, como menciona Basaldúa, la Aduana es una institución que nació como un mecanismo de control frente al movimiento de mercaderías a lo largo de diferentes fronteras, por lo que, se puede relacionar a la Administración Aduanera, como el producto de la necesidad del Estado para mantener el ejercicio de la potestad recaudadora sobre esos productos que salen de su control². En consecuencia, surgen diferentes maneras de evitar este control recaudatorio ejercido por el Estado, causando un perjuicio directo sobre este. Sin embargo, esto hizo que se tomen acciones y creen instituciones para regular esta nueva forma de comercio.

Como respuesta a este fenómeno, los Estados se vieron en la obligación de considerar estas conductas como tipos penales, de manera que, se conviertan en conductas penalmente relevantes y reprochables, por lo que, su cometimiento tiene una sanción, por ejemplo, el Convenio Multilateral para la Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de 1997³, define a los delitos aduaneros como aquellas infracciones

2 La Aduana: “concepto y funciones esenciales y contingentes” Pág. 41-42

3 El Convenio Multilateral de Aduanas de América Latina, España y Portugal (COMALEP) fue constituido como un instrumento útil para fortalecer la asistencia mutua en la lucha contra el fraude y la cooperación, así como el incremento y desarrollo del

aduaneras reconocidas como tal dentro de la legislación nacional de cada país miembro. De esta definición, se pueden tomar dos aspectos importantes, por un lado, un delito aduanero se constituye como tal, al estar reconocido dentro de la legislación, es decir, que debe existir norma expresa que califique a la determinada conducta como prohibida; y, por otro lado, está el hecho de que la conducta sea una infracción que afecte a la Administración Aduanera, lo que, le otorga la calificación de delito aduanero.

Uno de los delitos aduaneros más importantes es el contrabando y, de hecho, es el que más incidencia tiene. Al respecto, la legislación ecuatoriana define al contrabando como el acto de evadir el control aduanero. Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal lo describe en su artículo 301, como: “(...) evadir el control y vigilancia aduanera”. En este mismo sentido, diversos autores describen al contrabando como la introducción o extracción ilegal de mercancías a un país, al tener como elemento común en ambas definiciones, la evasión del control aduanero, dado que, para poder introducir o extraer mercancías de un país de manera ilegal se debe inevitablemente evadir el control constituyéndose así, como un delito que conducta dolosa.

A su vez, Juárez y Mendieta⁴ definen al contrabando, como un delito doloso que tiene como finalidad ingresar mercadería a un territorio sin el control respectivo de las autoridades y lo diferencian de dos maneras: por un lado, el contrabando no agravado que se da cuando la evasión se da frente a parámetros de control específicos, mientras que, el contrabando agravado es aquel en el que se sirven de artificios para evadir los controles, por ejemplo, cuando se presenta documentación falsa a la administración aduanera, con la finalidad de cometer este delito.

Con el nacimiento de la Aduana como institución, se crearon conductas contrarias a la finalidad recaudatoria de la misma, es decir,

comercio entre las Partes, mismo que fue suscrito en la ciudad de México D.F., el 11 de septiembre de 1981. Recuperado: <https://www.aduana.gob.bo/aduana7/content/convenio-multilateral-de-aduanas-de-am%C3%A9rica-latina-espa%C3%B1a-y-portugal-comalep>

4 Sara Mendoza Juárez & María Monserrat Ríos Mendieta, 2013. “Contrabando y piratería: delitos aduaneros en la era de la globalización,” Observatorio de la Economía Latinoamericana, Servicios Académicos Intercontinentales SL, issue 185, July.

con el origen del control aduanero se da la creación de conductas, que posteriormente, llegarían a constituirse como delitos aduaneros. Para que una determinada conducta pueda ser considerada delito, se requiere de algunos presupuestos: la conducta debe ser penalmente relevante, debe lesionar un bien jurídico protegido, debe estar establecida en la norma como tipo penal, debe ser reprochable.

Todo lo expuesto, conlleva a plantear, que, los delitos aduaneros son considerados como delitos fiscales porque afectan directamente al deber recaudatorio del Estado en materia aduanera, son conductas que están determinadas como prohibidas y que atentan contra la obligación aduanera, cuyo resultado es un daño directo a la administración aduanera. Al respecto, Zavala Egas⁵ hace un análisis a los fallos de la única sala del Tribunal Fiscal de Ecuador de aquella época (1977), en donde menciona que, para que un delito aduanero se configure como tal, debe existir una conducta que sea realizada o atribuible a un individuo, que la conducta sea contraria a la ley, que con el cometimiento del ilícito se genere un perjuicio al fisco y que la conducta sea ejecutada de manera libre. Una consideración para que se configure un delito aduanero, no es únicamente, el daño a las arcas fiscales, sino que, se perjudique a la administración aduanera, porque si el daño afecta a la fiscalidad del Estado la conducta puede ser apreciada como un delito fiscal, más no, como un delito aduanero.

5 Las razones para este ensayo. El delito aduanero y la normativa internacional sobre el valor en aduana. La traída conceptual valor real de transacción, valor declarado y valor falso. Conclusiones sobre el tratamiento de las falsedades documentales en el régimen penal ecuatoriano y sus clasificaciones relevantes. Derecho Constitucional Penal. La imputación a los procesados en la instrucción fiscal N° 01-2009: falsa declaración aduanera respecto del valor de las mercancías, letra J. del Art. 83 LOA. La necesidad de un sistema de valoración es la utilización de valores arbitrarios. El derecho de la aduana a investigar y combatir la subfacturación, sin necesidad de recurrir a la arbitrariedad de precios o a denunciar delitos aduaneros imposibles. La normativa aplicable a las personas o empresas vinculadas en el comercio internacional. Las tesis del valor como elemento regulado por el derecho administrativo-tributario distinto al valor como elemento objetivo del tipo penal. Anexo. Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Gatt de 1994. Decisión 571 de la comunidad Andina valor en aduana de las mercancías importadas. Resolución 846: Reglamento de la decisión comunitaria 571 valores en aduanas de las mercaderías importadas.

De acuerdo al criterio de R. C. Cruz⁶, se puede considerar el cometimiento de delitos aduaneros, como un daño endémico de la región, dado que, son conductas que surgieron con la creación misma de la Aduana como institución, que, con el paso del tiempo, fueron regulándose hasta establecerse como delitos bajo los parámetros recogidos en las legislaciones actuales. La cultura de evasión aduanera no es nueva, el mismo autor menciona que, durante la época colonial se daban conductas similares, que posteriormente, desembocaron en el cometimiento de delitos como la falsificación y el contrabando.

Por otro lado, los delitos aduaneros no son un fenómeno moderno, no obstante, las técnicas para cometerlos se han ido perfeccionando con el paso del tiempo. Al respecto, Juárez y Mendieta, consideran que, durante la época de la colonia se dieron las primeras manifestaciones de delitos como la piratería y el contrabando, precisamente, porque dentro de los barcos que venían desde Europa hacia América, se traían objetos y mercaderías que no estaban reguladas dentro de la zona para hacer frente a este fenómeno. Tanto la corona española como el papado, emitieron una serie de regulaciones en las que se controlaba el tipo de mercaderías que podía ingresar a América. En ese entonces, ejemplo de ello, es la bula Alejandrina, cuerpo normativo en el que se establecía el derecho que tenía el papado para comerciar con las tierras y las mercancías que habían sido colonizadas. Asimismo, otros países como Holanda y Portugal, aprovecharon esta norma para utilizar mecanismos ilícitos que les permitieron importar sus productos a tierras colonizadas.

2. Control estatal y regional de los delitos aduaneros

En el caso de Ecuador, existe el Servicio Nacional de Aduana⁷, que, es el organismo encargado de los asuntos de comercio exterior y recaudación aduanera, en sus inicios, la función de esta entidad era netamente recaudadora y facilitadora del comercio exterior, pero con el

6 El delito aduanero, y específicamente el contrabando, son males endémicos del país. La herencia evasora arranca desde la época colonial y, por tanto, es el mismo antiguo mal que sólo ha ido adquiriendo nuevas connotaciones y está profundamente arraigado en nuestra sociedad; por ello, todos los esfuerzos para su erradicación y extirpación han devenido en proyectos insuficientes e ilustrantes. Recuperado. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/view/585>

7 <https://www.aduana.gob.ec/>

paso del tiempo, se convirtió en llevar un control aduanero y recaudador. A su vez, dentro de sus actividades se incluyen aquellas para luchar contra el cometimiento de delitos aduaneros que puedan perjudicar a la administración aduanera. Esta institución dentro de su informe de gestión del año 2019, estableció que, dada las actividades realizadas como parte de la lucha contra el contrabando (uno de los delitos aduaneros reconocidos en el país), se logró la retención de mercadería, valorada por 35 millones de dólares proveniente de mencionado delito.

Al respecto, la Organización Mundial de Aduana⁸, es un organismo creado con el objeto optimizar los recursos y lograr un mejor comercio internacional entre las administraciones aduaneras de diferentes países, esta organización nace con el nombre de Consejo de la Organización Mundial de Aduanas y, con el paso del tiempo, llegó a conocerse con las siglas de OMA, mediante este organismo, se han logrado establecer políticas de actuación para que las administraciones puedan ejercer un mejor control aduanero, pero también, se ha intentado crear política pública frente a los delitos aduaneros. De esta manera, el marco de normas SAFE⁹ es un conjunto de políticas creadas con el objeto de regular la gestión de mercancías y otros aspectos relacionados con el comercio exterior.

Es así que, entre los principales objetivos y principios de este cuerpo normativo, se incluye, establecer normas que permitan promover y prevenir fenómenos que puedan afectar a las administraciones aduaneras, optimizar las funciones y capacidades de las Aduanas y fortalecer la cooperación entre Aduanas y Empresas, si bien es cierto, las normas SAFE no están dirigidas específicamente a combatir el cometimiento de delitos aduaneros, pero sí, incrementa las políticas de seguridad aplicadas por las

8 La Organización Mundial de Aduanas (OMA) (WCO de sus siglas en inglés World Customs Organization) es un organismo internacional dedicado a ayudar a los países miembros (normalmente representado por las respectivas aduanas) a cooperar y estar comunicados entre ellos en materia aduanera. Fue fundada en 1952 como el Consejo de Cooperación Aduanera nombre que utilizó hasta 1994, año en que se cambió por el vigente.

9 El marco SAFE descansa en dos pilares: acuerdos entre las redes de las administraciones aduaneras y asociaciones entre las Aduanas y las empresas. Además, está complementada por programas de construcción de capacidad, el llamado Programa Columbus. Recuperado: <http://tfig.unece.org/SP/contents/wco-safe.htm>

diferentes administraciones aduaneras, lo que da como resultado, un mayor control sobre las mercancías circulantes dentro de los territorios de los países miembros y, como consecuencia, estándares de seguridad más altos que de cierta forma contribuyen con la prevención del cometimiento de delitos aduaneros.

3. Respuesta de la administración aduanera regional

Con el aumento del cometimiento de delitos aduaneros de alcance internacional, las administraciones aduaneras de diferentes países, especialmente, los de la región Andina, han encontrado como solución a este problema la cooperación internacional, dejando como resultado, la celebración de múltiples tratados internacionales o de acuerdos de cooperación en los que las administraciones se comprometen a ayudarse mutuamente, con la finalidad de: favorecer el comercio exterior, incrementar las políticas de seguridad y, prevenir el cometimiento de delitos que pueden perjudicar a las administraciones aduaneras. Ejemplo de lo expuesto, es la celebración Convenio Multilateral para la cooperación y asistencia mutua entre las direcciones nacionales de Aduanas, lo que, de cierta forma facilita la lucha contra el cometimiento de estos delitos entre los países de América Latina.

Dicho Convenio, se centra en promover acciones entre los Estados parte, de manera que, exista una asistencia mutua en asuntos aduaneros, y se materialice la prevención, investigación y tramitación de infracciones aduaneras. En materia de delitos aduaneros, este cuerpo normativo establece que, se consideran como delitos aduaneros únicamente a los así reconocidos dentro de las legislaciones de los Estados parte y, para llevar a cabo acciones de cooperación internacional, se tendrá como eje la asistencia mutua por la que se proporcionará la información y recursos necesarios para alcanzar el objetivo de los miembros.

La Comunidad Andina de Naciones, ha tomado acción frente al cometimiento de delitos aduaneros por lo que la decisión No. 728, que actualiza y sustituye a la decisión para la Asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras de los países miembros de la Comunidad Andina, con lo cual, recoge una serie de medidas tendientes

a controlar el cometimiento de estos ilícitos. Entre estas actividades de cooperación reconocidas en esta decisión, se encuentran: el suministro de información para prevenir infracciones aduaneras, la asistencia mutua de las administraciones aduaneras (esto no es aplicable para solicitudes de arresto o cualquier otra actividad que dependa directamente de los países miembros), el intercambio de información y el intercambio de personal experto en determinada área.

Las medidas mencionadas, permiten que los países miembros, logren llevar un mejor control del cumplimiento de los objetivos de su administración aduanera; y, puedan aplacar y prevenir el cometimiento de delitos aduaneros, precisamente, porque para cometer este tipo de ilícitos aprovechan los diferentes mecanismos para no ser detectado, por lo que, las acciones de cooperación internacional facilitan que las administraciones aduaneras de cada país tengan un mejor entendimiento del modus operandi de las personas que los cometen a nivel internacional, teniendo así, una mejor oportunidad para hacer frente a estas conductas.

Otro cuerpo normativo sobre regímenes aduaneros de alcance internacional es el Convenio de Kyoto, en cual, establece ciertas políticas para armonizar y simplificar los procedimientos y prácticas aduaneras. Dentro de los lineamientos principales de este convenio, incluye, políticas para aumentar la transparencia en las acciones aduaneras, estandarización y simplificación de manejo de mercancía controles aduaneros que garanticen el cumplimiento de las regulaciones nacionales de cada administración aduanera, y cooperación internacional en asuntos específicos. Este cuerpo normativo, no ataca directamente el cometimiento de delitos aduaneros, pero, al procurar homogeneizar las políticas aduaneras internacionales, hace que, sea más difícil la prevención del cometimiento de delitos aduaneros como el contrabando, precisamente, porque si se tienen controles relacionados con el manejo de mercancía esto va a facilitar el proceso de detección de irregularidades en el manejo de las mismas.

4. Regulaciones regionales y protección a bienes jurídicos en delitos de frontera

El Estado ecuatoriano dentro de su legislación, reconoce una serie de delitos contra la administración aduanera, en su legislación penal, se registra estos tipos penales, entre los que, se encuentran: defraudación aduanera, receptación aduanera, contrabando y mal uso de suspensiones o exenciones tributarias aduaneras. Este hecho, no solo permite la sanción del cometimiento de estas conductas, sino también, considera su investigación y prevención.

Por otro lado, Perú dentro de la Ley de Delitos Aduaneros¹⁰, considera la defraudación de rentas de aduana, receptación aduanera, y tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. Este mismo cuerpo normativo, cuenta con un procedimiento específico para la tramitación de estos delitos, incluyendo en ello, la incautación de mercaderías y su tratamiento.

Es importante mencionar que, uno de los elementos esenciales para que se constituyan los delitos aduaneros es la necesidad de tutelar un derecho o tener un bien jurídico protegido, porque la creación de un tipo penal se da precisamente con el objeto de proteger un derecho. Al respecto, Cesano¹¹, establece que, para que determinado derecho se convierta en un bien jurídico protegido, se requiere de dos aspectos importantes: que sea vulnerado, por lo que, requiera de una protección adicional a la del ordenamiento ordinario, y que se requiera de una tutela penal ante el fracaso de la tutela ordinaria ofrecida por el ordenamiento jurídico no penal. El cumplimiento de estos dos requisitos, hace que, el derecho o el acto, solicite protección adicional, dado que, al convertirse en un bien jurídico protegido adquiere una tutela especial otorgada por el derecho penal.

10 Ley de delitos aduaneros – Vigencia: 28.08.2003

11 Delitos aduaneros: La Ley nacional num. 22 .415, de jurisdicción federal, en su artículo 888, reza: «Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquella por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición».

Para comprender de mejor manera el alcance de estos delitos, es necesario analizar el bien jurídico protegido, por el cual, se entiende que el bien jurídico protegido detrás de los delitos aduaneros es la potestad aduanera. Al respecto Vizcardo¹², menciona que, el objeto de la creación de los delitos aduaneros, como el contrabando, es el de preservar la potestad de control y recaudación aduanera, porque con el cometimiento de estos delitos no se da una afectación únicamente a la Administración Tributaria, sino también, al Estado como estructura, por las implicaciones que tiene el ejercicio del control aduanero.

La potestad aduanera, según Vásquez (2014), es el poder general que tiene el Estado para cumplir sus funciones y objetivos planteados por el servicio de Aduanas. Asimismo, la potestad aduanera es parte fundamental del ejercicio de la administración aduanera. A su vez, Leal (2015) manifiesta que, se puede considerar como potestad aduanera a todas las actividades que tienden al control de aduanas; además, es necesario analizar si este bien jurídico protegido tiene el carácter de bien jurídico individual o supraindividual. Al respecto, Peña (2009) indica que, el bien jurídico individual abarca a todos los derechos o valores que requiere un individuo para su autorrealización, mientras que, el bien jurídico supraindividual abarca un interés mucho mayor al individual.

En el presente caso, al denominar a los delitos aduaneros como delitos fiscales o en ciertos casos como delitos económicos, se puede determinar que, el alcance del perjuicio a la potestad aduanera va más allá del interés de una persona, precisamente, porque esta potestad es ejercida por el Estado, mediante la administración aduanera y, como consecuencia, el cometimiento de delitos aduaneros perjudica no únicamente a los intereses del Estado, sino también, al de todos los individuos que forman parte de este.

Dado lo expuesto, cabe señalar que, existen diferentes concepciones del bien jurídico protegido por los delitos aduaneros. Es por ello, que Samhan (2015) considera que, el bien jurídico protegido vulnerado dentro del

12 “Los delitos aduaneros en el Perú”, Pág. 49-353, Silfredo Jorge Hugo Vizcardo. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ciudad Universitaria s/n. Lima-Perú.

cometimiento de delitos aduaneros atenta directamente al control aduanero, considerando que, este abarca varias connotaciones, no únicamente, la parte recaudadora. Con lo cual, el control aduanero es un proceso que incluye diferentes actividades que tienen como objeto la regulación, control, prevención, recaudación y simplificación de los procesos relacionados con el comercio exterior. Relacionado con lo expuesto, Bramont y García Cantizano (1998) concluyen que, el control aduanero recae sobre las mercancías reguladas por la administración aduanera.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la SENAE dentro de la resolución No. SENAE-DGN-2012-0086-RE (2012), define al control aduanero, como: el protocolo que permite la permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías hacia y fuera del territorio nacional. Esto quiere decir, que, el alcance del control aduanero contribuye al ejercicio de la potestad tributaria. En este sentido, el autor Vizcardo, describe la tesis en la que se toma como parte del bien jurídico protegido de los delitos aduaneros al comercio exterior, estableciendo que, todo objeto detrás de la administración aduanera, facilita y regula el comercio exterior.

Con todo lo antes mencionado, se considera necesario establecer que, el bien jurídico protegido es el control aduanero dado que abarca a todos los conceptos tomados por otros autores como bienes jurídicos protegidos; es por ello, que el control aduanero al ser un sistema integral abarca a la potestad aduanera que hace referencia a las actividades tendientes a cumplir los objetivos de administración aduanera y, recoge también, el principio de facilitar el comercio exterior. En este sentido, Rudas (2017) considera que, la función principal del sistema aduanero es tener control sobre el ingreso y salida de mercancías utilizadas en el comercio exterior. Esta finalidad, hace que, el control aduanero sea un sistema compuesto por diferentes elementos que llevan a la administración aduanera a cumplir su objetivo, el cual, incluye también, el facilitar el comercio exterior, cumplir con la potestad aduanera, prevenir e investigar el cometimiento de delitos aduaneros, entre otros.

5. Naturaleza del Sistema Andino, competencias y aplicaciones

La Comunidad Andina está integrada por: el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Ecuador y la República de Perú, como resultado del Acuerdo de Cartagena (CEPAL s.f.) en el año de 1969; o, también conocido, como: Pacto Andino.

La filosofía de este instrumento internacional, está basada en la cooperación internacional a nivel económico y social, esto implica la fijación de un sistema institucional y establecimiento de mecanismos y políticas que hoy son desarrolladas por los órganos comunitarios del Pacto Andino¹³ (Comunidad Andina de Naciones 2020).

Según los documentos oficiales de la CAN, la forma de concretar el pacto consta de mecanismos donde los países sobreponen las limitaciones de su mercado local y desarrollan, lo que, vendría a ser el desarrollo de una nueva industria. Dado que, por un lado, están los programas de desarrollo industrial sectorial y, por el otro, la eliminación de barreras de comercio entre los países miembros. A consecuencia de esta integración y a modo de profundizar, en la CAN surgen los correspondientes órganos e instituciones, como un conjunto conocido como el Sistema Andino de Integración (SAI)¹⁴, encargado de facilitar el trabajo en equipo de los países y la coordinación tanto a nivel interno de cada integrante como a instancias internacionales. La organización del SAI en esquema, es:

13 El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.

14 La Comunidad Andina está conformada por Países Miembros, órganos e instituciones. Estos órganos e instituciones están articuladas en el Sistema Andino de Integración, el cual fue establecido mediante el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo) suscrito en el año 1996.

Tabla 1. Organización SAI 2020

Organizaciones de dirección y coordinación	Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión de la Comunidad Andina.
Organizaciones e instituciones comunitarias	Tribunal de Justicia, Parlamento Andino, Secretaría General, CAF- Banco de Desarrollo de América Latina, Fondo latinoamericano de Reservas, Organismo Andino de Salud (Convenio Hipólito Unanue), Universidad Andina Simón Bolívar, Convenio Socio laboral Simón Rodríguez.
Instancias de participación de sociedad civil	Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales.

Fuente: SAI 2020

La función de todos los representantes, es reunirse de manera ordinaria una vez al año y, también, de forma extraordinaria en caso de ser necesario (puede convocar y presidir reuniones: el presidente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores)¹⁵.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, tiene como objetivos el intercambio de información sobre acciones realizadas en cumplimiento, el análisis de un posible acuerdo entre instituciones para la cooperación e integración internacional en virtud de los objetivos de la CAN y SIA; y, por último, elevar informes al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre acciones cumplidas bajo directrices recibidas. Con estas precisiones, como es de conocimiento, para que exista un delito se determina la existencia de una conducta que haya dañado un bien jurídico legalmente constituido en el ordenamiento de cada Estado; usualmente, esto sería bastante natural a nivel de interno de cada Estado donde se genera una denuncia y se prosigue con el proceso normal, contemplando la ley penal interna.

Pero, cuando las acciones violatorias se determinan en circunstancias de frontera o son de naturaleza transfronteriza surgen varias interrogantes: ¿cuáles son las normas a la que nos regimos para que exista una infracción? ¿qué juez/a es competente? ¿qué casos llegan al Tribunal de Justicia de

15 <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=SA>

la Comunidad Andina (TJCA)? ¿en qué casos interviene el TJCA? ¿qué normativa se aplica? ¿cuál es la política andina frente a delitos aduaneros?

Primero, la CAN, el SAI y el TJCA, contemplan varias normativas y están extendidas en una cantidad prudente de documentos por lo que se enumera (Comunidad Andina, 2020):

- * El Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- * Las Decisiones adoptadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y por la Comisión de la Comunidad Andina;
- * Las Resoluciones adoptadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- * Los Convenios celebrados por los Países Miembros en el marco del proceso de integración subregional¹⁶.

Es así como, si se llegase a dar una antinomia entre norma nacional y el ordenamiento jurídico andino, prevalecerá el último, en virtud de la primacía del Derecho Comunitario. En el caso de Ecuador, habrá que tomar en cuenta el paradigma de la Supremacía Constitucional, en donde el artículo 425 inciso 3, determina en tal forma que, todas las normas internacionales previamente mencionadas se tendrían que aplicar luego de lo establecido en el Constitución Ecuatoriana¹⁷, adicionalmente, se

16 En América Latina la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y el Mercado Común Centro-Americano (MCCA), son las primeras experiencias integracionistas que nacen a comienzos de la década de 1960 y, al final de ésta, en 1969, el Acuerdo de Integración Sub-Regional Andino. Recuperado: <https://nuso.org/articulo/el-proceso-subregional-de-integracion/>

17 Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos

encuentra conforme con el artículo 261 numeral 5, donde se especifica que, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la administración aduanera, concomitante con el capítulo Sexto, que considera los delitos contra la administración aduanera en base a los artículos 299 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal (COIP)¹⁸.

Siguiendo con este análisis, en cuanto al conocimiento de los Jueces/as Andinos, se desprenden los temas: a) Competencia; y, b) Atribuciones. Estas dos consideraciones, están sujetas a la “Decisión 500”¹⁹, considerando:

Que, con el fin de regular el funcionamiento del Tribunal, así como, el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación, establecidas para garantizar el cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, cuyos principios y objetivos deberán ser observados en la creación de toda norma jurídica comunitaria y en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, en aras de una integración andina equilibrada y armónica. (...) (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020).

Este caso, por ejemplo, es similar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin embargo, el TAJ constituye el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, este tiene el mismo grado de jerarquía que la Comisión, la Secretaría y el Parlamento Andino, por consiguiente, va a regirse principalmente, por el Tratado de Creación del Tribunal, el Estatuto del Tribunal y el Reglamento.

descentralizados. (Constitución del Ecuador R.O. 449 de 20-oct-2008).

18 Código Orgánico Integral Penal: Capítulo Sexto. - Delitos contra la administración aduanera R.O. Año I - N° 180, Quito, lunes 10 de febrero de 2014

19 Como resultado de las modificaciones al Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) introducidas por el Protocolo de Trujillo, así como las derivadas del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobar las modificaciones al Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Recuperado: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec500s.asp>

Cabe resaltar que, es independiente de todos los países miembros con competencia especializada y jurisdicción comunitaria exclusiva y prevalente sobre controversias versadas en la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (Bernal y Garnica, 2001), en donde se indica, que, existe amplitud y complementariedad de las competencias jurisdiccionales del TAJ. En este sentido, algunas de las competencias se presentan así:

Acción directa: puede ser incoada directamente por el titular ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad sin la intermediación de otro juez, es así como, se determina conforme el análisis de los niveles de acción, lo siguiente:

Tabla 2. Nivel Estatal

Aquellas que tienen como finalidad, controlar el comportamiento de los Estados miembros y verificar la aplicación del ordenamiento andino a nivel interno:
- Acción por incumplimiento (Art.23 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia), su finalidad es ver el cumplimiento de las normas comunitarias y, en caso de que un país miembro quebrante la ley, sancionarlo.
- Arbitramento (Art.38 inciso dos <i>Ibidem</i>) las controversias por aplicación o interpretación del ordenamiento andino en contratos regidos por ordenamiento de la CAN pueden ser sometidos a arbitraje.

Fuente: Estatuto TJCA

Tabla 3. Nivel Supranacional

Son las sentencias que tienen como fin, el control de las actuaciones de los órganos comunitarios.
- Acción de Nulidad (Art.17 <i>Ibidem</i>), vela por la supremacía y el respeto de las normas andinas, por lo que, todo desbordamiento de legalidad es susceptible a ser anulado.
- Arbitramento (Art.38 inciso uno <i>Ibidem</i>), este puede servir para controlar actos supranacionales, sí, el laudo afecta la ley de la CAN o similares.

Fuente: Estatuto TJCA

Acción Indirecta: son aquellas que primero deben ser presentadas con acción previa de un Juez Nacional.

Tabla 4. Nivel Estatal

-Acción de Interpretación prejudicial (Art.32 Ibídem), debe solicitarse directamente al tribunal la interpretación en caso de controversia una norma de derecho andino.
-Sentencia de Incumplimiento del tribunal Andino de Justicia como título legal para indemnización de daños contra el Estado condenado (Art.30 Ibídem), en caso de que una sentencia sea incumplida el afectado tiene el derecho de ser indemnizado.

Fuente: Estatuto TAJ

Tabla 5. Nivel Supranacional

-Acción de interpretación prejudicial (Art.33 Ibídem), los jueces deben interpretar por vía judicial las normas comunitarias.
-Validez de la ley comunitaria (Art.20 incisos 2 y 3 Ibídem), esta es en caso de que el tiempo para interponer una acción de nulidad a la sentencia caduque (2 Años) a petición de parte.

Fuente: Estatuto TAJ

Otras competencias del Tribunal, puede encontrarse en el estudio de materias como la jurisdicción laboral, en donde el TJCA solo soluciona controversias en este aspecto que se hayan suscitado al interior de los órganos e instituciones del SAI²⁰; a la vez, el recurso por omisión o inactividad incoada en contra del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión de la Comunidad Andina o Secretaría (actividades donde estos órganos están obligados); los accionantes para reclamar derechos puede ser cualquier persona natural o jurídica.

6. Posiciones jurisprudenciales en los procesos aduaneros

Las posiciones jurisprudenciales del TAJ son diversas, en el sentido de brindar una descripción exacta que forme una línea que conlleve a determinar el tipo de concepto propio, que describa, qué alcances tanto en fondo y forma puedan concebir un criterio único y sistematizado. En este sentido, en la Tabla 6, se puede apreciar la interpretación judicial siguiente:

20 Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 32, 33 y 40 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122, 123, 136 y 137 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con fundamento en lo solicitado por el Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, Corte Superior del Distrito de Chuquisaca, República Plurinacional de Bolivia. TAJ proceso 179-ip-2011

Tabla 6. Interpretación Judicial 200-IP-2019

Proceso	Interpretación prejudicial 200-IP-2019
Consultante	Ecuador, Tribunal Distrital Contencioso Tributario con sede en Cuenca, Provincia de Azuay
Norma que interpretar	<p>Último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778:</p> <p>Artículo 14.- Una vez autorizado el levante o el embarque de las mercancías y con el objeto de garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración, las autoridades aduaneras podrán proceder al control posterior de: a) Mercancías, documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate (...).</p> <p>Las acciones de control posterior sobre las declaraciones, manifiesto de carga y demás documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una determinada operación comercial, comprenderán el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se encuentren.</p>
Tem a objeto de interpretación	(1) Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los países miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior.
Resumen	<p>Particular demanda al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE)</p> <p>(1) Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los países miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior.</p> <p>El demandante alegó que, en el control posterior el SENAE debió actuar obligatoriamente el reconocimiento físico de la mercancía según Art.14 de la Decisión 778, para que este pueda determinar el valor real declarado y el pago en la aduana.</p> <p>(1.1) Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los países miembros.</p> <p>En virtud del Art.14 Ibídem, la corte señaló que, es necesario que el importador proporcione toda la información que se le solicita de forma oportuna en la forma y tiempo solicitado.</p> <p>El control podrá darse antes, durante o posterior. Teniendo claro que este último solo puede ser ejercido por la administración aduanera una vez que las mercancías se encuentran en el poder del importador, dueño o consignatario. Y la autoridad puede o no incluir el reconocimiento de las mercancías.</p> <p>Respuesta de la pregunta</p> <p>El tribunal no brinda una respuesta al caso en concreto, solo precisa el contenido. La constatación física de la mercancía no es necesaria para un proceso de control posterior.</p>

Resolución	La constatación física de la mercancía no es necesaria para un proceso de control posterior. El control puede darse antes, durante o después y si es posterior en presencia del que recibe.
-------------------	---

Fuente. https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/

Tabla 7. Interpretación prejudicial 406-IP-2018

Proceso	Interpretación prejudicial 406-IP-2018
Consultante	Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
Norma que interpretar	<p>Sexto método de Valoración aduanera:</p> <p>Artículos 3 y 4 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina. Correspondientes a los métodos para determinar el valor de la aduana y su orden de aplicación.</p> <p>Artículos 4,5,8 y 36 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Correspondientes a la transacción, requisitos, precios y otros métodos de valoración.</p>
Tema objeto de interpretación	Correcta aplicación del sexto método de valoración aduanero del Acuerdo sobre la Valoración en Aduana de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

<p>Resumen</p>	<p>Explicación de los métodos de valoración aduanera:</p> <p>Cada uno de estos 6 métodos se aplicarán en el orden mencionado, en caso de no ser aplicable el valor de transacción, se recorrerá al segundo y de esa forma el caso “último recurso” se aplica cuando ninguno de sus anteriores se pudo aplicar.</p> <p>Según el Art.3 de la Decisión 571 los métodos de valoración son:</p> <p>Valor de transacción de las mercancías importadas, fijación en los valores.</p> <p>Valor de transacción de mercancías idénticas. En caso de no poder fijar valores se los compara con especies idénticas para realizar un estimado.</p> <p>Valor de transacción de mercancías similares, no se puede utilizar método 1 o 2 entonces bajo criterios de ley se busca sus similares para el estimado.</p> <p>Valor deductivo, se estima el valor de la unidad al que se vende y se traza el estimado.</p> <p>Valor reconstruido la OMC lo considera complicado, se lo traza gracias a los valores de: a. costo de producción, b. valoración, c. concepto de beneficios y d. gastos generales; todos estos valores sumados y basados en las mismas especies del país de exportación.</p> <p>(y) último recurso el mismo que se utiliza cuando ninguno de los previos fue factible.</p> <p>(2) El sexto método de valoración aduanera (Método último recurso)</p> <p>Los parámetros, son:</p> <p>Los valores determinados con los anteriores métodos</p> <p>Flexibilidad razonable, estos según el art.48 de la Resolución 1684 prevé que estos parámetros son reglados con la legislación interna de cada país; y,</p> <p>Criterios razonables, si no se puede determinar con la flexibilidad razonable, los parámetros para esto es: utilizar el valor real de la mercancía importada, valor real se refiere a el tiempo y lugar determinados por la legislación del país importador y cuando sea imposible la aduana debe basarse en el equivalente comprobable que se aproxime.(el valor del producto no puede computarse con el impuesto del país de origen o exportación y tomar en cuenta el art.48 de la Resolución 1684 para aplicar los criterios en este punto).</p>
<p>Resolución</p>	<p>El sexto método, es utilizado como último recurso, sus valores deben ser comprobables por las autoridades aduaneras, y tomar en cuenta todo el documento que se ha resumido aquí.</p>

Fuente. https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/

Tabla 8. Interpretación prejudicial 07-IP-2018

Proceso	Interpretación prejudicial 07-IP-2018
Consultante	Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
Norma que interpretar	Segundo método de Valoración aduanera
Tema objeto de interpretación	Segundo método de Valoración aduanera. Requisitos
	<p>Requisitos</p> <p>Cuando no se pueda aplicar el primer método de Valor de Transacción se aplicará el segundo, Transacción de Mercancías Idénticas (art.33 Resolución 846, Reglamento Comunitario de la Decisión 571) con los criterios las dos a comparar deben:</p> <p>Ser igual en todos los aspectos, físico, calidad y prestigio.</p>
Resumen	<p>No influyen diferencias accesorias.</p> <p>Haberse producido en el mismo país.</p> <p>Tengan el mismo productor.</p> <p>La Venta debe para realizar el estimado debe ser al mismo nivel comercial en todo sentido (nivel comercial, cantidad, otros), si alguna de esta llegase a fallar, todos los valores deben ser reajustados.</p> <p>En el Art.36 de la Resolución 846, si no se dispone el valor de transacción para mercancías idénticas o no se cumplen requisitos se debe aplicar el tercer método.</p>
Resolución	Seguir las características y requisitos impuestos en la ley pertinente, en caso de no cumplirse, pasar al tercer método.

Fuente. https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/

Tabla 9. Interpretación prejudicial 250-IP-2018

Proceso	Interpretación prejudicial 250-IP-2018
Consultante	Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
Norma que interpretar	Primer método Valor de transacción.
Tema objeto de interpretación	Primer método Valor de transacción Autos usados.
Resumen	<p>Valoración específica en autos usados.</p> <p>Según el Estudio 1.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana relativo al “trato aplicable a los vehículos de motor usados” Valoración de los vehículos según el estudio:</p> <p>El vehículo se importa después de su compra sin haber sido utilizado.</p> <p>El vehículo se importa después de haber sido utilizado posteriormente a la compra.</p> <p>En ambas valoraciones se sigue el primer método y en defecto con el segundo.</p> <p>El estudio arroja que no es posible llegar a un método de valoración en vehículos usados. Entonces se da a las administraciones aduaneras la posibilidad de escoger un método de valoración compatible con los principios y disposiciones generales del Acuerdo sobre la valoración de la OMC y que conjugue con cada país; pero que deja la acotación de tomar en cuenta:</p> <p>El valor en aduana debe basarse en el precio pagado por el vehículo. La valoración es de acuerdo con su estado al momento.</p> <p>El precio debe ser ajustado a la depreciación por antigüedad o uso. Los perfeccionamientos al auto le agregan valor.</p> <p>Si se utiliza catálogos en línea deben de ser comprobables y legítimos.</p>
Resolución	Se debe tomar en cuenta todos los literales mencionados para la correcta valoración de los vehículos.

Fuente. https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/

Tabla 10. Interpretación prejudicial 362-IP-2018

Proceso	Interpretación prejudicial 362-IP-2018
C o n s u l - tante	Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
N o r m a que inter- pretar	Métodos para determinar el valor en aduana. Orden y aplicación en casos de duda por parte de la aduana. Art.16 y 18 de la Decisión 571 de la comisión de la Comunidad Andina. Refiere a Obligación del importador de suministrar información, carga de la prueba. Art.41 de la Resolución 846 de la secretaría General de la Comunidad Andina. De oficio se interpreta, Art.3, 14, 15, 17 de la normativa comunitaria y también el Art.51 de la Resolución 846, controversia de la carga probatoria.
Tema objeto de inter- pretación	Los métodos para determinar el valor en la aduana. Su orden de aplicación en casos en que la administración aduanera tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado.

<p>Resumen</p>	<p>Métodos para cuando existe duda razonable.</p> <p>Valor de transacción. Se puede llevar un proceso interno antes de descartar este método e ir al segundo.</p> <p>La duda razonable (DR). La presenta la autoridad cuando hay motivos, la autoridad pedirá explicaciones al importador (documentos y similares).</p> <p>Oportunidad dentro de la cual se puede presentar DR. No hay un momento en específico, simplemente debe ser antes de la admisión de la declaración aduanera (despacho que quiere decir: desde la admisión de la declaración hasta el momento del levante o embarque de las mercancías o viceversa, incluso posterior a la entrega).</p> <p>Procedimiento de la DR. Se especifica en el Art.51 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571:</p> <p>Se pide al importador que se justifique;</p> <p>Se existe duda se hará el proceso de valor de transacción según art.3 de la Decisión 571;</p> <p>La administración debe comunicar al importador el porqué de su duda;</p> <p>Se resuelve y se emite una resolución donde se justifica si el importador debe pagar más;</p> <p>Si una vez aplicado los métodos secundarios no se satisface la duda se puede utilizar el siguiente; y,</p> <p>Facultades de la Autoridad aduanera.</p> <p>De oficio pueden realizar controles e investigaciones necesarias, durante el despacho y posteriores a la importación. (Art.14 y 15 de la Decisión 571) respetando los objetivos de controles (Interpretación Prejudicial proceso 44-IP-2009 de la fecha 28 de agosto del 2009 y el Reglamento Comunitario de la Decisión 571).</p> <p>La carga de la prueba, La autoridad aduanera da paso a que el importador o comprador de las mercancías presente sus pruebas en la investigación, tiene que dar cuentas de todo lo que se le solicite con respecto al caso.</p> <p>Fundamentación de la Duda Razonable, la autoridad aduanera necesariamente debe: Fundamentar la DR dejando por escrito los hechos encontrados.</p> <p>Comunicar por escrito, la motivación y pruebas. Pedir al importador explicación complementaria.</p> <p>Otorgar un tiempo límite razonable al importador para que presente sus pruebas.</p> <p>En caso de que este proceso no sea factible se continuará con los métodos secundarios. (transacción de materias idénticas (...))</p>
-----------------------	---

R e s o l u - ción	Se otorga un proceso más detallado en caso de duda razonable y se conserva el orden de aplicación, método primario y métodos secundarios de valoración.
-------------------------------	---

Fuente: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/

7. Proceso de interpretación/aplicación de los métodos utilizados para resolver controversias por parte del TJCA

El TJCA para emitir decisiones jurisprudenciales y demás, debe valerse de diferentes métodos²¹ para llegar a resolver los problemas, aclaraciones y ampliaciones, el/la juez/a en concordancia con los mandatos éticos y principios vigentes en los procesos de justicia, para ello, debe tomar en cuenta las peculiaridades del caso concreto, resolviendo al amparo del ordenamiento jurídico y garantizar que sus decisiones sean justas y sustentadas en derecho, aun cuando el predominio sea regional o comunitario como lo es este caso en estudio. En este sentido, es necesario referirse primero sobre el proceso, donde para que el Tribunal se reúna para tomar una decisión, según el Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se determina lo siguiente:

Artículo 16.- El Tribunal se reunirá en sesiones judiciales para proveer sobre las cuestiones relativas a las acciones, solicitudes y recursos que sean sometidos a su conocimiento, a los actos procesales y a los procedimientos judiciales en curso, y a la ejecución o al desacato de las decisiones que expida.

En la reunión:

Artículo 19.- El Presidente abrirá las sesiones y dirigirá los debates de la forma prevista en el artículo 7, numeral 11, de este Reglamento. (...).

Artículo 20.- Llegados el día y la hora señalados en la convocatoria, el presidente verificará la existencia del quórum estatutario, declarará abierta la sesión y someterá a deliberación y decisión el orden del día. (...).

²¹ <https://www.tribunalandino.org.ec/>

Sometida a deliberación la ponencia, corresponderá el derecho de palabra al Magistrado Sustanciador, quien hará la presentación de esta y podrá añadir las explicaciones, precisiones y aclaraciones que estime necesarias; cuando el Tribunal o el Magistrado Sustanciador lo estime conveniente, se procederá a la lectura, total o parcial de la ponencia; finalizada la intervención del ponente, se abrirá el debate (...), en todo caso, los Magistrados en general y el ponente en particular, podrán intervenir en el curso del debate para responder a las consultas y a los argumentos de los demás Magistrados, así como, para proponer modificaciones al texto presentado. El secretario, podrá intervenir para prestar el servicio técnico que se le solicite.

Si la complejidad del asunto lo justifica, o si un Magistrado estima necesaria la revisión del expediente, el Tribunal podrá acordar por mayoría la suspensión del debate y su continuación en la sesión siguiente; finalizada la intervención del último de los Magistrados que hubiese solicitado la palabra, el presidente consultará si algún otro desea intervenir, de no haber nuevas solicitudes, consultará si cabe declarar agotado el debate. Caso que, la mayoría no exprese opinión en contrario, así lo declarará.

Un segundo caso se da, para sustanciar a causa lo relacionado en el artículo 23 y 24 del Reglamento *ibídem*, en esta situación, las demandas judiciales y solicitudes de interpretación prejudicial son asignadas a los Magistrados mediante sorteo público; el Magistrado al cargo de la sustanciación debe presentar escritos indicando si se vencen los plazos de escritos, de conclusiones de las partes, los puntos controvertidos en la sentencia, la debida motivación y justificar si la demanda es o no fundamentada.

Según el escrito presentado por el Magistrado sustanciador, el resto de los Magistrados deliberarán y, si la mayoría está de acuerdo con lo resuelto, se elaborará la sentencia, la cual, es redactada por el presidente o uno de los magistrados que haya estado de acuerdo con la mayoría y excluyendo al magistrado sustanciador.

En la aplicación de la prejudicialidad en el tema aduanero por parte del TJCA, conforme el Artículo 16 y siguientes del Reglamento Interno

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se encuentra, cuáles son los pasos formales que realiza el Tribunal para llegar a una sentencia o interpretación prejudicial²²; según M.P. Humberto Sierra Porto²³: “(...), la prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que, sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca”.

Para que el Tribunal realice un análisis prejudicial, debe tratarse sobre una situación diferente a la controvertida, pero, debe estar relacionado y ser esencial para determinar la sentencia del problema principal, es así como, en el artículo de Ricardo Vaca Andrade en referencia a Cabanellas y al Tratadista Fenech, respectivamente, se indica:

(...) Se encuentra que este término deriva del latín *prae iudicium* que significa antes del juicio, y, por prejudicial se entiende aquello “que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones”.

Es así como existe una cuestión prejudicial, en el sentido en que la ley la consigna en un proceso penal además de la pretensión punitiva, por otro lado, se pretende la actuación de una pretensión no punitiva prejudicial a aquella, o cuando se interpone en el mismo para que se traslade su conocimiento a otro titular no penal hasta la resolución de la prejudicial.

Se ha dicho acertadamente, que una pretensión es prejudicial respecto a otra cuando deba decidirse antes que ella y, debe resolverse antes, cuando la resolución que sobre ella recaiga ha de tenerse en cuenta en la resolución sobre la segunda; la resolución prejudicial ya determinada, es entregada antes de la sentencia del asunto principal, pues, necesariamente esta ayudará a la decisión del tema principal. Esta actuación, busca fines no

22 Reglamentos que regulan aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_tjca/:

23 Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia. - Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional. - orto.

punitivos, si bien es cierto no es una sentencia como tal, puede cambiar el resultado de esta.

En segundo lugar, se hace referencia a los conceptos previamente analizados conforme al Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como ejemplo, se encuentran las resoluciones prejudiciales presentadas en las posiciones jurisprudenciales en los procesos aduaneros, si bien es cierto, se brinda una perspectiva jurídica bastante amplia, sin embargo, surge una nueva pregunta: ¿qué proceso es el que permite a los jueces del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina llegar a estos dictámenes?

Para iniciar, el proceso se centra en las sesiones judiciales en que los jueces logran aportar sobre cuestiones relativas a las acciones, solicitudes y recursos que pueden ser sometidos a su conocimiento en actos procesales y procedimientos judiciales en curso; además, la ejecución o el desacato de las decisiones que se expidan; al final, todos los jueces están llamados a deliberar y ser parte de la decisión con excepción de si existe algún impedimento procesal o excusa justificada; llegado el día y la hora, la sesión empieza con el siguiente protocolo:

- * Presidente verifica quórum, declara abierta la sesión, y se somete al orden del día.
- * En las intervenciones se dan las explicaciones, precisiones y aclaraciones necesarias, la intervención puede ser total o parcial. La misma que, al finalizar es sometida a debate.
- * Finalizado el ejercicio con cada uno de los Magistrados, se consulta si alguien más intervendrá y, en caso de no haber más, cabe declarar el debate agotado.
- * Una vez se concluya el proyecto de acta correspondiente a la sesión anterior, será sometido a aprobación, si ninguno se opone, caso contrario, lo reforma y aprueba.
- * Posteriormente, se someterá a votación las modificaciones propuestas en el orden de la parte decisoria, luego narrativa y,

por último, considerativa. Si se modifica, se incluye en el acta, explicando el porqué del cambio.

Las actas de las sesiones judiciales identifican el orden del día y las decisiones tomadas al respecto. En el caso de sustanciaciones de causas (demandas), se añaden las siguientes, indicaciones:

- * Las causas igualmente son asignadas por sorteo público a los Magistrados, independiente de la naturaleza de la acción, de forma que, cada juez posea igual número de causas independiente del tipo que sea.
- * El Magistrado que se haga cargo de una demanda judicial, deberá informar por escrito del vencimiento de plazos para la entrega de conclusiones de las partes o puntos de controversia, el juez debe pronunciarse sobre los puntos de la demanda y si esta está provista o no de fundamentos.
- * Se somete a votación, según lo que exponga el juez al cargo y se inicia el proyecto de sentencia, el cual, redactará el presidente o al encargado. Se siguen los pasos previamente presentados de la reunión.
- * El secretario levantará un acta de la audiencia.
- * En los casos donde se convoque a audiencia, se dará quince días a los abogados para que formulen alegatos de conclusión, vencido el término se procede a dictar la sentencia dentro de los siguientes sesenta días.
- * Una vez finalizada la sentencia, la Secretaría del Tribunal se encarga de distribuir a los demás jueces, la misma que, será tratada en la siguiente sesión y será incluida en el orden del día.

8. Operativización de las decisiones del TJCA en los países Miembros

Todos los procedimientos que le corresponden al TJCA (jurisdicción y competencia), tienen como objeto asegurar la efectividad de los derechos

sustantivos de las personas sujetas a la jurisdicción, la salvaguarda de la integración de los países miembros, el respeto e igualdad jurídica de las partes y garantizar el debido proceso.

La sentencia tiene fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente, momento en que, se la notifica. Es completamente aplicable en los países miembros y no necesitará homologación o autorización del jefe de un Estado o de los agentes diplomáticos extranjeros para que puedan ejercer las funciones propias de sus cargos (exequátur)²⁴.

Una vez que se da un proceso y el Tribunal toma una decisión, y entra en contexto el debate de cómo se llevan a la realidad las sentencias que se dictan, pero, en primer lugar, se trata el contenido de una sentencia, según el estatuto del TJCA en su artículo 90, en donde se indica:

- * La expresión dictada por el Tribunal
- * Fecha y lugar que ha sido dictada
- * Identidad de las partes
- * Exposición de los hechos
- * Resumen de las alegaciones de las partes
- * Consideraciones o motivos de fundamento
- * Fallo a favor o en contra
- * Tribunal debe pronunciarse en las costas si se solicitó en la demanda, aquí no existen votos salvados ni opiniones disidentes.

En este aspecto, como un recurso horizontal existe la enmienda y ampliación de las sentencias (con determinación de no suspensión de sus

24 El exequatur (también denominado exequátur o execuátur) es el procedimiento jurídico que se encarga de examinar si una sentencia (o laudo) extranjera es válida y cumple ciertos requisitos para que posea plena eficacia y se pueda ejecutar en otro país distinto del que se dictó dicha sentencia. Recuperado: <https://www.conceptosjuridicos.com/exequatur/>

efectos); también aparecen como recursos, la aclaración y revisión, los mismos que, una vez resuelto, si es que se los presenta, la sentencia será publicada en la gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena²⁵.

Según la legislación de cada país, la sentencia dictada por el TJCA es recibida y ya debería ser ejecutada, pero la realidad es diferente en cada país. En el caso ecuatoriano, las sentencias internacionales deben ser homologadas conforme el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, si nos direccionamos a la supremacía de normas establecidas en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales tienen una jerarquía mayor que la ley orgánica, por ende, se permite aplicar directamente las sentencias dictadas por el TJCA.

También existen cooperaciones, por ejemplo, como la que se dio mediante oficio N° 35-P-TJCA-2019 del 21 de marzo de 2019, en donde se solicitó al Ministerio de Gobierno del Ecuador para que se brinde seguridad policial al TJCA; ello, en consideración a la calidad de misión diplomática que tiene esta Corte Internacional.

Según el Informe de labores y gestión 2019 del TJCA, se resume la operatividad:

Año	Causas judiciales resueltas	Variación porcentual anual
2014	182	-
2015	479	+163%
2016	504	+5%
2017	556	+10%
2018	619	+11%
2019	734	+19%

Fuente: Informe N° 01-S-TJCA-2020 recibido el 8 de enero de 2020 de la Secretaría del TJCA

25 Gaceta oficial – Acuerdo de Cartagena: <http://www.comunidadandina.org/>

Causas judiciales resueltas por Magistratura	Cantidad de causas judiciales resueltas por Magistratura (2019)
Ecuador	242
Colombia	220
Perú	216
Bolivia	56
Total	734

Fuente: Informe N° 03-S-TJCA-2020 recibido el 13 de enero de 2020 de la Secretaría del TJCA.

Magistratura	Cantidad de causas judiciales pendientes de resolver por Magistratura (al 31/12/2019)
Magistratura de Perú	17
Magistratura de Ecuador	97
Magistratura de Colombia	111
Magistratura de Bolivia	187
Sin sortear	106

Fuente: Informe N° 03-S-TJCA-2020 de fecha 13 de enero de 2020 de la Secretaría del TJCA.

Tipo de causas judiciales resueltas	Cantidad de causas judiciales resueltas (2019)
Interpretación prejudicial	728
Acción de nulidad	2
Acción de incumplimiento	2
Demanda laboral	1
Arbitraje	1
Total	734

Fuente: Informe N° 03-S-TJCA-2020 de fecha 13 de enero de 2020 de la Secretaría del TJCA.

Conclusiones

Terminado este estudio, se concluye que, los tan llamados delitos de frontera lesionan las economías consideradas en países que dependen efectivamente de ellas, en virtud de la generación de impuestos por la importación y en el flujo de cumplimiento de los tratados comerciales.

Si bien es cierto, los países de la Comunidad Andina en esta última década, han reforzado sus sistemas penales en relación al tratamiento de delitos que evaden la administración aduanera, las condiciones para procesar todos estos problemas de evasión han sido regularmente tratados por la justicia interna de cada estado, pero las condiciones van más allá al tratarse de delitos o actividades que no involucran solamente a una jurisdicción, sino que, se establece una multi jurisdicción en donde la respuesta efectiva está centrada en la labor de un órgano de control internacional.

Por último, se pudo establecer que, una de las salidas más rápidas en que se puede concretar la unificación de los delitos de frontera, sería por lo menos considerar entre los países de la región un solo criterio en el tratamiento, en el proceso, en la sanción y en la reparación, considerado esto de forma primaria en las resoluciones del TJCA y en otros criterios que podrían ser vinculante para avanzar en la lucha en contra de estas actividades ilícitas.

Referencias bibliográficas

Basaldúa, R. X. (2007). La Aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes. *Revista de estudios aduaneros*, 18(1), 37-54.

Bernal Fandiño Mariana, Garnica de la Espriella Lorena. (2001). *Tribunal Andino de Justicia*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis17.pdf>

Bramont, L. A., García Cantizano, M. D. (1998). Manual de Derecho Penal Parte Especial. *San Marcos*. Lima.

Cesano, J. D. (2011). El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación. *Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [nmw. ciidpe. ar]*. Recuperado de <http://nmw.ciidpe.com.ar.com>

Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial (2010). Dirección para Asuntos de la Carrera Judicial con fondos de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). 1era Edición. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_repdom_codSCJ.pdf

Comunidad Andina (2020). *Sistema Andino de Integración ¿Qué es el Sistema de Integración Andino?* <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=SA>

Comunidad Andina (2020). *Derechos del Ciudadano andino ¿Cómo hacer valer tus derechos Andinos?* Recuperado: http://www.comunidadandina.org/derechos-ciudadanos/como_hacer_valer_tus_dere

Comunidad Andina. *Documentos Oficiales de la CAN*. Recuperado:

<http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx>

Decisión 778. (2012). *Sustitución de la decisión 574*. Lima Perú. <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC778.pdf>

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2020). *Decisión 500*. <https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TEstatuto%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20la%20Comunidad%20Andina.pdf>

Código Orgánico Integral Penal, R.O No. 180 del 10 de febrero del 2014.

Cruz, R. C. (2002). Los delitos aduaneros: El contrabando. *Iuris Dictio*, 3(6).

Convenio Multilateral para la Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas (1997) R.O No. 195 del 17 de noviembre de 1997

Ferri, E., & Rodríguez Muñoz, J. A. (1933). Principios de derecho criminal: delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros.

Juárez, S. M., & Mendieta, M. M. R. (2013). Contrabando y piratería: delitos aduaneros en la era de la globalización. *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, (185).

Ley de delitos Aduaneros (2003) No. 28008; Perú.

Ley 44.215 Código Aduanero (1981); Argentina.

Vizcardo, S. J. H. (2015). Los delitos aduaneros en el Perú. *Docentia et Investigatio*, 17(1), 047- 062.

Samhan Salgado, F. (2015). Ilícitos tributarios. *Pacífico Editores SAC Perú*.

Leal, O. (2015). *Manual de derecho aduanero*. Oxford University Press.

Peña Cabrera R. (2009) *Derecho penal económico*. Lima: Juristas Editores

Rudas, I. N. (2017). Impacto de la nueva regulación aduanera en el desaduanamiento en el régimen de importación de mercancías. *Revista Espacios Vol, 38*, 14.

Vásquez. J. B. (2014). *Potestad Aduanera en Bolivia*. VII Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, 125.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (1998). *Manual de derecho penal*. Ediciones Jurídicas.

Zavala Egas, J. (1977). Doctrina sobre Derecho Aduanero del Tribunal Fiscal de la República del Ecuador. Guayaquil, Ecuador: Madisa.

Parlamento Andino (2018). *Firma del Acuerdo de Cartagena*.

<https://parlamentoandino.org/firma-del-acuerdo-de-cartagena/>

Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020). <https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TReglamento%20Interno%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20la%20Comunidad%20Andina.pdf>

Sierra, Humberto M.P. *Porto en el Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional*. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/392/387/>

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020) <https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TCREACION.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Informe de Gestión del 16 de enero del 2019 al 15 de enero del 2020. (2019). Quito, Ecuador. <https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/gestion/2019/INFORME2019.pdf>

Universidad Colombia. (26 mayo, 2011). *Se crea la Comunidad Andina*.

<https://www.universia.net/co/actualidad/orientacion-academica>

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO VII

IMPORTANCIA DE LOS REGÍMENES ADUANEROS EN LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Rafael Vergara Quintero¹

Magistrado por la República de Colombia en el
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Lina María Rodríguez Fernández²

Introducción

Los procesos de integración en América Latina han sido producto de la evolución de la diversa concepción económica que tenían los Estados sobre la libre circulación de mercancías, capitales y personas, marcando un eje primordial el paso del proteccionismo absoluto a la cesión de soberanía en pro de una integración subregional, siendo un fundamento en la Comunidad Andina el concepto de supranacionalidad³.

-
- 1 Ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Expresidente del Consejo de Estado de la República de Colombia; Expresidente Sección Segunda del Consejo de Estado; Expresidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Exmagistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la Sección Segunda - Asuntos administrativos laborales, Expresidente del Tribunal Administrativo de Sucre, Exmagistrado del Tribunal Administrativo de Sucre, se desempeñó como Abogado Asesor y Jefe de Departamento Administrativo y de Contratos (e) de la Empresa de Energía de Bogotá.
 - 2 Abogada Asesora por la Magistratura de Colombia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesora de la Maestría de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Trabajó en la Superintendencia de Industria y Comercio en las Delegaturas de Competencia Desleal y Propiedad Industrial; se desempeñó como investigadora del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia; fue Abogada Asesora de la presidencia de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá; Abogada en el área jurídica de OPAIN S.A. en el marco de la ampliación del Aeropuerto Internacional el Dorado.
 - 3 Como afirma Walter Kaune Arteaga, “la Comunidad Andina es un organismo supranacional que ejerce la soberanía compartida resultante de la cesión de soberanía efectuada por los países miembros; cuenta con una estructura institucional que, si bien

Es así como, en el Acuerdo de Cartagena con el fin de generar un sistema de integración y cooperación que propenda por el desarrollo económico de los países miembros, se incluye como objetivo primordial la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

El mercado común tiene como fundamento la existencia de una política de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países que hacen parte de la Comunidad Andina, en un ambiente encaminado a la eliminación del pago de aranceles aduaneros y la creación de un bloque unificado de cara a los terceros países.

Para el efecto, el concepto de soberanía de los Estados cede ante la regulación en materia arancelaria⁴, con el fin, de que dicha competencia sea asumida por los órganos comunitarios en la medida en que los países miembros lo permitan.

Al respecto, cabe destacar, que el ejercicio del control del tráfico de mercancías y el grado de cesión de soberanía en materia aduanera dependerán de el Estado se clasifica como liberal o proteccionista respecto al comercio exterior y liberación económica.⁵

sigue los lineamientos tradicionales de la división de poderes, tiene diferentes órganos que se encargan de legislar, administrar sus intereses y dirimir las controversias que surjan en su seno”.1.

1. Walter Kaune, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, en *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, (Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, p. 42.)

4 Respecto a la cesión de soberanía por parte de Estado en el Control Aduanero el Doctrinante Basaldúa señala lo siguiente: *“Es que ese control que los Estados encomiendan a sus aduanas resulta indispensable e irrenunciable. Si bien puede imaginarse Estados en los que alternativamente se renuncie, total o parcialmente, a la aplicación del arancel aduanero o a las prohibiciones económicas para regular su comercio exterior, en cambio, es inconcebible que un Estado deje de controlar lo que entra o sale de su territorio, pues lo que está en juego es el interés público; se trata de cuestiones vitales o de orden público, como la moral y salud públicas, la seguridad nacional, la sanidad animal y vegetal, la defensa nacional, etc. Es decir, están comprometidos un conjunto de valores esenciales que todos los países protegen a través del establecimiento de prohibiciones no económicas a la importación y a la exportación”*. Ricardo Basaldúa, “LA ADUANA: COMO CONCEPTO Y FUNCIONES ESENCIALES Y CONTINGENTES”, *Revista de estudios aduaneros* 18 (2007): 37-54.

5 *Ibidem*

En la Comunidad Andina, los países miembros mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena se comprometieron a emplear todos los mecanismos necesarios para la armonización gradual de políticas económicas y la aproximación de las legislaciones nacionales en diversas materias, dentro de las cuales se encuentra la aduanera. Esto con el fin de lograr de manera efectiva cumplir con el programa de liberación⁶ trazado en el Acuerdo de Cartagena, el cual, tal como se establece en el Artículo 72 de dicho cuerpo normativo, tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios en el territorio de cualquier país miembro. Entendiéndose por gravámenes, según lo regulado en el Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, los derechos aduaneros y cualquier otro recargo de efectos equivalentes que incidan sobre las importaciones.

El presente artículo tiene como eje fundamental señalar cual es la importancia de los regímenes aduaneros en la Comunidad Andina, partiendo del estudio de los instrumentos jurídicos en materia aduanera presentes en la Subregión, su conceptualización y los retos en cuanto a su tratamiento.

1. Instrumentos jurídicos presentes en la Comunidad Andina en materia aduanera.⁷

Con el devenir de los mercados, se aspira alcanzar una integración en las relaciones que se presentan entre los países y se empiezan a establecer mecanismos que propendan por la apertura de las economías mediante la implementación de preferencias arancelarias. Con lo cual, surge la necesidad de unificar los sistemas o instrumentos utilizados al interior de los países de la Comunidad Andina con el propósito de que las administraciones

6 Respecto al Programa de Liberación, en el proceso recaído en el proceso 4-AN-2016., el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló: “(...) de conformidad con el Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, el objeto del Programa de Liberación es eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro. Adicionalmente, el Artículo 76 de la misma norma establece que el Programa de Liberación es automático e irrevocable, y comprende la universalidad de los productos □ se entiende que se refiere a los originarios de los Países Miembros-”

7 Secretaría General de la Comunidad Andina. DIMENSIÓN ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. (Lima – Perú. 2014)

aduaneras puedan desarrollar de manera armónica su actividad en el trato comunitario o extracomunitario con terceros países. Con el fin de generar el objetivo trazado, se han instaurado instrumentos legales sobre la intervención, facilitación y control de las mercancías objeto de tráfico internacional, con la intención de establecer cuales tributos, sanciones y regímenes legales les son aplicables.⁸ A continuación, se relacionan algunos de ellos:

1.1 Nomenclatura NANDINA

Uno de los instrumentos instaurados dentro de la CAN es la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA)⁹, la cual, nace de la necesidad que tenían los Estados de manejar un lenguaje común para clasificar aquellas mercancías que fueran objeto del comercio internacional, con el fin de facilitar los estudios económicos, estadísticos y concretar de manera adecuada acuerdos comerciales.¹⁰

En principio, esta clasificación se tornó de manera simple, siendo una estructura alfabética de mercancías a las cuales se les aplicaba algún tipo de impuesto. Posteriormente, a medida que fue evolucionando el sistema impositivo, la clasificación de dichas mercancías se realizó en razón a su tratamiento fiscal, con la finalidad de determinar si estaban o no exentas por alguna circunstancia.

El antecedente de esta nomenclatura empieza con en el programa de liberación y la Nomenclatura Arancelaria de Bruselas, no obstante, todavía los países no lograban una armonización debido a que seguían manteniendo sus aranceles y nomenclaturas.

8 Comunidad Andina.

<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=323&tipo=TE&title=facilitacion-del-comercio-y-aduanas>

9 **Decisión 766 de la Comisión de la Comunidad Andina.-**

“Artículo 1.- Aprobar el Texto Único de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina denominada «NANDINA», que como Anexo forma parte de la presente Decisión, a fin de facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la Comunidad Andina relacionadas con la importación y exportación de mercancías.”

10 Felicia Salerno de Malaver, NOMENCLATURA COMÚN ANDINA, (Lima: 2007).

Posteriormente mediante la Decisión 51 de 1972, se acordó por parte de los Estados Miembros la nomenclatura NABANDINA, la cual tuvo aproximadamente una duración de 19 años, hasta llegar a la nomenclatura que actualmente se maneja, siendo necesario su actualización conforme a los cambios que se venían dando en el epicentro de la Organización Mundial de Aduanas y buscando la existencia de mecanismos polivalentes que enmarcaran aspectos arancelarios y estadísticos.

La actual nomenclatura NANDINA tiene como principal objetivo facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial relacionadas con la importación y exportación de mercancías dentro de la subregión.

Respecto a este instrumento legal, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Interpretación Prejudicial recaída en el proceso 379-IP-2018, señaló:

«Este moderno sistema, que utiliza un “lenguaje” aduanero común, aceptado y reconocido a nivel mundial, permite simplificar la tarea de los importadores, exportadores, productores, transportistas y administradores de aduanas, debiendo ser cumplido por los Países Miembros de la Comunidad Andina obligatoriamente, constituyéndose así en el instrumento científico de mayor avanzada para la interpretación y clasificación de las mercancías, al igual que las Notas interpretativas.¹¹»

Su regulación se encuentra en la Decisión 812, modificada por la Decisión 821 y reglamentada por las Resoluciones 871 y 1243.

1.2 Valoración Aduanera

Otra de las necesidades que tenían los países integrantes de la subregión, era la determinación de la base imponible de los derechos de aduana y los impuestos aplicables en la importación de las mercancías,

11 Interpretación Prejudicial 379-IP-2018 de fecha 13 diciembre de 2019 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3904 de 20 de febrero de 2020. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203904.pdf>

siendo necesario la implementación de un mecanismo que brindara información sobre la transacción comercial¹².

Al ser los países de la Comunidad Andina miembros de la Organización mundial del Comercio (OMC) y de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), se encontraban en la obligación de aplicar sus acuerdos de valoración. Para el efecto, era necesario conocer los elementos relativos a las transacciones comerciales de las mercancías importadas al territorio aduanero de la Comunidad Andina, con el fin de fijar su valor en aduana.

Para ello, los países crearon una legislación armonizada respecto a la determinación del valor en Aduana de las mercancías, la cual, permite que los países implementen una base imponible común en cuanto a la aplicación de los gravámenes arancelarios importados. Su proceso de regularización se encuentra en la Decisión 571 del 12 de diciembre de 2003, reglamentada por la Resolución 846 que contiene el Reglamento Comunitario sobre la Aplicación del valor en Aduana. Otras reglamentaciones que se presentaron sobre la materia son las Resoluciones 1684, 1828, 1952, 1486, 1239, 1281, 1280, 1379, 1574 y 1456.

Dentro de los instrumentos contemplados por la Norma Andina para la determinación del valor en Aduana se encuentran los métodos de valoración, regulados en el Artículo 3 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina. Respecto a dichos instrumentos el Tribunal en la Interpretación prejudicial 362-IP-2016, señaló:

«Los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la recaudación de los derechos e impuestos a la importación, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Valoración de la OMC y la normativa comunitaria sobre la materia, son seis: i) valor de transacción de las mercancías importadas; ii) valor de transacción de mercancías idénticas; iii) valor de transacción de mercancías similares; iv) valor deductivo; v) valor reconstruido; y, vi) último recurso.¹³»

12 Julia Sánchez, Valoración Aduanera. (Lima: 2007)

13 Interpretación Prejudicial 362-IP-2016 de fecha 14 diciembre de 2018 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3641 de 27 de febrero de 2019. Recuperado de

Cabe mencionar que toda mercancía que es objeto de importación tiene valor en aduana, razón por la cual dicho valor debe calcularse mediante la aplicación de los métodos de valoración reseñados, siguiendo el orden jerárquico establecido.

1.3 Declaración Andina de Valor

Por otra parte, para la determinación de la base imponible de los derechos en Aduana, las autoridades competentes de los países miembros de la Comunidad Andina solicitarán al importador la Declaración Andina de Valor (DAV), conjuntamente con la Declaración de importación. Esto con el fin de tener una guía estándar dentro de los países de la Comunidad Andina.

Con el devenir de la tecnología, años atrás se implementó la posibilidad de que la Declaración Andina de Valor sea presentada de manera electrónica. Es así como en primera instancia incursiono en dicho sistema el Estado plurinacional de Bolivia en el año 2009 y posteriormente la República del Ecuador en el año 2012¹⁴.

La regulación de este tipo de transacciones y el idearse mecanismos para lograr obtener un mismo lenguaje y tratamiento respecto a la determinación de los derechos aduaneros en el mercado subregional, a su vez implicó la creación de procedimientos simplificados y racionalizados respecto a los requisitos aduaneros exigidos por las autoridades competentes en la entrada y salida de mercancías de los territorios de la Comunidad Andina, con el fin de lograr un perfeccionamiento de un mercado ampliado entre los países integrantes de la subregión.

En atención a ello, se buscó concretar mecanismos armonizados en la solicitud de información por parte de las autoridades aduaneras, con el

<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203641.pdf>

14 Resolución 2038 de fecha 19 de diciembre de 2018, emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3488. Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203488.pdf>

propósito de prevenir, evitar y combatir la existencia de cualquier actividad delictual en el marco aduanero y facilitar el comercio.

1.4 Documento Único Aduanero (DUA)

El Documento Único Aduanero, contendrá toda la información necesaria para que se declare cual es el régimen aduanero o destino de ingreso, salida o tránsito de las mercancías. Este DUA, es adoptado por la Decisión 670, y se define dentro dicha normativa como:

« Documento Único Aduanero (DUA): Documento que contiene el conjunto de datos comunitarios y nacionales, necesarios para hacer una declaración aduanera de mercancías en las aduanas de los Países Miembros para los destinos y regímenes aduaneros que lo requieran.»

Los anexos de la Decisión 670, señalan cuales son los requisitos que debe contener este documento único aduanero, a continuación, se relacionan a grandes rasgos algunos de ellos:

1. Registro de datos del despacho aduanero, las mercancías, firma del declarante, representante u obligado principal, pago de tributos y la actuación de la autoridad competente en materia aduanera dentro del País Miembro.
2. Registro de las series para la efectucción del despacho aduanero.
3. Registro que se presenten durante el transito aduanero por parte de la autoridad nacional competente.

1.5 Tránsito Aduanero

El objetivo de la consolidación de un mercado único lleva consigo la libre circulación de mercancías entre los países miembros, siendo necesario que se presentaran traslados de un país a otro, dentro y fuera de la subregión, con la mayor de las facilidades posibles. Es así como, los países miembros crean una normativa comunitaria que facilite llevar

a cabo el traslado de dichas mercancías eliminando barreras fronterizas y buscando agilizar los procesos mediante la exclusión de transbordos obligatorios o despachos innecesarios en las fronteras.¹⁵

El transporte intermodal, así como el multimodal dentro en los países comunitarios, ha contribuido en el desarrollo de la subregión, razón por la cual se vio la necesidad de crear documentos unificados y sistemas de información interconectados para el establecimiento de controles posteriores, con el fin de implementar procedimientos aduaneros ágiles y eficaces.

La Decisión 617, regula las distintas maneras en que se presenta la circulación de mercancías comunitarias y extracomunitarias¹⁶, unidades de carga y medios de transporte. A su vez, establece las distintas obligaciones a cargo del transportista autorizado y el declarante. Esta norma se viene aplicando desde enero de 2006 y ha sido modificada por las Decisiones 636 y 787 de la Comisión de la Comunidad Andina.

A su vez, en el año 2017 se expidieron las Resoluciones 1875 y 1921 actualizando las rutas de Colombia y Ecuador y se inició un proceso de acercamiento con el sistema de integración ALADI, mediante la realización de un estudio comparativo normativo de las normas ATIT-CAN, con el fin

15 Secretaría General de la Comunidad Andina y Alianza Latinoamericana de Integración, Análisis Comparativo de las Normas Sobre Transporte Internacional Terrestre de Carga y Pasajeros y de Tránsito Aduanero Vigentes en el Ámbito de la ALADI y de la CAN, en el Marco de una Posible Armonización. s.l. y s. f.

16 **Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina.**

“Artículo 7.- Los Países Miembros, con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente Decisión, permitirán la circulación al amparo del régimen de tránsito aduanero comunitario de:

1. Mercancías Comunitarias

1.1 Desde una aduana de partida de un País Miembro hasta una aduana de destino del mismo País Miembro u otro País Miembro, en tránsito por uno o más Países Miembros.

1.2 Desde una aduana de partida de un País Miembro con destino a un tercer país, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del de la aduana de partida.

2. Mercancías No Comunitarias 2.1 *Desde una aduana de partida de un País Miembro hasta una aduana de destino de otro País Miembro, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del País Miembro de partida.*

2.2 Desde una aduana de partida de un País Miembro con destino a un tercer país, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del País Miembro de partida.

2.3 Desde un tercer país hasta una aduana de destino de un País Miembro, en tránsito por uno o más Países Miembros.”

de propender por la implementación a futuro de mecanismos que faciliten el tránsito aduanero con los países de América del Sur.¹⁷

2. Regímenes aduaneros en la Comunidad Andina

Con la finalidad de propender por un comercio que trascienda fronteras de manera libre y ágil, los países han buscado mecanismos que logren poner las aduanas al servicio del comercio y de la industria, es así como se han establecido regímenes que faciliten las distintas actividades económicas, evitando que, las autoridades aduaneras generen trabas injustificadas en el devenir del comercio.

Diversos mecanismos multilaterales como el GATT¹⁸ consagran la necesidad de reducir las formalidades y requisitos en la importación o exportación de las mercancías, jugando un papel muy importante las autoridades aduaneras en la facilitación del comercio.¹⁹

Siguiendo una misma perspectiva, la normatividad andina tiene como objetivo la existencia de una formalización y armonización de los procedimientos en las operaciones aduaneras que se realicen con las mercancías que ingresen y salgan de la subregión, mediante la implementación de un sistema armonizado de los regímenes aduaneros de los Países Miembros, el cual no se ha logrado en la actualidad.

Los regímenes aduaneros se encuentran definidos en el Artículo 2 de la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina como el “destino aduanero aplicable a las mercancías, solicitado por el declarante, de acuerdo con la legislación aduanera comunitaria.”²⁰

Para entender a fondo la definición otorgada por la norma, es

17 Secretaría General de la Comunidad Andina, Dimensión Económica Social de la Comunidad Andina, (Lima: 2018)

18 **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y el Comercio (G.A.T.T.)**

“Artículo VIII

(...)

c) Las partes contratantes reconocen también 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.”

19 Basaldúa, La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes 2007, 47-48

20 Decisión 848 Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros (Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de fecha 26 de julio de 2019).

necesario establecer, que se entiende por destino aduanero, siendo definido en la misma disposición normativa, como: “el tratamiento aplicable a las mercancías que se encuentran bajo potestad aduanera de acuerdo con la legislación aduanera comunitaria.”²¹

Teniendo en cuenta lo anterior, de la normativa andina se desprende que el concepto de régimen aduanero hace referencia al tratamiento aplicable a las mercancías que se encuentren bajo potestad aduanera, el cual es debidamente solicitado por el declarante, siguiendo los lineamientos de la legislación comunitaria. Con dicho tratamiento se busca mejorar la competitividad de los productos mediante la disminución de procedimientos y formalidades exigibles en el tráfico aduanero y mercantil, generando de esta manera, incentivos en las importaciones o exportaciones que se presenten en la subregión.

La generación de incentivos a las exportaciones y la producción industrial obedece a la profundización de las relaciones comerciales externas de las cuales ha sido parte la Comunidad Andina en el mercado internacional, con una perspectiva de generar una zona de libre comercio, lo que hace necesario la instauración de estrategias en la importación o exportación de bienes con el fin de establecer un funcionamiento ágil y adecuado en dicho contexto.

A su vez, los Países Miembros de la Comunidad Andina hacen parte integrante de la OMA la cual aprobó Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, denominado Convenio de Kyoto. Dicho Convenio permite a los países contratantes la adopción de métodos de control eficaces con un tinte armonizado, flexible y moderno, con el fin de que las empresas que intervienen en el comercio internacional puedan ejecutar de manera adecuada sus operaciones aduaneras.²²

21 Ibidem.

22 Puede ser consultado en:
<http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/es/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/conventions/kyoto-convention/cap1>

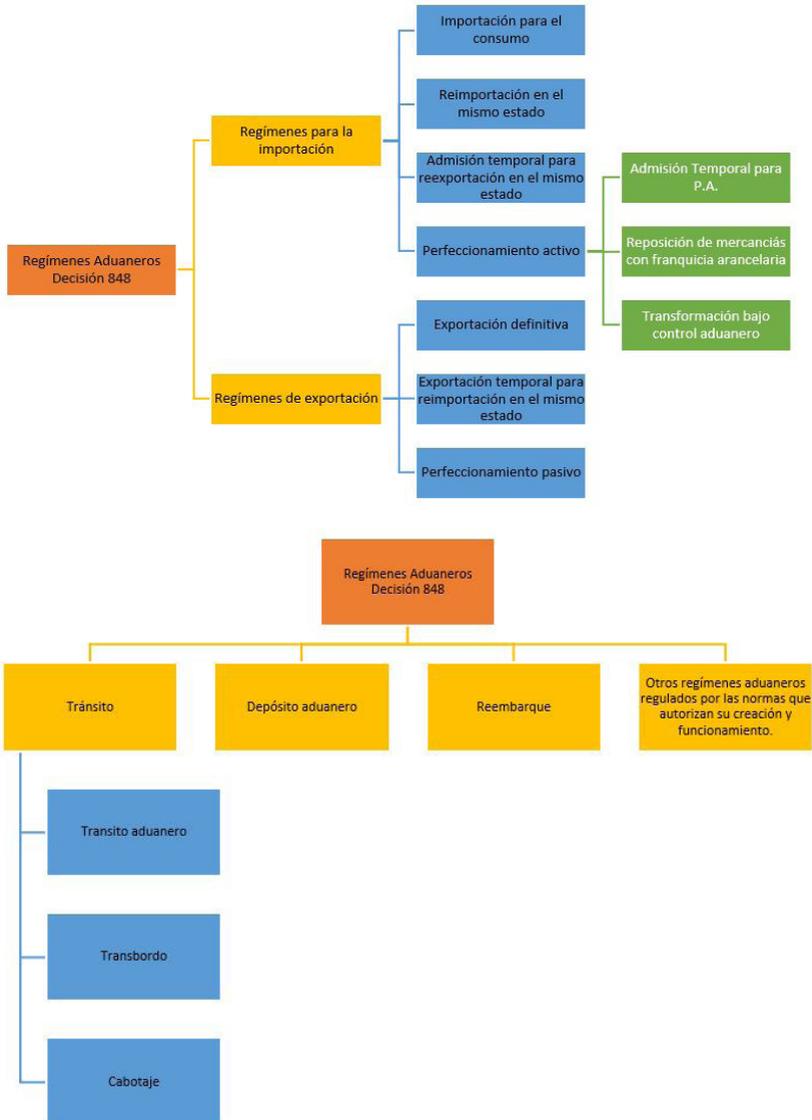
En vista de que las disposiciones normativas consagradas en el Convenio de Kyoto, podrían implicar en la Comunidad Andina mayores ventajas respecto a los intercambios internacionales, además de un grado de simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, mediante la Decisión 618 de la Comisión de la Comunidad Andina se decide incorporar, de manera progresiva, los principios, normas y recomendaciones regulados en el Anexo General del Protocolo de Enmienda del Convenio de Kyoto.

Posteriormente se expidió la Resolución 671 que contempla la armonización de los regímenes aduaneros, cuya disposición final, fue sustituida por la Decisión 716 de la Comisión de la Comunidad Andina, al señalar que su entrada en vigor sería el 1 de junio de 2010.

Sin embargo, los múltiples avances y el perfeccionamiento de un mercado ampliado en materia aduanera presentes a nivel global hacen que, surja la necesidad de actualizar la normativa comunitaria respecto al comercio intrasubregional y con terceros países, por ello, se expide la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina, la cual se encuentra actualmente vigente. En esta Decisión se contemplan modificaciones concernientes a plazos; la creación de depósitos temporales; la posibilidad de que se dé la presencia del declarante en el reconocimiento físico y la incorporación del concepto de Zona Especial de Desarrollo Económico. Esta norma entró en vigor el 26 de julio de 2019, sin embargo, respecto a la República de Colombia, la misma entrará a regir 48 meses después de su publicación.

2.1. Clasificación de los Regímenes Aduaneros según la Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina

La Decisión 848, contempla en su Capítulo IX los diferentes regímenes comunitarios presentes en la Comunidad Andina, los cuales se relacionan a continuación:



Fuente: Elaboración Propia

2.1.1 Regímenes de importación

- * **Importación para el consumo:** En virtud de este régimen se presenta libre circulación en el territorio aduanero comunitario de aquellas mercancías importadas que provengan de: a) Terceros países; b) Zona franca; c) Zona especial de desarrollo. A su vez, estas mercancías tienen como fin permanecer en dicho territorio aduanero de manera definitiva cuando se paguen los impuestos, recargos sanciones y derechos a los que tenga lugar. Esta importación, no estará sujeta a plazo después de que se efectuó el levante o retiro. (Artículo 36 de la Decisión 848)
- * **Reimportación en el mismo estado:** Este régimen hace referencia a la importación, con exoneración de los derechos e impuestos a la importación y recargos aplicables, de aquellas mercancías que fueron previamente exportadas y que no hayan sufrido ninguna modificación en el exterior.

Para su aplicación es necesario que la declaración aduanera en la reimportación sea presentada por el mismo declarante que figura como exportador en la declaración aduanera de mercancías de exportación definitiva. A su vez, se debe demostrar que, por causas no imputables al exportador, las mercancías no pudieron despacharse definitivamente para el consumo del país de destino o que fueron devueltas por el destinatario por defectuosas o por no cumplir con las características pactadas contractualmente por las partes.

El plazo consagrado en la norma comunitaria para la reimportación en el mismo estado es de un año contado a partir del embarque de las mercancías de exportación. (Artículo 37 de la Decisión 848)

- * **Admisión temporal para reexportación en el mismo estado:** En virtud de este régimen, durante un plazo determinado se permite el ingreso al territorio aduanero comunitario de mercancías importadas, con suspensión, total o parcial, de los derechos e impuestos de importación, con el fin de que la mismas sean reexportadas en un plazo determinado. Es importante que las

mercancías sujetas a este régimen no hayan sufrido modificación alguna, salvo que dicha modificación obedezca a la depreciación normal de su uso.

La norma comunitaria deja a legislación nacional de los países miembros la regulación del plazo de permanencia en este régimen, en el territorio aduanero comunitario.

2.1.2 Regímenes de perfeccionamiento activo

- * **Régimen de admisión temporal para perfeccionamiento activo:** Mediante este régimen las mercancías destinadas a ser exportadas luego de haber sido sometidas a una operación de perfeccionamiento pueden ingresar al territorio aduanero comunitario con la suspensión del pago de los derechos e impuestos a la importación o recargos aplicables. (Artículo 39 Decisión 848)

Los países miembros a través de sus legislaciones nacionales pueden establecer cuál será plazo en el cual las mercancías amparadas bajo a este régimen pueden permanecer en el mercado comunitario andino, sin embargo, dicho plazo no puede exceder 24 meses.

- * **Reposición de mercancías con franquicia arancelaria:** Mediante este régimen se permite la importación, con exoneración de los derechos e impuestos a la importación, de mercancías idénticas o similares a aquellas que estando en libre circulación se utilizaron para obtener mercancías exportadas previamente con carácter definitivo. (Artículo 40 Decisión 848)

Solo se podrá hacer partidario de estos beneficios si la declaración aduanera de las mercancías de exportación de los productos compensadores se presenta en un año contado a partir del levante de las mercancías importadas para su consumo.

- * **Transformación bajo control aduanero:** Este régimen solo será aplicado en la medida en que se encuentre consagrado en la legislación nacional de cada país miembro y consiste en la posibilidad de ingresar, al territorio aduanero, comunitario mercancías que serán sometidas a operaciones que modifiquen su especie o su

estado. En este caso la importación de dichas mercancías no será sometidas al pago de los derechos e impuestos a la importación.

2.1.3 Regímenes de exportación

- * **Exportación definitiva:** En virtud de este régimen, se permite la salida definitiva de las mercancías en libre circulación, sean comunitarias o no, fuera del territorio aduanero de la subregión o hacia una zona franca o zona especial de desarrollo económico, ubicadas dentro del territorio comunitario andino. Estas mercancías, gozarán de beneficios e incentivos fiscales con ocasión de la realización de esta operación aduanera, no obstante, estarán sometidas a los controles que determine la norma nacional de los estados miembros.

La norma andina señala que el plazo para la salida de las mercancías declaradas para su exportación definitiva será el señalado por el país miembro en su legislación interna, no obstante, regula un tope mínimo de 30 días y máximo de 60 días calendario para que se lleve a cabo. Este plazo podrá ser objeto de prórroga por las autoridades competentes nacionales.

- * **Exportación temporal para reimportación en el mismo estado:** Este régimen comunitario consagra la posibilidad de la salida temporal de mercancías, sean o no comunitarias, del territorio aduanero andino. Sin embargo, las mismas deberán ser reimportadas sin surtir modificación alguna exceptuándose aquellos cambios que se refieran a su uso normal. El plazo señalado por la norma para la reimportación de dichas mercancías es de un año a partir de la fecha del embarque de la mercancía exportada.
- * **Exportación temporal para perfeccionamiento pasivo:** Este régimen se puede aplicar a aquellas mercancías que, si bien se encontraban en un estado de libre circulación dentro de la Comunidad Andina, van a ser exportadas temporalmente, para su transformación, reparación o elaboración, fuera del territorio aduanero comunitario o hacia una zona franca o de especial desarrollo económico. Dicha

exportación se realiza con el fin de las mercancías sean reimportadas como productos compensadores de manera posterior, razón por la cual pueden estar exentas total o parcialmente de los impuestos a la importación o recargos correspondientes.

Para el efecto, la importación se debe realizar en el periodo de un año contado a partir del embarque de las mercancías exportadas temporalmente para perfeccionamiento pasivo.

2.1.4 Regímenes Aduaneros de Tránsito

Dentro de esta categoría tenemos tres regímenes, el primero de ellos es el Tránsito Aduanero el cual ya se explicó en el presente artículo y se rige por las disposiciones vigentes en la Comunidad Andina. En segundo lugar, se encuentra el Transbordo, el cual consiste en el régimen aplicable a aquellas mercancías retiradas del medio de transporte utilizado para su arribo al territorio comunitario andino, con el fin de ser colocadas en el medio de transporte utilizado para la salida de estas de la subregión. Por último, el cabotaje se regirá por la norma nacional de los países miembros.

2.1.5 Depósito Aduanero

Este régimen, se implementa sobre aquellas mercancías que deben ser almacenadas durante un periodo determinado y están sujetas al control de la aduana. Para el efecto, se han reconocido y habilitado lugares específicos y no se debe realizar el pago por derechos, impuestos o cualquier otro recargo. Las mercancías podrán permanecer con este régimen hasta un año, plazo que es prorrogable si la ley nacional lo permite.

2.1.6 Reembarque

Este régimen, se aplica a las mercancías que provienen del extranjero y se encuentran en depósito temporal, para posteriormente, salir del territorio aduanero comunitario. Su regulación será la establezca la legislación nacional de los países miembros.

3. Retos en el proceso armonización de los regímenes aduaneros

Del estudio realizado, se observa que, existe la necesidad de generar cada vez más en el ámbito comercial mecanismos que tiendan a reducir la complejidad y los efectos de las formalidades en las operaciones aduaneras dentro del mercado subregional, con el fin, de alcanzar una armonización en el tratamiento de estas.

Al respecto, es necesario que exista una racionalización de las estructuras existentes, mediante la implementación de una coherencia terminológica, que impulse el camino hacia la integración y la unión aduanera, a la cual, todavía la subregión no ha llegado. En ese sentido, se debe adoptar un marco jurídico sustentado en políticas comerciales armonizadas, donde los regímenes aduaneros jueguen un papel fundamental.

Así mismo, la competitividad de las importaciones y exportaciones dentro de la Comunidad Andina se pueden ver afectadas debido a la manera en como cada país miembro aplica de manera diferenciada los regímenes aduaneros, ya que dicha disparidad en el funcionamiento afecta procedimientos, costos, plazos y control por la entidad aduanera, por lo tanto, todo se centraría en los esfuerzos realizados en el control expost que realicen estas autoridades.

Conclusiones

En la Comunidad Andina existen diversos mecanismos para la formación gradual de un mercado común, mediante la instalación paulatina de instrumentos en la intervención y control de las mercancías dentro del tráfico subregional. Dicho ideal es correlativo al Programa de Liberación regulado en el Acuerdo de Cartagena, en donde existe el objetivo primordial de asegurar la libre circulación de mercancías, eliminando la instauración de gravámenes o restricciones. Para el efecto, se implementaron mecanismos en materia aduanera, tales como la creación de una Nomenclatura NANDINA; el exigir un Documento Único Aduanero el tráfico mercantil; el incentivo a la existencia de un Tránsito aduanero exitoso y la instauración de distintos regímenes aduaneros, los cuales fueron expuestos en el presente artículo.

Dentro del desarrollo de dicho objetivo, tal como se muestra en este estudio, la implementación de dichos instrumentos jurídicos y el ejercicio de las administraciones aduaneras juegan un papel fundamental, debido a que se propende por la búsqueda de procedimientos armonizados y comunes acordes a los estándares internacionales para mejorar la eficiencia en la facilitación del comercio y el control aduanero.

No obstante, se puede concluir que actualmente no se ha logrado una unidad aduanera, debido a la falta de políticas comerciales armonizadas y la racionalización de las estructuras aduaneras existentes que tengan como objetivo la disminución de costos logísticos o demoras innecesarias en los intercambios comerciales, lo cual hace que recobre importancia la implementación adecuada de regímenes aduaneros, que incentiven la competencia en las importaciones y exportaciones que se desarrollen en la subregión. Ello plantea, a su vez, un reto dentro de la Comunidad Andina, consistente en generar nuevas iniciativas e implementar políticas e instrumentos legales armonizados que respondan a la necesidad de los países miembros de la facilitación del comercio en materia aduanera.

Bibliografía

Kaune, Walter. La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 2004. Recuperado de https://www.tribunalandino.org.ec/libros/testimonio_comunitario.pdf

Basaldúa, Ricardo. “LA ADUANA: COMO CONCEPTO Y FUNCIONES ESENCIALES Y CONTINGENTES”. Revista de estudios aduaneros 18 (2007): 37-54. Recuperado de <http://www.iaea.org.ar/global/img/2010/09/Basaldua.pdf>

Secretaría General de la Comunidad Andina. DIMENSIÓN ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Lima – Perú. 2014. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201443094619DimensionEconomicaComercial.pdf>

Salerno de Malaver, Felicia. NOMENCLATURA COMÚN ANDINA, Lima: 2007. Recuperado de http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201164225440libro_atrc_nomenclatura.pdf

Sánchez, Julia Inés. Valoración Aduanera. Lima: 2007. Recuperado de: http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/20116520610libro_atrc_valoracion.pdf

Secretaría General de la Comunidad Andina y Alianza Latinoamericana de Integración, Análisis Comparativo de las Normas Sobre Transporte Internacional Terrestre de Carga y Pasajeros y de Tránsito Aduanero Vigentes en el Ámbito de la ALADI y de la CAN, en el Marco de una Posible Armonización. s.l. y s. f. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/20171139150CAN-ALADI.pdf>

Secretaría General de la Comunidad Andina. Dimensión Económica Social de la Comunidad Andina. Lima: 2018. Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201851418526Dimensional2018%20.pdf>

Decisión 848 Actualización de la Armonización de Regímenes Aduaneros (Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3699 de fecha 26 de julio de 2019). Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203699.pdf>

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO VIII

DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA, EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO – SICA Y EL MERCADO COMÚN DEL SUR – MERCOSUR

Luis Felipe Aguilar Feijoó (Director)

Luis Alfonso Marcelo Ruiz Carrillo (colaborador)

Alejandra Leiva Brussil (colaborador)

Manfred Arauz Olavarria (colaborador)

El presente artículo tiene por objetivo brindar una visión comparativa del derecho aduanero y tributario de los tres procesos de integración más antiguos de Centro y Suramérica: i) la Comunidad Andina; ii) el Sistema de la Integración Centroamericana (en adelante, SICA); y, iii) el Mercado Común del Sur (en adelante, Mercosur).¹ Con este fin, se procede a explicar las diferencias estructurales de los tres procesos, el estado actual de los objetivos planteados en cada uno, con especial énfasis en si se han alcanzado las metas del Mercado Común o la Unión Económica, para finalmente, exponer algunas diferencias puntuales en las materias aduanera y tributaria.

1 El Sistema de Integración Centroamericana - SICA fue constituido mediante el «Protocolo de Tegucigalpa», firmado el 13 de diciembre de 1991 cual a su vez reforma la «Carta de Constitución de Estados Centroamericanos» (ODECA) suscrita en Panamá el 12 de diciembre de 1962; ii) La Comunidad Andina nació a través del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969; iii) el Mercado Común del Sur – Mercosur, fue creado mediante el «Tratado de Asunción» suscrito el 31 de diciembre de 1991. Otros procesos de integración tienen una generación más reciente: i) La Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos, conocida como ALBA, fue constituida el 14 de diciembre de 2004; ii) la Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR, nació con el Tratado Constitutivo de UNASUR del 23 de mayo de 2008; la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños - CELAC, se constituyó en la cumbre de Caracas de la Unidad de América Latina y el Caribe de 1 y 2 de diciembre de 2011; y la Alianza del Pacífico nació el 6 de junio de 2012 mediante la suscripción del «Acuerdo marco de la Alianza del Pacífico».

1. Los procesos de integración más antiguos de Centro y Suramérica - ¿Procesos supranacionales o intergubernamentales?

La Comunidad Andina fue creada mediante el Acuerdo de Integración Subregional Andino (en adelante, el Acuerdo de Cartagena) el 26 de mayo de 1969. Sus integrantes son los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El SICA, por su parte, —cuyos integrantes son los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Belice y República Dominicana— fue constituido mediante el Tratado de Tegucigalpa el 13 de diciembre de 1991; no obstante, su punto de partida es bastante anterior, y no es otro, que la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) creada el 14 de octubre de 1951. En cuanto al Mercosur, este se constituyó mediante el Tratado de Asunción el 31 de diciembre de 1991, y tiene por miembros plenos a Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

¿Cómo se desarrollan estos procesos de integración? ¿Acaso, los tres procesos tienen un carácter supranacional? ¿O son procesos que crean instituciones y su Derecho mediante una coordinación intergubernamental? Las respuestas a estas preguntas definen formas de actuar que en fondo y en forma conllevan consecuencias distintas, como se explica a continuación:

[U]na característica significativa de la integración es su posibilidad de desarrollarse de manera negativa o positiva. La integración negativa hace referencia al desmantelamiento de restricciones a los intercambios transfronterizos y a la distorsión de la competencia, mientras que la integración positiva implica políticas comunes que moldeen las condiciones en que funcionan los mercados. Esta distinción es significativa porque la primera puede alcanzarse a través de procedimientos intergubernamentales, pero la segunda requiere organizaciones o normas supranacionales.²

2 Malamud, Andrés. Conceptos, teorías y debates sobre la integración. Revista digital SciElo Analytics. Diciembre 2011. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35502011000200008

2. Un proceso de integración supranacional

El Magistrado Rafael Vergara Quintero, en una reciente obra por motivo de los 50 años de creación de la Comunidad Andina y los 40 años de su órgano jurisdiccional, explica la supranacionalidad de la siguiente manera:

Cuando se habla en los procesos de integración de «supranacionalidad» se hace referencia a la transferencia o traslado de competencias soberanas de los Países Miembros a los Órganos Internacionales que fueron creados mediante decisiones autónomas y soberanas por cada uno de ellos, como puede ser de manera parcial las funciones legislativas o judiciales de los Países Miembros.

Dentro de esta perspectiva, hay que señalar la supranacionalidad en el Sistema Jurídico de Integración entre Países, hace referencia a dos (2) conceptos:

- a. Un ordenamiento independiente y autónomo destinado a regular y a efectivizar los Acuerdos de Integración; por supuesto, estas normas son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados Miembros de la Comunidad.
- b. Un sistema de solución de controversias o un Tribunal permanente destinado a interpretar, aplicar y hacer efectivo el Derecho de la Integración. Es decir, un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y comunitario, como de suyo lo es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito.³

La supranacionalidad por otra parte, se manifiesta mediante el respeto a dos principios: el de aplicación inmediata y el carácter imperativo del derecho comunitario andino. Respecto a ellos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en variada Jurisprudencia—,⁴ ha explicado lo siguiente:

3 Vergara Quintero, Rafael. *Apuntes de Derecho Comunitario Andino: A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Editorial San Gregorio S.A. 2019: 137.

4 Ver, por ejemplo, la Interpretación Prejudicial emitida dentro del proceso 607-IP-2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3645 de 20 de mayo de 2019.

La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria tiene efectos en el orden interno, sin requerirse su incorporación al derecho nacional por acto interno y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla.

(...) ha de tenerse en cuenta, además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino (...)

(...) Estos [se refiere a los Estados Miembros] frente a la norma comunitaria, no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. (...)

3. Un proceso de integración intergubernamental

En contraposición, como bien se puede suponer, si en la supranacionalidad la característica fundamental es la cesión de competencias soberanas, en un proceso de integración de carácter intergubernamental, no hay tal traslado de competencias. Las instituciones con poder de decisión de un proceso intergubernamental son creadas por reunión de los funcionarios nacionales, es por ello que las resoluciones que estos adoptan provienen de un mandato gubernamental con objetivos nacionales, lo que implica a su vez que el accionar de cada funcionario no está necesariamente marcado por los intereses comunitarios. De la misma forma, si el proceso investido de supranacionalidad se manifiesta a través del respeto al principio de la aplicación inmediata de las normas adoptadas, en el proceso intergubernamental, es precisamente la ausencia de dicho principio el que

impone que las normas creadas a su seno adquieran vigencia tan solo después de que estas pasan por el tamiz del proceso legislativo interno de los Países Miembros.⁵

Considerando lo anterior, es posible distinguir que en la orilla de la supranacionalidad se encuentran la Comunidad Andina y el SICA — con sus matices—, mientras que el Mercosur constituye un proceso con carácter intergubernamental,⁶ como se verá a continuación.

En el caso del SICA, existen órganos con competencias de decisión que pueden emitir resoluciones que obligan a los Estados Miembros, tal es el caso del Consejo de Ministros. Asimismo, merece mención la Corte Centroamericana de Justicia, la cual está constituida como el órgano jurisdiccional del proceso de integración centroamericano que vela por el cumplimiento de su ordenamiento jurídico. No obstante esas características, es posible distinguir en el propio Tratado de Tegucigalpa disposiciones que de alguna manera aminoran el carácter supranacional;

5 Ver: Caldentey del Pozo, Pedro y Romero Rodríguez, José Juan (Eds.) *El SICA y la Unión Europea. La integración regional en una perspectiva comparada. Colección de estudios centroamericanos. Fundación ETEA para la Cooperación y el Desarrollo. El Salvador 2010*: 295 a 306.

6 Es importante, entonces, advertir que en un sistema comunitario supranacional no se eliminan totalmente los órganos y sus relaciones intergubernamentales porque, precisamente, la obligación originaria del Estado no desaparece y estará presente hasta que no exista una Constitución común que la asuma de la misma forma que la asumen las Constituciones nacionales. Claro está que las estructuras supranacionales, en tanto en cuanto cumplan con el bien común en las materias de su competencia, se justifican; de lo contrario, los Estados nacionales podrán estar en disposición de subrogar dicha falta e incluso quitársela a la organización política creada, por supuesto mediante los procedimientos establecidos para dicho fin en los tratados constitutivos de la organización. (...) [E]s importante la participación pluri-orgánica en los procesos de toma de decisión: aunque se tengan órganos con poderes de decisión y producción normativa, no se puede decir que se dispone de una estructura comunitaria mientras no se tengan intereses comunitarios en los mismos. Es decir, mientras no existan funcionarios que velen por los intereses comunitarios tampoco se tendrá un sistema comunitario sino, más bien, un sistema inclinado a las relaciones internacionales entre Estados igualmente soberanos.

Caldentey del Pozo, Pedro y Romero Rodríguez, José Juan (Eds.) *El SICA y la Unión Europea. La integración regional en una perspectiva comparada. Colección de estudios centroamericanos. Fundación ETEA para la Cooperación y el Desarrollo. El Salvador 2010*: 298 y 303.

así, por citar un ejemplo, el Artículo 22 de dicho instrumento que establece la obligatoriedad de las Decisiones del Consejo de Ministros, al mismo tiempo determina que estas pueden ser objetadas en su ejecución por disposiciones de orden legal.

Por otra parte, existen voces que han señalado que en el SICA no hay un órgano de decisión verdaderamente comunitario, con excepción del Comité Ejecutivo, cuya vocación es comunitaria, pero cuyos poderes no son de decisión. Razón que constituiría al SICA más en una estructura de carácter intergubernamental que en una comunitaria supranacional, pues los funcionarios velarían por los intereses de sus Estados en la integración, lo cual, de todos modos no deja de ser perfectamente válido.⁷ Por otra parte, también se sostiene que la Corte Centroamericana de Justicia si bien emite resoluciones de carácter vinculante con fines comunitarios, como es el control de legalidad del sistema, no puede ser considerada como una institución supranacional completa dentro de un sistema de integración, debido a que falta la ratificación de su Estatuto por parte de todos los integrantes del SICA⁸:

La Corte Centroamericana de Justicia es un órgano con suficiente autonomía, con poder de decisión y sus decisiones son obligatorias para los Estados miembros. Además, dicho Tribunal está integrado por un cuerpo colegiado de Magistrados, que persiguen fines comunitarios, específicamente, el control de la legalidad del sistema y la solución de los conflictos. No obstante, la falta de pertenencia de la totalidad de los países del SICA y la falta de competencia oficiosa para el control de la legalidad, anulan las características supranacionales antes relacionadas.⁹

7 Caldentey del Pozo, Pedro y Romero Rodríguez, José Juan (Eds.) El SICA y la Unión Europea. La integración regional en una perspectiva comparada. Colección de estudios centroamericanos. Fundación ETEA para la Cooperación y el Desarrollo. El Salvador 2010: 303.

8 El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia fue suscrito el 10 de diciembre de 1992 por todos los Estados Miembros del SICA, sin embargo, ha sido ratificado tan solo por cuatro Estados: El Salvador, Honduras, Nicaragua y Guatemala.

9 Caldentey del Pozo, Pedro y Romero Rodríguez, José Juan (Eds.) El SICA y la Unión Europea. La integración regional en una perspectiva comparada. Colección de estudios centroamericanos. Fundación ETEA para la Cooperación y el Desarrollo. El Salvador 2010): 305.

En lo que respecta a la Comunidad Andina, sus rasgos supranacionales son más claros. La supranacionalidad andina es palpable, como se anticipó, a través del respeto a los principios de aplicación inmediata, preeminencia de la normativa comunitaria, así como el control de la legalidad que ejerce el Tribunal Andino de Justicia.

Por efecto del primer principio no es necesario seguir un procedimiento o trámite especial de aprobación, recepción o incorporación de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General en los ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁰ En cuanto al segundo principio: la preeminencia de la norma, esta impone que la norma comunitaria sea aplicada de manera preferente respecto de las normas nacionales, en los casos en que éstas entren en conflicto, independientemente de su rango o naturaleza en el Derecho interno de cada País.¹¹

10 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. - Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 483 del 17 de septiembre de 1999.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

11 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 2-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 69, del 11 de octubre de 1990, en la que este Tribunal ha resaltado la importancia del principio de preeminencia de la normativa comunitaria, en los siguientes términos:

«El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno...»

A su vez, en el Proceso 1-IP-87 este órgano jurisdiccional enfatizó que el principio de preeminencia o aplicación preferente de la siguiente manera:

«2. PREEMINENCIA DEL DERECHO ANDINO

En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales,

El Mercosur, por su parte, es de carácter intergubernamental; así fue establecido en el «Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, Protocolo de Ouro Preto» (en adelante el Protocolo de Ouro Preto) que de forma expresa califica a la naturaleza de sus instituciones como intergubernamental.¹² Es por ello que en el Mercosur se ha establecido un proceso específico para dotar de vigencia a las normas que son asumidas dentro de su seno:

El Protocolo de Ouro Preto:

Artículo 40

Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

- i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;
- ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 de mayo-5 de junio 1980) cuando declaró la 'validez plena' de los siguientes conceptos: (...) b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros...»

- 12 Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, Protocolo de Ouro Preto. - Artículo 2.- son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: El Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

(...)

Artículo 42

Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

4. Los objetivos de cada proceso de integración

No puede dejarse de lado, en miras de efectuar una comparación de las disposiciones aduaneras y tributarias de la Comunidad Andina, el SICA y el Mercosur, una explicación sobre los objetivos que cada uno de estos procesos de integración persigue, pues, esta definición permite valorar de forma adecuada cada uno de los avances logrados en los tres espacios.

En primer lugar, un punto en común: los tres procesos proclaman, en sus distintos tratados constitutivos, el compromiso de sus integrantes de promover o fortalecer el proceso de integración como un medio para alcanzar el desarrollo económico de sus pueblos:

El tratado constitutivo del SICA - el «Tratado de Tegucigalpa»:

Artículo 3. EL SISTEMA DE LA INTEGRACION CENTROAMERICANA tiene por objetivo fundamental la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.

El tratado constitutivo de la Comunidad Andina, el «Acuerdo de Integración Subregional Andino»¹³:

Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

El tratado constitutivo del Mercosur, el «Tratado de Asunción»:

[Los Estados Partes] CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social;

En segundo lugar, una diferencia, esta vez entre la Comunidad Andina y el Mercosur por un parte, y el SICA por otra: Los tratados constitutivos de la Comunidad Andina y del Mercosur de forma expresa tienen como objetivo la constitución de un Mercado Común. El tratado Mercosur, por ejemplo, no puede ser más explícito en dicha intención, el título completo de dicho acuerdo es: «Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay»; mientras que, el Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece que el propósito de los Estados Partes es la formación gradual de un mercado común latinoamericano. En cambio, el tratado constitutivo del SICA no pretende alcanzar un Mercado Común, su aspiración parecería ser más ambiciosa. Así consta en el Artículo 3 del Tratado de Tegucigalpa, en el que se plasma como objetivo de los Estados que lo suscriben la constitución de una Unión Económica, es decir uno de los estadios más ambiciosos de la integración.¹⁴

13 En adelante, el Acuerdo de Cartagena.

14 «Integrarse con otro país significa renunciar a grados de libertad con la expectativa

¿Se han alcanzado esos objetivos? Lamentablemente, la respuesta es no. Al menos no completamente. Ninguno de los tres procesos ha logrado crear un mercado común pleno, ni una unión económica. Sin embargo, esto no quiere decir que estos procesos de integración no hayan avanzado en pos de dicho objetivo.

que los beneficios lo justificaran. La Unión Europea es la expresión del mayor proceso de integración económico, monetario y social de la historia reciente, pero existen otras modalidades de integración menos completas:

Zona de libre comercio. En este modelo los países que se integran eliminan totalmente las barreras arancelarias y no arancelarias entre ellos pero mantienen independencia en la política comercial que aplican respecto al resto del mundo.

Unión aduanera. Los Países Miembros, además de eliminar las barreras al comercio, definen una política comercial común con el resto del mundo. Esto se realiza a través de varias herramientas, una de ellas es el Arancel Externo Común, y otra la definición de una estrategia de negociación común entre sus integrantes con respecto al resto del mundo.

Mercado común. En este caso, además de las definiciones establecidas para el caso de una Unión aduanera, se define la libre circulación a su interior, no solo de bienes, sino también de personas y capitales. El Mercosur en sus documentos constitutivos se define como Mercado común, pero en realidad se asemeja más a una Unión aduanera imperfecta. La imperfección fundamental es que los miembros del Mercosur mantienen un número importante de excepciones donde no rige el Arancel Externo Común sino un arancel fijado a nivel nacional.

Unión económica. Los Países Miembros, además de contar con los mismos derechos y obligaciones propios de un Mercado común, establecen la unificación completa de las políticas monetarias y fiscales. Para poder llevar a cabo estos puntos, definen una autoridad supranacional que controla a los Países Miembros en todos aquellos puntos acordados. Dentro de este nivel, los países pueden llegar o no, a unificar sus monedas. Tal es el caso de la Unión Europea (UE) región en la que 13 de 15 miembros pasaron a utilizar el Euro como moneda.

Integración política completa: el concepto final de este grupo es que el área integrada se transforma en una única nación, estableciendo una autoridad central con un nivel jerárquico similar al del gobierno de una nación.»

Laborde Noel María, Veiga Leonardo. «La integración económica: Desde las zonas de libre comercio hasta la integración política completa». Revista de Antiguos Alumnos del EEM (junio 2010): https://www.researchgate.net/profile/Leonardo_Veiga2/publication/45226210_La_integracion_economica_desde_las_zonas_de_libre_comercio_hasta_la_integracion_politica_completa/links/0deec5252c4673fa5900000/La-integracion-economica-desde-las-zonas-de-libre-comercio-hasta-la-integracion-politica-completa.pdf

Un paso directo hacia el Mercado Común dentro la Comunidad Andina son las Decisiones relativas a su política arancelaria en donde se legisló respecto el Arancel Externo Común (en adelante, AEC). No obstante, es necesario decir que lamentablemente dichas Decisiones no han sido aplicadas, como así lo demuestra la existencia de la Decisión 805¹⁵, —última Decisión concerniente a la Política Arancelaria— en la que se reconoce, en su parte considerativa, que se ha aplazado la adopción del AEC hasta que se asegure la flexibilidad de cada País Miembro en la aplicación de niveles arancelarios comunes y se establezca una política arancelaria en la que converjan todos los Países Miembros (a pesar de que el Artículo 81 del Acuerdo de Cartagena declara el compromiso de sus miembros de aplicarlo); en consecuencia, ordena se deje sin efecto las Decisiones 370, 465 y 535, las cuales fijaban la estructura del AEC y establecían plazos para su implementación¹⁶.

En todo caso, sí se han alcanzado metas. La implementación del programa de liberación¹⁷ es uno de los logros más significativos. A través

-
- 15 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 2493 de 28 de abril de 2015. «La Decisión 805, aprobada en el 2015, suspende el Arancel Externo Común (AEC), faculta a los Países Miembros la aplicación voluntaria del Sistema Andino de Franja de Precios, mantiene la vigencia del Convenio Automotor y reitera la remisión a la SGCAN de los aranceles nacionales y preferencias otorgadas, aplicados al 31 de enero de cada año.» Ver: Dimensión Económica y Social de la Comunidad Andina - 2019, (Edición Secretaría General de la Comunidad Andina 2019). 14.
- 16 Las Decisiones 370, 465, 535 fueron publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena N.º 166 de 2 de diciembre de 1994, N.º 445 el 2 de junio de 1999; y N.º 854 de 16 de octubre de 2002, respectivamente.
- 17 **Acuerdo de Cartagena. -**
Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:
(...)
d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980; (...)
Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.
Artículo 73.- Se entenderá por «gravámenes» los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

de dicho programa, los Países Miembros de la subregión andina se han comprometido a la eliminación de todo tipo de restricciones o gravámenes, así como, a no dar un trato menos favorable que el dado a productos similares nacionales en materia de impuestos internos¹⁸, lo que permite establecer una plataforma de las relaciones comerciales intracomunitarias.

Otra característica que afecta directa y positivamente a la actividad aduanera es la adopción de normas de origen. La Comunidad Andina ha emitido la Decisión 416, que contiene normas especiales para la calificación y certificación del origen de las mercancías; la Decisión 417, relativa a los criterios y procedimientos para la fijación de requisitos específicos de origen; la Decisión 775, sobre condiciones para la emisión y recepción de certificados de origen digital; y la Decisión 799, con la cual se modificaron los artículos 15, 21 y 22 de la Decisión 416.¹⁹

En cuanto a la facilitación al Comercio, la Comunidad Andina tiene abundante normativa destinada a promover que las administraciones aduaneras de los Países Miembros desarrollen sus servicios, tanto en el comercio intracomunitario como con terceros países, bajo

Se entenderá por «restricciones de todo orden» cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

18 Acuerdo de Cartagena. -

Artículo 75.- En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales.

19 Ver <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=324&tipo=TE&title=origen>

procedimientos comunes y armonizados, en concordancia con los instrumentos y estándares internacionales que existen sobre la materia, contribuyendo a mejorar la eficiencia en el cumplimiento de la legislación y control aduanero.²⁰ Destaca en este campo la existencia de la Nomenclatura Común (NANDINA), la cual se basa en Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1988. Esta nomenclatura fue aprobada mediante la Decisión 249 el 21 de julio de 1989 y ha sido actualizada constantemente, siendo su última modificación la ocurrida mediante la Decisión 834 de 18 de diciembre de 2018²¹.

Otro aspecto referente a facilitación al Comercio es la Valoración Aduanera, la cual ha sido implementada a través de la Decisión 571. A través de dicha Decisión se adopta como normativa subregional el Acuerdo sobre Valoración de la Organización Mundial del Comercio (OMC).²² Otras normas relativas a este tema, son; la Resolución 1684 y su modificatoria 1828, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, que reglamentan la aplicación del valor en aduana de las mercancías importadas al Territorio Aduanero Comunitario, así como los procedimientos de aplicación de la Decisión 571; también es pertinente la Resolución 1952 referente a Declaración Andina del Valor, la cual incorpora el formato electrónico para dicha declaración; y, la Resolución 1456, que establece los criterios para determinar el valor en aduana en ciertos casos especiales en

20 Ver: Dimensión Económica y Social de la Comunidad Andina - 2019, (Edición Secretaría General de la Comunidad Andina 2019). 13.

21 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3483 de 18 de diciembre de 2018.

22 Decisión 571, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Artículo 1.- Base legal. Para los efectos de la valoración aduanera, los Países Miembros de la Comunidad Andina se regirán por lo dispuesto en el texto del «Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994», en adelante llamado Acuerdo sobre Valoración de la OMC anexo a esta Decisión, por la presente Decisión y su Reglamento Comunitario que al efecto se adopte mediante Resolución de la Secretaría General.

los que no sea posible aplicar los métodos²³ de valoración aduanera que por referencia son adoptados en la Decisión 571.²⁴

También merecen mención las Decisiones 618 y 670, las cuales están destinadas a armonizar los procedimientos y formalidades exigibles en el ingreso y salida de las mercancías y medios de transporte, la adopción a nivel andino del Documento Único Aduanero (DUA), que unifica la Declaración Aduanera y estandariza datos de las operaciones comerciales.

Finalmente, otra norma de especial relevancia en materia aduanera es la Decisión 848, que reemplazó a la Decisión 671 de 16 de julio de 2007²⁵. La Decisión 848 tiene por objetivo incrementar la eficiencia de las administraciones aduaneras, y se la adoptó tomando como base el hecho que los Países Miembros de la Comunidad Andina son miembros de la Organización Mundial de Aduanas y que estos convinieron en utilizar varias normas y prácticas recomendadas del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Protocolo de Enmienda del Convenio de Kyoto, Revisado de 1999).²⁶

23 Decisión 571, Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Artículo 2.- Valor en Aduana.

El valor en aduana de las mercancías importadas será *determinado de conformidad con los métodos establecidos en los artículos 1 a 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC* y sus respectivas Notas Interpretativas, teniendo en cuenta los lineamientos generales del mismo Acuerdo, de la presente Decisión y su reglamento.

Artículo 3.- Métodos para determinar el valor en aduana.

De conformidad con lo establecido por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la percepción de los derechos e impuestos a la importación, son los siguientes:

1. Primer Método: Valor de Transacción de las mercancías importadas.
2. Segundo Método: Valor de Transacción de mercancías idénticas.
3. Tercer Método: Valor de Transacción de mercancías similares.
4. Cuarto Método: Método del Valor Deductivo.
5. Quinto Método: Método del Valor Reconstruido.
6. Sexto Método: Método del “Último Recurso”.

24 <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=323&tipo=TE&title=-facilitacion-del-comercio-y-aduanas>

25 La Decisión 848 fue publicada Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3699 de 26 de julio de 2019. Decisión 671, publicada Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1520 de 16 de julio de 2007.

26 *Ibidem*, ver considerandos 2 y 3.

En cuanto al Mercosur, se ha calificado a este proceso como una Unión Aduanera imperfecta, en razón de que ella mantiene aranceles algo elevados, un escalonamiento relativamente alto en insumos, bienes intermedios y existen múltiples perforaciones del AEC que nacieron con el objetivo de ser transitorias, pero que, además de convertirse en permanentes, se han multiplicado a lo largo del tiempo.²⁷

No obstante, al igual que los otros procesos de integración que se comentan, los avances del Mercosur no son pocos. En primer lugar, existe un AEC, que si bien mantiene varias excepciones, está siendo aplicado por los Países Miembros. Por otra parte, los Estados Parte del Mercosur mantienen una nomenclatura común basada en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de mercaderías bajo la denominación de Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM).²⁸ También existen normas que establecen un régimen de origen para diferenciar las mercaderías originarias de la Región, el cual está contenido en la Decisión DMC N.º 1/2009 «Régimen de Origen de Mercosur» de fecha 23 de julio de 2009, (vigente desde el año 2015).²⁹

Además de lo expuesto, se han regulado más de 25 Regímenes Aduaneros Comunes, es decir, aprobados y vigentes en los cuatro Estados Parte fundadores, entre los que se destacan: el Régimen de Equipaje; Circulación de Bienes Culturales; Circulación de Material Promocional; Régimen de Valoración Aduanera de la Mercadería; Transporte de encomiendas en ómnibus de pasajeros; entre otros.³⁰

Asimismo, el Mercosur emitió, en 1994, el «Acuerdo de alcance parcial para la Facilitación de Comercio», conocido como el Acuerdo de

27 Rozember, R. y Gayá, R.: Mercosur en tiempos de cambio: implicaciones para la negociación con la Unión Europea, Documento de Trabajo, N.º 9 (2a época), Madrid, Fundación Carolina (2019): 5.

28 Juárez, Hugo Héctor; Legislación Aduanera del Mercosur – Recopilación y ordenamiento de las normas aduaneras relevantes dictadas en el ámbito del Mercosur. 1 de agosto de 2015: 8

29 Ver: <https://www.mercosur.int/politica-comercial/regimen-de-origen-del-mercursosur/>

30 Juárez, Hugo Héctor; Legislación Aduanera del Mercosur – Recopilación y ordenamiento de las normas aduaneras relevantes dictadas en el ámbito del Mercosur. 1 de agosto de 2015: 9

Recife, el cual a su vez ha sido complementado por varios protocolos adicionales.³¹

Por otra parte, el Código Aduanero del Mercosur, aprobado por Decisión CMC N° 27/10, no ha ocurrido con la misma suerte. Este código en donde con profundidad se establecen conceptos e instituciones, pese al esfuerzo legislativo que debió significar su redacción, no está vigente, ya que tan solo ha sido aprobado por Argentina, en el año 2012, y Brasil, en el año 2018.³²

En el caso del SICA debe resaltarse la existencia de algunos cuerpos normativos, como son: el Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero, mediante el cual se crea, por ejemplo, un órgano técnico conformado por los Directores Generales de Aduanas conocido como Comité Aduanero Centroamericano;³³ el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA) y su Reglamento. Además, el SICA cuenta con normativa como el Reglamento para la Determinación del Origen de las Mercancías, Reglamento Centroamericano sobre la Valoración Aduanera de las Mercancías, Reglamento sobre el Régimen de Tránsito Aduanero Internacional.³⁴ Es decir cuenta con varias disposiciones destinadas a facilitar el comercio y reglar el control aduanero; pero quizá, al día de hoy, el hito más evidente para la región centroamericana es la creación de la Unión Aduanera entre Guatemala y Honduras.

5. La primera Unión Aduanera del Continente Americano

Es imprescindible resaltar que al amparo del SICA se implementó, desde el año 2017, la Unión Aduanera entre Guatemala y Honduras (El Salvador se encuentra en fase de incorporación).³⁵ Su antecedente constitutivo se encuentra en el párrafo 10 de la Declaración de la Reunión de Presidentes de del SICA —su órgano máximo—, efectuada el 17

31 <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

32 <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2111>

33 Informe de Resultados del año 2019 del Comité Aduanero Centro Americano: 5. Disponible en: <https://portal.sat.gob.gt/portal/noticias/informe-de-resultados-comite-aduanero-centroamericano/>

34 https://www.sica.int/sica/vistazo/actos_normativos.aspx

35 Ver: <https://www.sica.int/iniciativas/aduanas>

de diciembre de 2014 en la ciudad de Plasencia, en la cual los Jefes de Estado instruyeron a sus Ministros a establecer una hoja de ruta para el establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana. Esta Declaración fue acompañada del compromiso de Honduras y Guatemala de concretar dicho estadio de integración, el cual se consolidó a través del «Protocolo Habilitante para el Proceso de Integración Profunda hacia el Libre Tránsito de Mercancías y de Personas Naturales entre las Repúblicas de Guatemala y Honduras», suscrito el 10 de abril del 2015.

La Unión Aduanera entre Honduras y Guatemala es una realidad. Está en vigencia desde año 2017, y tiene entre sus principales características las siguientes:³⁶

- * Se constituye un Territorio Aduanero Único.
- * Se establecen puestos fronterizos integrados, es decir, lugares específicos en los que existen «Centros de Control y de Facilitación del Comercio», en donde se aplican las disposiciones legales, reglamentarias administrativas en las materias aduanera, tributaria, migratoria, sanitaria y fitosanitaria, así como las demás materias involucradas de Honduras y Guatemala, entendiéndose que la jurisdicción y competencia de los órganos y funcionarios de cualquiera de los Estados se extiende hasta dichos puestos.
- * Se aplica una Plataforma informática comunitaria.
- * Se aplica la Factura y Declaración Única Centroamericana: FYDUCA, instrumento informático que elimina los procedimientos aduaneros en las fronteras para las mercancías de libre circulación.
- * Se realiza el control de mercancías exceptuadas de la libre circulación.

La Unión Aduanera, si bien por lo pronto solo incluye a dos de los integrantes del SICA, altera notoriamente la comparación entre el SICA

36 Ver: <https://portal.sat.gob.gt/portal/union-aduanera/> y https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/presentacion_sieca_0.pdf

y la Comunidad Andina y el Mercosur, pues implica un salto cualitativo no solo en la valoración general que se puede hacer sobre la profundidad de las metas alcanzadas en camino a la integración, sino en el esquema general de la gestión aduanera y tributaria creada como efecto del SICA. Su existencia es alentadora, como así señalan las proyecciones establecidas en un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, del año 2018:

Se concluye que, la unificación de los territorios aduaneros de Honduras y Guatemala impulsaría la producción y el comercio, y aumentaría la recaudación tributaria por el aumento de las importaciones. Los efectos esperados sobre el empleo, la pobreza y la indigencia también serían favorables, al aumentar la ocupación y reducirse el número de hogares en pobreza e indigencia en ambos países. Estos resultados se amplían cada vez que los territorios aduaneros se expanden. De modo que una Unión Aduanera entre los tres países del Triángulo Norte [hace referencia a la incorporación de El Salvador en la Unión Aduanera] resultaría de mayor beneficio en términos de producción y bienestar para todos los Países Miembros.³⁷

6. El Derecho aduanero en los procesos de integración, una comparación a propósito del control aduanero

Como primer antecedente del Régimen de Control Aduanero de la Comunidad Andina se destaca la Decisión 574. Dicha Decisión constituyó, desde el año 2003, la norma con la cual se establecieron conceptos uniformes y competencias comunes a todas las autoridades aduaneras de los Países Miembros, y fue producto de la labor efectuada por el Grupo de Expertos de Fraude Aduanero y el Comité Andino de Asistencia Mutua y Cooperación.³⁸

La norma vigente que establece cuál es el Régimen Sobre Control Aduanero de la Comunidad Andina es la Decisión 778

37 Durán Lima, José. La Unión Aduanera Centroamericana: probables impactos económicos y sociales. Comisión Económica para América Latina y el Caribe – noviembre 2018: 31.

38 Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1023 de 15 de diciembre de 2003.

(norma modificatoria de la Decisión 574). Esta norma, al igual que su predecesora establece disposiciones que las administraciones aduaneras internas de cada país miembro deben cumplir para el ejercicio de las operaciones de comercio exterior, contiene definiciones sobre el control aduanero, y además puntualiza que este podrá realizarse en las siguientes fases (Artículo 7): a) Control anterior, mismo que será ejercido por la administración aduanera antes de la recepción de la declaración aduanera de las mercancías; b) Control durante el despacho, el cual comienza desde la recepción de la declaración aduanera, hasta el momento del levante o embarque de las mercancías; c) Control posterior, ejercido a partir del levante o del embarque de las mercancías despachadas para darles un determinado régimen aduanero. Además, la Decisión cubre aspectos relacionados a mercancías, unidades de transporte, unidades de carga y personas, y detalla que el control aduanero se deberá aplicar al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida.³⁹

Un aspecto importante de la Decisión 778 es su Título II, el cual contiene una lista exhaustiva de facultades que las autoridades aduaneras de cada país miembro pueden realizar. Entre estas facultades —que son adicionales a las facultades que reconoce la legislación interna— están las competencias de investigación y control; es así que, por ejemplo, por mandato de esta Decisión, las autoridades aduaneras tienen capacidad para realizar investigaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, solicitar información a toda persona natural o jurídica, sancionar — de conformidad con su legislación interna—, y ordenar mediante acto administrativo el registro, inspección o visita, de lugares tales como, establecimientos comerciales, medios de transporte, y otros.

Adicionalmente, como ya se dijo, tiene especial relevancia en el tratamiento aduanero de la Comunidad Andina, la Decisión 848. Dicha norma armoniza los regímenes aduaneros de los Países Miembros mediante definiciones esenciales, como control aduanero o potestad aduanera, pero también cubriendo aspectos relativos al ingreso,

39 Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 2113 de 7 de noviembre de 2012.

permanencia, traslado y salida de las mercancías hacia y desde el territorio aduanero comunitario (Artículo 1).

En el Mercosur la norma vigente es la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N.º 50/04 (en adelante, la Decisión 50), vigente desde el 9 de julio de 2009. Esta norma no ha previsto el desarrollo del control aduanero por fases tal como sucede en la normativa andina, pero determina con claridad que el control aduanero se realiza durante la entrada, ingreso y salidas de las mercancías. La norma ha sido redactada a forma de un espejo, en una primera parte se establece la facultad de las autoridades aduaneras para ejercer el control aduanero dentro del Mercosur (Artículo 1), una vez que se efectúa la introducción de las mercancías al territorio aduanero, lo que incluye la totalidad de la carga transportada, así como las unidades de carga y medios de transporte que la conduzcan, momento de la llegada, descarga, depósito temporario, y examen previo. En una segunda parte, la norma establece la facultad para ejercer el control aduanero para el egreso de mercancías sin importar su modo o medio, lo que se realiza en las unidades de carga y medios de transporte (Artículo 34). En lo que respecta al resto de la norma, las disposiciones cubren aspectos como: el depósito temporario, el depósito documental, el análisis físico, o la verificación de mercadería, entre otros.⁴⁰

Como corolario a este vistazo entre la normativa Andina y la del Mercosur, se puede añadir que la Comunidad Andina, en cuanto a su producción legislativa, ha alcanzado un nivel de armonización más profundo que el Mercosur. Por ejemplo, a través de la Decisión 848 se tocan materias que no existen en la Decisión 50, tales como las relativas a las obligaciones impositivas y recargos, por citar dos ejemplos (Artículo 27 y Artículo 28 de la referida Decisión 848), lo cual de todos modos no debe causar extrañeza. Son, después de todo, normas con objetivos distintos, la Decisión Andina trata sobre los regímenes, mientras que la del Mercosur reglamenta el Despacho aduanero. Distinta sería la comparación si el código aduanero del Mercosur estuviera vigente.

En lo que respecta al SICA, merece resaltarse la existencia del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (en adelante, el CAUCA)

40 <https://normas.mercosur.int/public/normativas/881>

y su Reglamento, los cuales constituyen normas que abarcan, con similar profundidad a las de la Comunidad Andina, aspectos esenciales de la materia aduanera, entre los que también se incluyen aspectos impositivos como la definición de la base imponible o la determinación de la obligación tributaria aduanera (Artículos 30 y 31 del CAUCA). Adicionalmente, el SICA cuenta con el Reglamento para la Determinación del Origen de las Mercancías, Reglamento Centroamericano sobre la Valoración Aduanera de las Mercancías, Reglamento sobre el Régimen de Transito Aduanero Internacional; y además, un Convenio de Asistencia Mutua y Cooperación Técnica entre las administraciones aduaneras de Centroamérica, que han adoptado mecanismos modernos de control aduanera y tributario⁴¹, e intercambio de información, aunque esto último no sucede de forma automática.⁴²

No obstante la existencia de normativa como el CAUCA, su Reglamento y el Convenio para el intercambio de información, se ha sostenido que el proceso de integración del SICA en materia aduanera tiene falencias. Oscar Funes, por ejemplo, afirma lo siguiente:

En el SICA el proceso de integración ha logrado avances en el área de normativa aduanera, disponiendo de varios instrumentos legales, pero pocos de ellos se aplican plenamente y de forma homogénea. La reducida materialización de las medidas de facilitación, el fortalecimiento institucional y el control aduanero se evidencian en que las administraciones aduaneras centroamericanas únicamente cooperan y en algunos temas convergen, pero en general de manera poco sistemática.⁴³

En todo caso, como comentario final a esta sección, es imposible afirmar que uno u otro proceso haya alcanzado una integración completa en la gestión aduanera. No, no será posible efectuar tal afirmación mientras no se alcancen los objetivos que la Comunidad Andina, el SICA y el Mercosur

41 Disponible en: https://www.sica.int/documentos/convenio-de-asistencia-mutua-y-cooperacion-tecnica-entre-la-administracion-tributaria-y-aduaneras-de-centroamerica_1_74160.html

42 Funes, Oscar. Retos de la Unión Aduanera en Centroamericana. Serie Estudios y Perspectivas. Cepal octubre 2011: 17.

43 Ibídem: 17, 18.

plantearon en sus tratados constitutivos; hasta que esto no suceda, siempre se podrá considerar que los avances son insuficientes, sobre todo cuando a pesar de las décadas transcurridas desde su creación, ni la Comunidad Andina ni el Mercosur han alcanzado el Mercado Común, ni el SICA ha consolidado su Unión Económica.

7. El Derecho Tributario en los tres procesos de integración

La Comunidad Andina cuenta con normas armonizadas en materia de tributación. Destaca entre ellas la Decisión 578, de 4 de mayo del 2004, la cual contiene el Régimen para evitar la doble tributación, prevenir la evasión fiscal, fomentar los intercambios comerciales entre los Países Miembros y atraer la inversión extranjera dentro de la Comunidad Andina, cuyo ámbito de acción se centra en el impuesto a la renta, y mantiene como regla general gravar las rentas en la fuente productora. Asimismo, en cuanto al patrimonio, esta Decisión determina que el único competente para gravarlo es el país miembro en donde se encuentra ubicado.⁴⁴

Por su parte, merecen mencionarse la Decisión 599 «Armonización de los Aspectos Sustantivos y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado», y la Decisión 600 «Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo», de 12 de julio de 2004. La primera define aspectos sustanciales, por no decir esenciales en la relación tributaria, como, por ejemplo: cuáles son los aspectos materiales, personales y temporales del hecho generador, determina la aplicación de la regla de territorialidad, la definición de lo que constituye la base gravable, junto con asuntos procedimentales, como los requisitos mínimos de las facturas. La segunda

44 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1063 de 4 de mayo de 2004.- Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal
Artículo 3.-

Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión.

Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio.

Decisión también contiene aspectos de fondo, pero sobre los impuestos de tipo selectivo al consumo; asimismo, establece conceptos como qué es el hecho generador, quién es el sujeto pasivo, etc.⁴⁵

En definitiva, se puede concluir que en materia tributaria la Comunidad Andina ha hecho esfuerzos para contar con normas armonizadas que se encuentran vigentes en los cuatro Países Miembros. Estas normas abarcan aspectos como la doble tributación, los impuestos patrimoniales, y los de valor agregado, así como los concernientes a consumos especiales.

En lo que respecta al SICA, a nivel de tratados, no existe una producción normativa similar a la de la Comunidad Andina. Sí, existen algunas tendencias de armonización derivadas como es el caso de la suscripción de convenios de intercambio de información para llenar el estándar de transparencia de la OCDE⁴⁶ e instrumentos con propósitos armonizadores a nivel regional, como es el caso del «Convenio de Compatibilización de los Tributos Internos Aplicables al Comercio entre los Estados Parte de la Unión Aduanera Centroamericana», cuyo objetivo principal es viabilizar el cobro del IVA, de los Impuestos Selectivos al Consumo y el Impuesto Sobre la Renta, en un esquema de Unión Aduanera;⁴⁷ sin embargo, este instrumento no está vigente, en razón que tan solo ha sido ratificado por Guatemala⁴⁸.

En cuanto a los convenios para eliminar la doble tributación, el proceso de integración Centroamericano no ha llegado a consolidar un régimen. En este caso, son los países los que han suscrito Convenios de este tipo, de carácter bilateral con terceros países. Un detalle de la situación actual sería el siguiente:

45 Las dos Decisiones fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1093 de 16 de julio de 2004.-

46 A. Torrealba Navas, El papel de la fiscalidad en la integración económica centroamericana, in *European Tax Studies*, 2016, No. 1, (ste.unibo.it), pp. 113-138, DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/7833:137>.

47 Funes, Oscar. Retos de la Unión Aduanera en Centroamericana. Serie Estudios y Perspectivas. Cepal octubre 2011: 15.

48 https://www.sica.int/documentos/convenio-de-compatibilizacion-de-los-tributos-internos-aplicables-al-comercio-entre-los-estados-parte-de-la-union-aduanera-centroamericana-punta-cana-republica-dominicana-30-06-06_1_10152.html

Costa Rica y El Salvador tienen en vigencia, cada uno, solo un Convenio para eliminar la doble imposición, a saber, el suscrito con el Reino de España. Panamá es el país con una red mayor, contando con nueve (España, México, Países Bajos, Corea, Barbados, Luxemburgo, Qatar, Singapur y Portugal), lo cual obedece a que este país optó como estrategia para salir de la lista gris de jurisdicciones no cooperantes de la OCDE, la suscripción de este tipo de convenios. Los demás países, Guatemala, Honduras y Nicaragua no tienen convenios de este tipo. Es solo a nivel de *soft law*, que encontramos una iniciativa proveniente del Sistema de Integración Centroamericana: el llamado Grupo de Trabajo de Política Tributaria, aprobó, en su reunión de marzo de 2006, un Modelo de Tratados de Doble Tributación en la Región Centroamericana y República Dominicana, que combina características del modelo OCDE y del modelo de la ONU, cuyo contexto fue la búsqueda de una negociación conjunta –no cristalizada aun- de convenios de doble tributación con los Estados Unidos.⁴⁹

En virtud de lo anterior, podemos concluir que a nivel del SICA, si bien se han realizado esfuerzos para contar con norma armonizada y única, la falta de ratificación del «Convenio de Compatibilización de los Tributos Internos Aplicables al Comercio entre los Estados Parte de la Unión Aduanera Centroamericana» ha tornado, por lo pronto, en estéril dicho intento. Así también, no hay norma común respecto a los impuestos generados por renta, IVA o consumos especiales.

En cuanto al Mercosur, el siguiente análisis se centra en la doble imposición. Esto porque no existe normativa común sobre los impuestos de renta, IVA o consumos especiales⁵⁰; mientras que en el campo de la doble tributación sí es distinguible un esfuerzo para evitar que esta

49 A. Torrealba Navas, El papel de la fiscalidad en la integración económica centroamericana, in *European Tax Studies*, 2016, No. 1, (ste.unibo.it), pp. 113-138, DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/7833>: 136 [Nota: La actualidad de la información transcrita fue comprobada mediante búsqueda en internet realizada el 24 de octubre de 2020].

50 Santana Arrais, Gerson. La eliminación de doble imposición tributaria en el ámbito de Mercosur para efectivizar la política de Libre Comercio. *Revista Científica FASETE* 2019.1: 160.

práctica erosione la posibilidad de que el Mercosur se constituya en un Mercado Común.

El problema que acarrea la doble tributación para el Mercosur es explicado por el Santana Arrais de la siguiente forma: «un producto que entraba en Brasil sufría el cobro de la TEC [término utilizado por Santana para abreviar: Tarifa Externa Común, el cual a lo largo de este artículo ha sido referido como Arancel Externo Común o AEC], y si era vendido a uno de los otros miembros del MERCOSUR, sufría nuevamente, la misma suerte de tributación al adentrar al territorio del Estado-Parte adquirente.»⁵¹

La norma que permite la eliminación de la doble imposición en el Mercosur es la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N.º 54/04, de 16 de diciembre de 2010, titulada: «Eliminación del doble cobro del AEC y distribución de la renta Aduanera», cuyo Artículo 1 establece:

Art. 1 - Los bienes importados desde terceros países por un Estado Parte del MERCOSUR, que cumplan con la política arancelaria común del MERCOSUR, recibirán el tratamiento de bienes originarios, tanto en lo que respecta a su circulación dentro del MERCOSUR, como a su incorporación en procesos productivos, en los términos definidos en la presente Decisión y sus reglamentaciones.

Se entiende por cumplimiento de la política arancelaria común el pago del AEC, en oportunidad de la importación definitiva, o, cuando corresponda, del arancel resultante de la aplicación de la misma preferencia arancelaria sobre el AEC, por todos los Estados Partes del MERCOSUR en los acuerdos comerciales suscritos con terceros países, o las medidas comunes resultantes de la aplicación de instrumento de defensa comercial.

(...)

51 Ibidem.

Esta norma, vigente desde el 13 de mayo de 2012,⁵² ha sido reglamentada mediante la Decisión 37/05, la cual en sus dos anexos establece las posiciones arancelarias de Nomenclatura Común del Sur (NCM) que tienen un AEC 0%; y los países o grupos de países que tienen una preferencia arancelaria del 100% en todos los países del Mercosur, mediante los acuerdos suscriptos por esta con dichos países o grupos de países. Estos anexos, a su vez, fueron recientemente reemplazados por la Directiva CCM N.º 20/20, en la cual se incorporan posiciones arancelarias para importar desde Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Egipto, India, Israel, Perú, SACU (Unión Aduanera del Sur de África) y Venezuela.⁵³

De la existencia de la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N.º 54/04, se puede efectuar algunas conclusiones. La primera, que no es imprescindible el mecanismo supranacional para establecer normas de aplicación general entre varios países; la segunda, que un proceso de integración comercial, sobre todo uno que apunta al Mercado Común, debe lidiar con problemas pragmáticos, como es el caso de la Doble Tributación, hecho que, si bien genera ingresos para las administraciones tributarias involucradas, tiene un efecto disuasivo para el comercio dentro del bloque.

Conclusiones

En cuanto a las conclusiones finales del presente artículo, bien se puede sostener que entre los tres procesos de integración comentados, el SICA y la Comunidad Andina mantienen por su carácter supranacional mayores similitudes entre sí que las que puede tener cada uno con el Mercosur. No obstante, la Comunidad Andina tiene una mayor producción normativa en los campos aduanero y tributario, ha logrado concretar norma armonizada; y, sobre todo, dar vigencia a esas disposiciones. El SICA, en cambio, no ha tenido una producción similar. No obstante, ha dado un paso cualitativo importante hacia la integración al dirigirse hacia una Unión Aduanera que pretende integrar en algún momento a todos los países del SICA. El Mercosur por su parte, dado el carácter intergubernamental de las

52 <https://normas.mercosur.int/public/normativas/885>

53 Ver: <http://rm-forwarding.com/2020/10/20/eliminacion-del-doble-cobro-del-aran-cel-externo-comun-aec-en-el-externo/> y <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

relaciones entre sus miembros, no ha conseguido la vigencia de importantes normas, como es su Código Aduanero, pero ha logrado lidiar con aspectos pragmáticos como el despacho aduanero o la doble imposición.

Referencias bibliográficas

Caldentey del Pozo, Pedro y Romero Rodríguez, José Juan (Eds.) El SICA y la Unión Europea. La integración regional en una perspectiva comparada. Colección de estudios centroamericanos. Fundación ETEA para la Cooperación y el Desarrollo. El Salvador 2010.

Dimensión Económica y Social de la Comunidad Andina - 2019, (Edición Secretaría General de la Comunidad Andina 2019).

Durán Lima, José. La Unión Aduanera Centroamericana: probables impactos económicos y sociales. Comisión Económica para América Latina y el Caribe –2018.

Informe de Resultados del año 2019 del Comité Aduanero Centro Americano.

Interpretación Prejudicial emitida dentro del proceso 607-IP-2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3645 de 20 de mayo de 2019.

Interpretación prejudicial emitida dentro del Proceso 2-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º69, del 11 de octubre de 1990.

Juárez, Hugo Héctor; Legislación Aduanera del Mercosur – Recopilación y ordenamiento de las normas aduaneras relevantes dictadas en el ámbito del Mercosur. 2015.

Laborde Noel María, Veiga Leonardo. La integración económica: Desde las zonas de libre comercio hasta la integración política completa. Revista de Antiguos Alumnos del EEM. 2010.

Malamud, Andrés. Conceptos, teorías y debates sobre la integración. Revista digital SciElo Analytics. Diciembre 2011.

Rozember, R. y Gayá, R.: Mercosur en tiempos de cambio: implicaciones para la negociación con la Unión Europea, Documento de Trabajo, N.º 9 (2a época), Madrid, Fundación Carolina. 2019.

Torrealba Navas, El papel de la fiscalidad en la integración económica centroamericana, in *European Tax Studies*. No. 1, (ste.unibo.it). 2016,

Vergara Quintero, Rafael, Apuntes de Derecho Comunitario Andino: A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia. Editorial San Gregorio S.A. 2019.

Normas y procesos citados

Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) del 26 de mayo de 1969.

Decisión 370, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°166 de 2 de diciembre de 1994.

Decisión 465, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°445 el 2 de junio de 1999.

Decisión 535, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 854 de 16 de octubre de 2002.

Decisión 571, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1023 de 15 de diciembre de 2003.

Decisión 578, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1063 de 4 de mayo de 2004.

Decisión 599 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1093 de 16 de julio de 2004.

Decisión 600 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1093 de 16 de julio de 2004.

Decisión 671, publicada Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 1520 de 16 de julio de 2007.

Decisión 778, publicada en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 2113 de 7 de noviembre de 2012.

Decisión 805, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 2493 de 28 de abril de 2015.

Decisión 834, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3483 de 18 de diciembre de 2018.

Decisión 848, publicada Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 3699 de 26 de julio de 2019.

Proceso 02-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 69, del 11 de octubre de 1990.

Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, Protocolo de Ouro Preto.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N.º 483 del 17 de septiembre de 1999.

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

TERCERA PARTE

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN
MATERIA ADUANERA Y TRIBUTARIA**

CAPÍTULO IX

JURISPRUDENCIA DEL TJCA EN MATERIA ADUANERA Y TRIBUTARIA

SUBCAPÍTULO I

JURISPRUDENCIA DEL TJCA EN MATERIA ADUANERA

Alejandra Muñoz Torres

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Mariohr del Carmen Pacheco Sotillo

En el presente subcapítulo se recopilan los principales criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia aduanera.

1. Explicación de los métodos de valoración aduanera¹

De acuerdo con lo previsto en el Artículo 3 de la Decisión 571, los métodos para determinar el valor en aduana son: (i) valor de

¹ Esta sección ha sido extraída de las páginas 10 a 18 de la Interpretación Prejudicial N° 250-IP-2018 de fecha 28 de junio de 2019 (Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac), que constan en las páginas 42 a 50 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3690 del 11 de julio de 2019. Se ha editado los párrafos 1.1.2, 1.1.4, 1.2, 1.2.2, 1.3.1, 1.3.2, 1.3.3, 1.3.4, 1.3.5, 1.3.3.3, 1.3.5.1 y 1.3.5.2 de las páginas 10, 11, 12, 13, 16, 17 y 18 de la referida Interpretación Prejudicial. Asimismo, se ha editado las citas textuales contenidas en los párrafos 1.2.1 y 1.3.2.1 de las páginas 13 y 15 de la mencionada Interpretación Prejudicial.

Finalmente, se ha editado las notas a pie de página 6 del párrafo 1.3, 7 del párrafo 1.3.1, 8 del párrafo 1.3.1.1, 10 del párrafo 1.3.2, 11 del párrafo 1.3.2.1, 12 del párrafo 1.3.3, 15 del párrafo 1.3.3.2, 16 del párrafo 1.3.4, 17 del párrafo 1.3.4.1 y 18 del párrafo 1.3.5 de las páginas 14 a 17 de la referida Interpretación Prejudicial.

La Interpretación Prejudicial N° 250-IP-2018 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203690.pdf>

transacción de las mercancías importadas; (ii) valor de transacción de mercancías idénticas; (iii) valor de transacción de mercancías similares; (iv) valor deductivo; (v) valor reconstruido; y, (vi) último recurso.

1.1. El primer método de valoración aduanera (el valor de transacción)

- 1.1.1. El primer método consiste en aplicar como valoración aduanera el valor de transacción declarado por el administrado².
- 1.1.2. Para que la autoridad aduanera aplique el primer método deben cumplirse los requisitos previstos en el Artículo 5 de la Resolución 1684 y los supuestos a), b), c) y d) del Numeral 1 del Artículo 1 del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante, **Acuerdo sobre valoración de la OMC**).
- 1.1.3. El Artículo 5 de la Resolución 1684 establece los siguientes requisitos para que la autoridad aduanera pueda aplicar el primer método de valoración:

«Artículo 5. Requisitos para aplicar el Método del Valor de Transacción.

Para que el Método del Valor de Transacción pueda ser aplicado y aceptado por la Administración Aduanera, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) *Que la mercancía a valorar haya sido objeto de una **negociación internacional efectiva**, mediante la cual se haya producido una venta para la exportación con destino al territorio aduanero comunitario.*
- b) *Que se haya acordado un precio real que implique la **existencia de un pago**, independientemente de la fecha en que se haya realizado la transacción y de la eventual fluctuación posterior de los precios.*

2 En efecto, el Numeral 2 del Artículo 4 de la Resolución 1684 define el valor de transacción como «...el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías, cuando éstas se venden para su exportación al territorio aduanero comunitario...».

- c) *Que en los anteriores términos, pueda **demostrarse documentalmente el precio realmente pagado o por pagar**, directa o indirectamente al vendedor de la mercancía importada, de la forma prevista en el artículo 8 del presente Reglamento.*
- d) *Que se cumplan todas las **circunstancias exigidas en los literales a), b), c) y d) del numeral 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC**.*
- e) *Que si hay lugar a ello, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, se pueda **ajustar con base en datos objetivos y cuantificables**, según lo previsto en el artículo 20 del presente Reglamento.*
- f) *Que las mercancías importadas estén **conformes con las estipulaciones del contrato**, en relación a la negociación, teniendo en cuenta lo expresado en el artículo 18 de este Reglamento.*
- g) *Que la **factura comercial reúna los requisitos previstos en el artículo 9 del presente Reglamento**.*
- h) *Que la información contable que se presente esté preparada conforme a los **principios de contabilidad generalmente aceptados**.»*

(Énfasis agregado)

- 1.1.4. Las circunstancias exigidas en los Literales a), b), c) y d) del Numeral 1 del Artículo 1 del Acuerdo sobre valoración de la OMC son:

«Artículo 1

1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- a) que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por el comprador, con excepción de las que:
- i) impongan o exijan la ley o las autoridades del país de importación;
 - ii) limiten el territorio geográfico donde puedan revenderse las mercancías; o
 - iii) no afecten sustancialmente al valor de las mercancías;
- b) *que la venta o el precio no dependan de ninguna condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse con relación a las mercancías a valorar;*
- c) que no revierta directa ni indirectamente al vendedor parte alguna del producto de la reventa o de cualquier cesión o utilización ulteriores de las mercancías por el comprador, a menos que pueda efectuarse el debido ajuste de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8; y
- d) que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.

(...»

(Énfasis agregado)

- 1.1.5. En los casos en que la autoridad aduanera tuviera elementos de juicio para dudar del valor de transacción declarado (primer método) por el importador, deberá utilizar el **procedimiento de duda razonable**. Si después de utilizar este procedimiento, persiste la duda respecto del valor declarado, la administración aduanera aplicará los métodos secundarios en orden correlativo de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 3 de la Decisión 571.

1.2. La duda razonable respecto del valor de transacción

- 1.2.1. El Artículo 17 de la Decisión 571 dispone que:

«Artículo 17.- Dudas sobre la veracidad o exactitud del valor declarado.

Quando le haya sido presentada una declaración y la Administración de Aduana tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado o de los datos o documentos presentados como prueba de esa declaración, la Administración de Aduanas solicitará a los importadores explicaciones escritas, documentos y pruebas complementarios, que demuestren que el valor declarado representa la cantidad total realmente pagada o por pagar por las mercancías importadas, ajustada de conformidad con las disposiciones del artículo 8 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC.

El valor en aduana de las mercancías importadas no se determinará en aplicación del método del Valor de Transacción, por falta de respuesta del importador a estos requerimientos o cuando las pruebas aportadas no sean idóneas o suficientes para demostrar la veracidad o exactitud del valor en la forma antes prevista.»

- 1.2.2. El procedimiento de duda razonable se inicia cuando surge la incertidumbre para la administración aduanera de que la declaración aduanera realizada por el administrado contiene [o no] inconsistencias. A través de la duda razonable la autoridad aduanera obtiene las explicaciones necesarias por parte del importador para pronunciarse de manera adecuada respecto del valor que debe pagar el importador por las mercancías importadas y, por su parte, el importador tiene el derecho a defenderse frente a la administración aduanera con los respectivos documentos y pruebas que demuestren que el valor que declara es el valor real pagado o por pagar (primer método) por su ingreso de productos al país.
- 1.2.3. Si después de llevar a cabo el procedimiento de duda razonable aún no es posible para la administración aduanera determinar con exactitud el valor de transacción, así lo expresará y aplicará de forma progresiva los otros cinco métodos secundarios.
- 1.2.4. La forma correcta de utilizar cada uno de los métodos secundarios es únicamente cuando ha sido descartado —con razones válidas

desde el punto de vista técnico y legal— el método del valor de transacción de las mercancías importadas (primer método).

- 1.2.5. Los métodos secundarios se aplicarán en orden progresivo; esto es, primero se aplicará el valor de transacción de mercancías idénticas (segundo método), luego el valor de transacción de mercancías similares (tercer método), después el valor deductivo (cuarto método), seguidamente el valor reconstruido (quinto método) y finalmente el último recurso (sexto método).
- 1.2.6. Por lo tanto, solo se llega al método del “último recurso” cuando ninguno de los anteriores pudo aplicarse.

1.3. **Los métodos secundarios de valoración aduanera**³

1.3.1. **El segundo método de valoración aduanera (valor de transacción de mercancías idénticas)**⁴

1.3.1.1. Si no se pudiese determinar el valor de las mercancías mediante la aplicación del primer método, se utilizará el segundo método, mediante el cual el valor de transacción se calculará **respecto de mercancías idénticas**, y de conformidad con los siguientes criterios⁵:

- a) ser iguales en todos los aspectos, incluyendo sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Sin embargo, si solo se tratara de algunas diferencias accesorias, estas no deberán influir, debiendo considerarse a dichas mercancías como “idénticas”;
- b) deben haberse producido en el mismo país que las mercancías objeto de valoración; y,
- c) que las haya producido el productor de las mercancías objeto de valoración.

3 Ver Artículo 36 de la Resolución 1684 de la SGCA.

4 Ver Artículos 37 al 40 de la Resolución 1684 de la SGCA.

5 Fuente: página web de la OMC. Al respecto, consultar: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#2 (visitado el 19 de junio de 2019)

1.3.1.2. Al respecto, la OMC ha señalado que para que pueda aplicarse el segundo método, la mercancía objeto de comparación debe haberse vendido al mismo país de importación que la mercancía objeto de valoración, y además haberse exportado en el mismo momento que la mercancía objeto de valoración, o en un momento aproximado.⁶

En este punto, se aceptan algunas excepciones:

- a) cuando no existan mercancías idénticas producidas por el mismo fabricante en el mismo país de producción que las mercancías objeto de valoración, podrán tenerse en cuenta mercancías idénticas producidas por un fabricante diferente en el mismo país;
- b) en caso de que existan pequeñas diferencias de aspecto entre las mercancías, estas no impedirán que se consideren como idénticas si en todo lo demás se ajustan a la definición.

1.3.1.3. Cabe señalar que se excluyen las mercancías importadas que contengan trabajos de ingeniería, trabajos artísticos, entre otros, suministrados por el comprador al productor de las mercancías gratis o a precio reducido, realizados en el país de importación y que no hayan sido objeto de un ajuste de acuerdo con lo indicado en el Artículo 8 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.

1.3.2. El tercer método de valoración aduanera (valor de transacción de mercancías similares)⁷

1.3.2.1. Si no se pudiese determinar el valor de las mercancías mediante la aplicación del segundo método, se utilizará el tercer método, según el cual el valor de transacción se calculará **respecto de mercancías similares**, y de conformidad con los siguientes criterios⁸:

«(...)

6 Ibídem.

7 Artículos 41 al 44 de la Resolución 1684 de la SGCA.

8 Fuente: página web de la OMC. Al respecto, consultar: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#3 (visitado el 19 de junio de 2019)

- * que sean muy semejantes a las mercancías objeto de valoración en lo que se refiere a su composición y características;
- * que puedan cumplir las mismas funciones que las mercancías objeto de valoración y ser comercialmente intercambiables;
- * *que se hayan producido en el mismo país y por el mismo productor de las mercancías objeto de valoración. Para que pueda utilizarse este método, las mercancías deben haberse vendido al mismo país de importación que las mercancías objeto de valoración. Deben también haberse exportado en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.»*

1.3.2.2. Cabe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el Numeral 2 del Literal b) del Artículo 15 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, para determinar la existencia de mercancías similares se tomará en consideración la calidad, el prestigio comercial y la existencia de una marca comercial. Estos criterios no son los únicos, pues la normativa en mención al precisar “entre otros” deja abierta la posibilidad de establecer otros parámetros.

1.3.2.3. Al aplicar el presente método, el valor en aduana se determinará utilizando el valor de transacción de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. Cuando no exista tal venta, se utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas a un nivel comercial diferente y/o en cantidades diferentes, ajustado para tener en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y/o a la cantidad, siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquellos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor.

1.3.2.4. En relación con el ajuste, es necesario tener en cuenta lo señalado por el Artículo 42 de la Resolución 1684, el cual precisa que en caso de realizarse cualquier ajuste como consecuencia de diferencias de nivel comercial o de cantidad, dicho ajuste ha de sustentarse en datos objetivos y cuantificables. Tales datos son, entre otros,

aquellos que estén contenidos en listas de precios vigentes y fidedignos en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles comerciales y cantidades.

1.3.3. El cuarto método de valoración aduanera (método del valor deductivo)⁹

1.3.3.1. Cuando no sea posible determinar el valor en aduana sobre la base del valor de transacción de las mercancías importadas o de mercancías idénticas o similares, el referido valor se determinará sobre la base del precio unitario al que se venda — en esas condiciones¹⁰— la mayor cantidad total de las mercancías importadas o de otras mercancías importadas que sean idénticas o similares a ellas, en el momento de la importación de las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, a personas que no estén vinculadas con aquellas a las que compren dichas mercancías¹¹.

1.3.3.2. En tal sentido, el comprador y el vendedor en el país importador no deberán estar vinculados y la venta deberá realizarse en el momento de la importación de las mercancías objeto de valoración o en un momento aproximado. Si no se han realizado ventas en el momento de la importación o en un momento aproximado podrán utilizarse como base las ventas realizadas hasta noventa (90) días después de la importación de las mercancías objeto de valoración¹².

1.3.3.3. El precio unitario a que se venda la mayor cantidad total de las mercancías es el precio a que se venda el mayor número de unidades a personas no vinculadas al primer nivel comercial después de la importación al que se efectúen dichas ventas. Para determinar esa mayor cantidad total de mercancías, se reúnen

9 Ver Artículos 45 y 46 de la Resolución 1684 de la SGCA.

10 Esto es, en las mismas condiciones o estado en las que se encuentra la mercancía objeto de valoración.

11 Ver Artículo 5 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.

12 Fuente: página web de la OMC. Al respecto, consultar: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#4 (visitado el 19 de junio de 2019)

todas las ventas realizadas a un precio dado y se compara la suma de todas las unidades de mercancías vendidas a ese precio con la suma de todas las unidades de mercancías vendidas a cualquier otro precio. El mayor número de unidades vendidas a un precio representa la mayor cantidad total.

1.3.4. **El quinto método de valoración aduanera (método del valor reconstruido)**¹³

1.3.4.1. Según la OMC este es el método más complicado y menos utilizado ya que el valor en aduana se determina sobre la base del costo de producción de las mercancías objeto de valoración más una cantidad por concepto de beneficios y gastos generales igual a la reflejada habitualmente en las ventas de mercancías de la misma especie o clase del país de exportación al país de importación¹⁴.

1.3.5. **El sexto método de valoración aduanera (método del último recurso)**¹⁵

1.3.5.1. Este método procede cuando el valor en aduana no puede determinarse por ninguno de los métodos citados anteriormente. Este método en la medida de lo posible deberá basarse en los valores y métodos determinados anteriormente pero con una **flexibilidad razonable** en su aplicación. Es decir, podrá determinarse según **criterios razonables** compatibles con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo sobre valoración de la OMC y del Artículo VII del General Agreement on Tariffs and Trade - GATT de 1994 sobre la base de los datos disponibles en el país de importación.¹⁶

13 Ver Artículo 47 de la Resolución 1684 de la SGCA y Artículo 6 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.

14 Fuente: página web de la OMC. Al respecto, consultar:
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#5
(visitado el 19 de junio de 2019)

15 Ver Artículos 48 y 49 de la Resolución 1684 de la SGCA y Artículo 7 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.

16 Fuente: página web de la OMC. Al respecto, consultar:
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#6
(visitado el 19 de junio de 2019)

- 1.3.5.2. En atención a lo indicado, y conforme a lo previsto en el Artículo 48 de la Resolución 1684, al aplicar este método, la utilización de los criterios razonables no podrá interpretarse en el sentido de utilizar procedimientos arbitrarios que sean contrarios a los principios y disposiciones del Acuerdo sobre valoración de la OMC y del Artículo VII del GATT. Sobre el particular, el Artículo 49 de la referida Resolución establece las siguientes excepciones en las que no se basará su aplicación:
- a) El precio de venta en el territorio aduanero comunitario de mercancías producidas en dicho territorio.
 - b) Un sistema que prevea la aceptación, a efectos de valoración en aduana, del más alto de dos valores posibles.
 - c) El precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador.
 - d) Un costo de producción distinto de los valores reconstruidos que se hayan determinado para mercancías idénticas o similares de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.
 - e) El precio de mercancías vendidas para exportación a un país distinto del territorio aduanero comunitario.
 - f) Valores en aduana mínimos.
 - g) Valores arbitrarios o ficticios.

2. **El Segundo Método de Valoración de Aduanas. Requisitos**^{17 18}
- 2.1. El **primer método** tiene por objeto determinar el precio que realmente se pagó o se pagará por las mercancías importadas (valor de transacción), razón por la cual, es conocido como método “principal”. Los cinco métodos restantes o “secundarios”, establecen, de manera subsidiaria, otros parámetros para determinar el valor en aduana o base imponible. Es decir, son aplicados en su orden y de manera subsecuente, ante la imposibilidad de establecer el valor de transacción¹⁹.
- 2.2. En esa línea, cuando no se pueda aplicar el Método de Valor de Transacción de Mercancías (**primer método**), el valor en aduana se establecerá según el Método de Transacción de Mercancías Idénticas (**segundo método**).

17 Esta sección ha sido extraída de las páginas 4 a 10 de la Interpretación Prejudicial N° 07-IP-2018 de fecha 23 de octubre de 2019 (Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano), que constan en las páginas 22 a 28 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3867 del 18 de diciembre de 2019.

Se ha editado la nota a pie de página 6 del párrafo 1.3 y el párrafo 1.6 de las páginas 5 y 6 de la referida Interpretación Prejudicial.

La Interpretación Prejudicial N° 07-IP-2018 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203867.pdf>

18 El primer método de valoración aduanera puede ser consultado en la Interpretación Prejudicial N° 97-IP-2017 de fecha 29 de marzo de 2019 (Magistrada Ponente: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros), que constan en las páginas 6 a 13 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3635 del 16 de mayo de 2019.

La Interpretación Prejudicial N° 97-IP-2017 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203635.pdf>

19 Sobre esto se puede ver: Julia Inés Sánchez. *Valoración Aduanera. Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN. Asistencia Relativa al Comercio I*. Primera edición, julio 2007, p. 55., quien afirma que «...en el supuesto que no se pudiera determinar el valor en aduana con arreglo a este criterio principal, el Acuerdo sobre Valoración prevé los otros cinco procedimientos, los que deben aplicarse en el orden jerárquico establecido, con excepción de los métodos 4 y 5, cuyo orden de aplicación puede invertirse a petición del importador y si así lo acepta la Administración Aduanera».

Disponible en:

<http://www.comunidadandina.org/Publicaciones.aspx?tema=67&tipo=&busca=&x=35&y=7>

- 2.3. Tal como lo dispone el Artículo 33 de la Resolución 846 (Reglamento Comunitario de la Decisión 571)²⁰, si no se pudiese determinar el valor de las mercancías mediante la aplicación del primer método, se utilizará el segundo método, mediante el cual el valor de transacción se calculará **respecto de mercancías idénticas**, y de conformidad con los siguientes criterios²¹:
- a) ser iguales en todos los aspectos, incluyendo sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Sin embargo, si solo se tratara de algunas diferencias accesorias, estas no deberán influir, debiendo considerarse a dichas mercancías como “idénticas”;
 - b) deben haberse producido en el mismo país que las mercancías objeto de valoración; y,
 - c) que las haya producido el productor de las mercancías objeto de valoración.
- 2.4. Conforme a lo señalado en el Literal a) del Numeral 2 del Artículo 15 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, a efectos de aplicar el segundo método de valoración, al que se hace referencia, se debe tener en cuenta las características y criterios que deben tener las mercancías para que sean consideradas idénticas como:
- (i) Aquellas que sean iguales en todo, incluidas sus características físicas, calidad y prestigio comercial.
 - (ii) Asimismo, las pequeñas diferencias de aspecto no impedirán que se consideren como idénticas las mercancías que en todo lo demás se ajusten a la definición anotada.
 - (iii) Aquellas que tengan el mismo origen en la fabricación, el mismo país de exportación, el mismo país de importación y el mismo momento de la exportación o uno próximo.

20 Artículo 37 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

21 Fuente: Página web de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Al respecto, consultar: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm#2 (visitado el 19 de junio de 2019).

(iv) Cuando no existan mercancías idénticas producidas por la misma persona en el país de producción de las mercancías objeto de valoración, podrán tenerse en cuenta mercancías idénticas producidas por una persona diferente en el mismo país.

2.5. En esa línea, el Artículo 2 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, establece ciertos requisitos que se deben cumplir a efectos de aplicar el segundo método de valoración de aduanas, expresados de la siguiente forma:

(i) El valor en aduana será el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.

(ii) El valor en aduana se determinará utilizando el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración.

(iii) Cuando no exista tal venta, se utilizará el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas a un nivel comercial diferente y/o en cantidades diferentes, ajustado para tener en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y/o a la cantidad, siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor.

(iv) Si se dispone de más de un valor de transacción de mercancías idénticas, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas se utilizará el valor de transacción más bajo.

2.6. Sobre el particular, se debe precisar que el elemento tiempo juega un rol importante al momento de aplicar el método de valoración de mercancías idénticas, puesto que se debe considerar la fecha de la exportación al territorio aduanero comunitario, tomándose en

cuenta únicamente mercancías que hayan sido exportadas en el mismo momento o en un momento aproximado que las mercancías objeto de la valoración (ver Artículo 35 de la Resolución 846²²).

- 2.7. Al respecto, el Literal e) del Artículo 2 de la Resolución 846²³ define al “momento aproximado” como el período tan próximo, esto es, más cercano, al momento o fecha de la exportación -entre otros-, durante el cual las prácticas comerciales y las condiciones de mercado que afecten al precio permanecen idénticas. En ese sentido, lo que se busca es que se genere una igualdad de condiciones entre los agentes que participan en el ciclo de comercio exterior, para lo cual se busca aplicar las condiciones del mercado dadas en un momento determinado a otra situación que sea compatible en cuestión de tiempo y con características similares, a efectos de realizar la valoración en aduana.
- 2.8. Asimismo, se debe tener en cuenta que se deben considerar las mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial, esto es, teniendo en cuenta el grado o posición que ocupa el comprador en la escala de comercialización y de cuyas condiciones comerciales realmente se beneficia, en su calidad de usuario industrial, mayorista, minorista, detallista, usuario final u otro, conforme a la definición establecida en el Literal f) del Artículo 2 de la Resolución 846²⁴. Ello puesto que en el comercio muchas veces ya sea por estrategia, política de ventas, fidelización de clientes, entre otros, los proveedores hacen diferenciaciones entre sus compradores ya sea por la cantidad de productos que adquiere, posición en el mercado, antigüedad, entre otros factores, lo cual hace que en la realidad no todos los compradores negocien en las mismas condiciones respecto a precios, facilidades de pago, entre otros.

22 Artículo 39 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

23 Literal e) del Artículo 2 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

24 Literal h) del Artículo 2 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

- 2.9. Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el Literal g) del Artículo 2 de la Resolución 846²⁵ se deberá considerar como precios de referencia los tomados de fuentes especializadas que hayan sido verificados por aduanas y los tomados de los bancos de datos de aduanas.
- 2.10. Adicionalmente, tomando en cuenta la nota interpretativa al Artículo 2 del Anexo 1 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, siempre que sea posible, la administración de aduanas utilizará el valor de mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Cuando no exista tal venta, se podrá utilizar una venta de mercancías idénticas que se realice en cualquiera de las tres condiciones siguientes:
- a) Una venta al mismo nivel comercial pero en cantidades diferentes;
 - b) Una venta a un nivel comercial diferente pero sustancialmente en las mismas cantidades; o,
 - c) Una venta a un nivel comercial diferente y en cantidades diferentes.
- 2.11. Cuando exista una venta en la que concurra cualquiera de las tres condiciones indicadas anteriormente, se deben efectuar los ajustes del caso en función de:
- a) Factores de cantidad únicamente;
 - b) Factores de nivel comercial únicamente; o,
 - c) Factores de nivel comercial y factores de cantidad.
- 2.12. Es necesario que al realizar el ajuste, ya sea incrementando o disminuyendo el valor en aduana teniendo en cuenta la diferencia en los niveles comerciales o en las cantidades, se haga solo sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto.

25 Literal l) del Artículo 2 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

- 2.13. A este respecto, cabe indicar que el Comentario 10.1 del Comité de Valoración en Aduana, relativo a los ajustes por diferencias atribuibles al nivel comercial y a la cantidad según los Artículos 2 y 3 del Acuerdo sobre valoración de la OMC (según el valor de transacción de mercancías idénticas o similares), comunitarizado en virtud de su incorporación en el Apéndice del Anexo del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (Resoluciones 846 y 1684), explica que si se comprueban diferencias en el nivel comercial y en la cantidad, ante todo habrá que determinar si estas influyeron en el precio o en el valor.²⁶

26 **Comentario 10.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMA.-**

«AJUSTES POR DIFERENCIAS ATRIBUIBLES AL NIVEL COMERCIAL Y A LA CANTIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 1.2 B) Y LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL ACUERDO

Consideraciones generales

1. *Al aplicar el Acuerdo, es posible que deba efectuarse un ajuste para tener en cuenta diferencias demostradas de nivel comercial y de cantidad en relación con los artículos 1.2 b) (valores criterio), 2.1 b) (mercancías idénticas) y 3.1 b) (mercancías similares). Aunque la redacción del artículo 1.2 b) difiera ligeramente de la de los artículos 2.1 b) y 3.1 b), es evidente que los principios en juego son los mismos: han de tenerse en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y a la cantidad, y debe de ser posible efectuar los ajustes necesarios sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos.*
2. *Cuando se haga conocer a la Aduana una transacción que puede utilizarse para establecer un valor criterio según el artículo 1.2 b) o el valor de transacción de mercancías idénticas o similares según los artículos 2 y 3, debe determinarse en primer lugar si esa transacción se realizó al mismo nivel comercial y sensiblemente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Si el nivel comercial y las cantidades fueran comparables a efectos de esa transacción no habría que efectuar ningún ajuste por estos conceptos.*
3. *Ahora bien, si se comprueban diferencias en el nivel comercial y en la cantidad, habrá que determinar si estas diferencias han influido en el precio o en el valor. **Es importante tener presente que la existencia de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad no implica obligatoriamente un ajuste; éste será necesario solamente si de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad resulta una diferencia en el precio o en el valor; el ajuste se***

- 2.14. En efecto, es importante advertir que la existencia de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad no implica obligatoriamente un ajuste, por cuanto este solo será necesario cuando tal diferencia comporte a su vez una diferencia en el precio o en el valor. En caso de que resulte necesario, el ajuste deberá realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto; de lo contrario, de no poder satisfacer esta condición, no deberá efectuarse ningún ajuste.
- 2.15. Adicionalmente, es preciso destacar que, de ser necesario efectuar el ajuste correspondiente, las prácticas comerciales del vendedor de mercancías idénticas o similares constituirá siempre un elemento dominante. En ese sentido, al determinar el importe correspondiente al ajuste en razón del nivel comercial, la autoridad aduanera deberá examinar la práctica comercial del vendedor de las mercancías idénticas o similares, así como las actividades del importador de las mercancías objeto de valoración, a efectos de determinar el nivel comercial que reconocería el vendedor —o exportador— de las mercancías idénticas o similares al importador —o vendedor— de las mercancías objeto de valoración. Para ello, la administración de aduanas deberá celebrar consultas entre las partes interesadas, de conformidad con el segundo párrafo de la Introducción general al Acuerdo de Valoración de la OMC²⁷.

bará, entonces, sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquél es razonable y exacto. Si no se puede satisfacer esta condición, no se puede efectuar ajuste alguno.

(...»

(Negrillas agregadas)

- 27 Véase, en ese sentido, los Numerales 10 y 11 del Comentario 10.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMA, comunitarizado en virtud de su incorporación al Apéndice del Anexo del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (Resoluciones 846 y 1684 de la Secretaría General).

Comentario 10.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMA. -

«AJUSTES POR DIFERENCIAS ATRIBUIBLES AL NIVEL COMERCIAL Y A LA CANTIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 1.2 B) Y LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL ACUERDO

(...)

- 2.16. El numeral 3 del Artículo 38 de la Resolución 846²⁸ señala que se considerarán como datos objetivos y cuantificables, entre otros, los que estén contenidos en listas de precios vigentes y fidedignos en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles comerciales y cantidades. Dichas listas deberán ser comprobadas con otras importaciones efectuadas a esos precios.
- 2.17. Del mismo modo, la nota interpretativa del Artículo 2 del Acuerdo sobre valoración de la OMC señala como ejemplo a las listas de precios vigentes en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles o cantidades. Como ejemplo de lo que antecede, en el caso de que las mercancías importadas objeto de la valoración consistan en un envío de 10 unidades y las únicas mercancías importadas idénticas respecto de las cuales exista un valor de transacción correspondan a una venta de 500 unidades, y se haya comprobado que el vendedor otorga descuentos por cantidad, el ajuste necesario podrá realizarse consultando la lista de precios del vendedor y utilizando el precio aplicable a una venta de 10 unidades. La venta no tiene necesariamente que haberse realizado por una cantidad de 10 unidades, con tal que se

Diferente nivel comercial o diferente cantidad – Ajuste

10. *En aquellos casos en que una diferencia en el precio puede atribuirse al nivel comercial o a la cantidad, debe efectuarse un ajuste para obtener un valor que se sitúe al mismo nivel comercial que las mercancías objeto de valoración y que corresponda sensiblemente a las mismas cantidades. Cuando haya que efectuar tales ajustes, las prácticas comerciales del vendedor de mercancías idénticas o similares constituyen un elemento dominante.*
11. *Si es preciso efectuar un ajuste a causa de diferencias en la cantidad, el importe de dicho ajuste debe de ser fácil de determinar. En cambio, en lo que se refiere al nivel comercial, puede que los criterios a utilizar no sean tan evidentes. Las aduanas tendrán que examinar la práctica comercial del vendedor de las mercancías idénticas o similares. Una vez conocida ésta, un examen de las actividades del importador de las mercancías objeto de valoración deberá suministrar la base para determinar qué nivel comercial reconocería el vendedor de las mercancías idénticas o similares al importador. Para conseguir estas informaciones, será necesario, como se indica en la Introducción general del Acuerdo, celebrar consultas entre las partes interesadas.*
- (...»

28 Numeral 3 del Artículo 38 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

haya comprobado, por las ventas de otras cantidades, que la lista de precios es fidedigna.

- 2.18. En el supuesto que no existe tal medida objetiva de comparación, no será apropiado aplicar el método de valoración de mercancías idénticas para la determinación del valor en aduana.
- 2.19. Finalmente, el Artículo 36 de la Resolución 846²⁹ enuncia que, si no se dispone de un valor de transacción para mercancías idénticas, o no se cumplen los requisitos del segundo método, se deberá aplicar el método del valor de transacción de mercancías similares (tercer método).

3. El Tercer Método de Valoración de Aduanas. Requisitos³⁰

- 3.1. Resulta pertinente empezar recordando que los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la recaudación de los derechos e impuestos a la importación, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo sobre valoración de la OMC y la normativa comunitaria sobre la materia³¹, son seis: i) valor de transacción de las mercancías importadas; ii) valor de transacción de mercancías idénticas; iii) valor de transacción de mercancías similares; iv) valor deductivo; v) valor reconstruido; y, vi) último recurso.³²

29 Artículo 40 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 vigente).

30 Esta sección ha sido extraída de las páginas 5 a 12 de la Interpretación Prejudicial N° 620-IP-2019 de fecha 8 de mayo de 2020 (Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac), que constan en las páginas 13 a 20 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3986 del 27 de mayo de 2020.

Se ha editado la nota a pie de página 8 del párrafo 1.3 de la página 6 de la referida Interpretación Prejudicial.

La Interpretación Prejudicial N° 620-IP-2019 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203986.pdf>

31 Ver Artículos 2, 3 y 4 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina.

32 Sobre cada uno de los métodos, se puede consultar la Interpretación Prejudicial N° 51-IP-2012 de fecha 26 de noviembre de 2012, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2169 del 20 de marzo de 2013.

- 3.2. El **primer** método tiene por objeto determinar el precio que realmente se pagó o se pagará por las mercancías importadas (valor de transacción), razón por la cual, es conocido como método “principal”. Los cinco métodos restantes o “secundarios”, establecen, de manera subsidiaria, otros parámetros para determinar el valor en aduana o base imponible. Es decir, son aplicados en su orden y de manera subsecuente, ante la imposibilidad de establecer el valor de transacción³³ (Artículo 32 de la Resolución 846 y Artículo 36 de la Resolución 1684).
- 3.3. En esa línea, cuando no se pueda aplicar el Método de Valor de Transacción de Mercancías Idénticas (**segundo método**), el valor en aduana se establecerá según el Método de Transacción de Mercancías Similares (**tercer método**), tal como lo dispone el Artículo 37 de la Resolución 846 y el Artículo 41 de la Resolución 1684.
- 3.4. Conforme a lo señalado en el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 15 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, a efectos de aplicar el tercer método de valoración, al que se hace referencia, se debe tener en cuenta las características que deben tener las mercancías a efectos de que sean consideradas similares, las cuales son las siguientes:
- (i) Aquellas que, aunque no sean iguales en todo, tienen características y composiciones semejantes.
 - (ii) Aquellas que puedan cumplir las mismas funciones.
 - (iii) Aquellas que sean comercialmente intercambiables.
- 3.5. El Comentario 1.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana, comunitarizado mediante su incorporación al Apéndice del Anexo de la Resolución 1684, respecto a mercancías idénticas o similares para efectos del Acuerdo, realiza una diferenciación.

33 Sobre esto se puede ver: Julia Inés Sánchez. *Valoración Aduanera. Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN. Asistencia Relativa al Comercio I*. Primera edición, julio 2007, p. 55., quien afirma que «...en el supuesto que no se pudiera determinar el valor en aduana con arreglo a este criterio principal, el Acuerdo sobre Valoración prevé los otros cinco procedimientos, los que deben aplicarse en el orden jerárquico establecido, con excepción de los métodos 4 y 5, cuyo orden de aplicación puede invertirse a petición del importador y si así lo acepta la Administración Aduanera».

- 3.6. Entiende que serán mercancías idénticas aquellas que sean equivalentes en todo y que las pequeñas diferencias no impedirán que se consideren idénticas. Entre los elementos a considerar para que sean idénticas están:
- a) Sus características físicas.
 - b) La calidad.
 - c) El prestigio comercial.
- 3.7. En cuanto a las mercancías similares, se definen como aquellas que a pesar de no ser iguales en todo, llenan los siguientes requisitos:
- a) Tengan las mismas características.
 - b) Su composición sea semejante.
 - c) Cumplan las mismas funciones.
 - d) Sean intercambiables en el comercio.
- 3.8. Asimismo, para determinar si las mercancías son similares se debe considerar, entre otros factores, su calidad, su prestigio comercial y la existencia de una marca comercial.
- 3.9. En esa línea, el Artículo 3 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, establece ciertos requisitos que se deben cumplir a efectos de aplicar el tercer método de valoración de aduanas, tales como:
- (i) El valor en aduana será el valor de transacción de mercancías similares vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.
 - (ii) El valor en aduana se determinará utilizando el valor de transacción y de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración.

- (iii) Cuando no exista tal venta, se utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas a un nivel comercial diferente y/o en cantidades diferentes, ajustado para tener en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y/o a la cantidad, siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor.
 - (iv) Si se dispone de más de un valor de transacción de mercancías similares, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas se utilizará el valor de transacción más bajo.
- 3.10. Sobre el particular, se debe precisar que el elemento tiempo juega un rol importante al momento de aplicar el método de valoración de mercancías similares, puesto que se debe considerar la fecha de la exportación al territorio aduanero comunitario, tomándose en cuenta únicamente mercancías que hayan sido exportadas en el mismo momento o en un momento aproximado que las mercancías objeto de la valoración (ver Artículo 39 de las Resoluciones 846 y 1684).
- 3.11. Al respecto, el Literal e) del Artículo 2 de las Resoluciones 846 y 1684 define al “momento aproximado” como el período tan próximo, esto es, más cercano, al momento o fecha de la exportación —entre otros—, durante el cual las prácticas comerciales y las condiciones de mercado que afecten al precio permanecen idénticas. En ese sentido, lo que se busca es que se genere una igualdad de condiciones entre los agentes que participan en el ciclo de comercio exterior, para lo cual se busca aplicar las condiciones del mercado dadas en un momento determinado a otra situación que sea compatible en cuestión de tiempo y con características similares, a efectos de realizar la valoración en aduana.
- 3.12. Asimismo, se debe tener en cuenta que se deben considerar las mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial, esto es, teniendo en cuenta el grado o posición que ocupa el comprador en la escala de comercialización y de cuyas condiciones comerciales realmente se beneficia en su calidad de usuario industrial, mayorista, minorista, detallista, usuario final u otro, conforme a la definición establecida en el Literal f) del Artículo 2 de la Resolución 846 y

Literal h) del Artículo 2 de la Resolución 1684. Ello puesto que en el comercio muchas veces ya sea por estrategia, política de ventas, fidelización de clientes, entre otros, los proveedores hacen diferenciaciones entre sus compradores ya sea por la cantidad de productos que adquiere, posición en el mercado, antigüedad, entre otros factores, lo cual hace que en la realidad no todos los compradores negocien en las mismas condiciones respecto a precios, facilidades de pago, entre otros.

- 3.13. Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el Literal g) del Artículo 2 de la Resolución 846 y Literal l) del Artículo 2 de la Resolución 1684 se deberá considerar como precios de referencia los tomados de fuentes especializadas que hayan sido verificados por aduanas y los tomados de los bancos de datos de aduanas, cuya fuente puede provenir de medios impresos, digitales o electrónicos.
- 3.14. Adicionalmente, tomando en cuenta la nota interpretativa al Artículo 3 del Anexo 1 del Acuerdo sobre valoración de la OMC cuando no existan mercancías similares vendidas, se podrá utilizar una venta de mercancías similares que se realice en cualquiera de las tres condiciones siguientes:
- a) Una venta al mismo nivel comercial pero en cantidades diferentes;
 - b) Una venta a un nivel comercial diferente pero sustancialmente en las mismas cantidades; o,
 - c) Una venta a un nivel comercial diferente y en cantidades diferentes.
- 3.15. Cuando exista una venta en la que concurra cualquiera de las tres condiciones indicadas anteriormente, se deben efectuar los ajustes del caso en función de:
- a) Factores de cantidad únicamente;
 - b) Factores de nivel comercial únicamente; o,
 - c) Factores de nivel comercial y factores de cantidad.

- 3.16. Es necesario que al realizar el ajuste, ya sea incrementando o disminuyendo el valor en aduana teniendo en cuenta la diferencia en los niveles comerciales o en las cantidades, se haga solo sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto.
- 3.17. A este respecto, cabe indicar que el Comentario 10.1 del Comité de Valoración en Aduana, relativo a los ajustes por diferencias atribuibles al nivel comercial y a la cantidad según los Artículos 2 y 3 del Acuerdo sobre valoración de la OMC (según el valor de transacción de mercancías idénticas o similares), comunitarizado en virtud de su incorporación en el Apéndice del Anexo del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (Resoluciones 846 y 1684), explica que si se comprueban diferencias en el nivel comercial y en la cantidad, ante todo habrá que determinar si estas influyeron en el precio o en el valor.³⁴

34 **Textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas (OMA)**

«COMENTARIO 10.1.

AJUSTES POR DIFERENCIAS ATRIBUIBLES AL NIVEL COMERCIAL Y A LA CANTIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 1.2 b) Y LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL ACUERDO

Consideraciones generales

1. *Al aplicar el Acuerdo, es posible que deba efectuarse un ajuste para tener en cuenta diferencias demostradas de nivel comercial y de cantidad en relación con los Artículos 1.2 b) (valores criterio), 2.1 b) (mercancías idénticas) y 3.1 b) (mercancías similares). Aunque la redacción del Artículo 1.2 b) difiera ligeramente de la de los Artículos 2.1 b) y 3.1 b), es evidente que los principios en juego son los mismos: han de tenerse en cuenta las diferencias atribuibles al nivel comercial y a la cantidad, y debe de ser posible efectuar los ajustes necesarios sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos.*
2. *Cuando se haga conocer a la Aduana una transacción que puede utilizarse para establecer un valor criterio según el Artículo 1.2 b) o el valor de transacción de mercancías idénticas o similares según los Artículos 2 y 3, debe determinarse en primer lugar si esa transacción se realizó al mismo nivel comercial y sensiblemente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Si el nivel comercial y las cantidades fueran*

- 3.18. En efecto, es importante advertir que la existencia de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad no implica obligatoriamente un ajuste, por cuanto este solo será necesario cuando tal diferencia comporte a su vez una diferencia en el precio o en el valor. En caso de que resulte necesario, el ajuste deberá realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que es razonable y exacto; de lo contrario, de no poder satisfacer esta condición, no deberá efectuarse ningún ajuste.
- 3.19. Adicionalmente, es preciso destacar que, de ser necesario efectuar el ajuste correspondiente, las prácticas comerciales del vendedor de mercancías idénticas o similares constituirá siempre un elemento dominante. En ese sentido, al determinar el importe correspondiente al ajuste en razón del nivel comercial, la autoridad aduanera deberá examinar la práctica comercial del vendedor de las mercancías idénticas o similares, así como las actividades del importador de las mercancías objeto de valoración, a efectos de determinar el nivel comercial que reconocería el vendedor —o exportador— de las mercancías idénticas o similares al importador —o vendedor— de las mercancías objeto de valoración. Para ello, la administración de aduanas deberá celebrar consultas entre las partes interesadas, de conformidad con el segundo párrafo de la Introducción general al Acuerdo de valoración de la OMC³⁵.

comparables a efectos de esa transacción no habría que efectuar ningún ajuste por estos conceptos.

3. *Ahora bien, si se comprueban diferencias en el nivel comercial y en la cantidad, habrá que determinar si estas diferencias han influido en el precio o en el valor. Es importante tener presente que la existencia de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad no implica obligatoriamente un ajuste; éste será necesario solamente si de una diferencia en el nivel comercial o en la cantidad resulta una diferencia en el precio o en el valor; el ajuste se hará, entonces, sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquél es razonable y exacto. Si no se puede satisfacer esta condición, no se puede efectuar ajuste alguno.*

(...)»

- 35 Véase, en ese sentido, los Numerales 10 y 11 del Comentario 10.1 de los **Textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas (OMA)** incorporado al Apéndice del Anexo del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina).

- 3.20. El Numeral 3 del Artículo 38 de la Resolución 846 y Numeral 3 del Artículo 42 de la Resolución 1684 señalan que se considerarán como datos objetivos y cuantificables, entre otros, los que estén contenidos en listas de precios vigentes y fidedignos en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles comerciales y cantidades. Dichas listas deberán ser comprobadas con otras importaciones efectuadas a esos precios.
- 3.21. Del mismo modo, la nota interpretativa de los Artículos 2 y 3 del Acuerdo sobre valoración de la OMC señala como ejemplo a las listas de precios vigentes en las que se indiquen los precios correspondientes a diferentes niveles o cantidades. Como ejemplo de lo que antecede, en el caso de que las mercancías importadas objeto de la valoración consistan en un envío de 10 unidades y las únicas mercancías importadas similares respecto de las cuales exista un valor de transacción correspondan a una venta de 500 unidades, y se haya comprobado que el vendedor otorga descuentos por cantidad, el ajuste necesario podrá realizarse consultando la lista de precios del vendedor

«COMENTARIO 10.1.

AJUSTES POR DIFERENCIAS ATRIBUIBLES AL NIVEL COMERCIAL Y A LA CANTIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 1.2 b) Y LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL ACUERDO

(...)

Diferente nivel comercial o diferente cantidad – Ajuste

10. *En aquellos casos en que una diferencia en el precio puede atribuirse al nivel comercial o a la cantidad, debe efectuarse un ajuste para obtener un valor que se sitúe al mismo nivel comercial que las mercancías objeto de valoración y que corresponda sensiblemente a las mismas cantidades. Cuando haya que efectuar tales ajustes, las prácticas comerciales del vendedor de mercancías idénticas o similares constituyen un elemento dominante.*
11. *Si es preciso efectuar un ajuste a causa de diferencias en la cantidad, el importe de dicho ajuste debe de ser fácil de determinar. En cambio, en lo que se refiere al nivel comercial, puede que los criterios a utilizar no sean tan evidentes. Las aduanas tendrán que examinar la práctica comercial del vendedor de las mercancías idénticas o similares. Una vez conocida ésta, un examen de las actividades del importador de las mercancías objeto de valoración deberá suministrar la base para determinar qué nivel comercial reconocería el vendedor de las mercancías idénticas o similares al importador. Para conseguir estas informaciones, será necesario, como se indica en la Introducción general del Acuerdo, celebrar consultas entre las partes interesadas.»*

y utilizando el precio aplicable a una venta de 10 unidades. La venta no tiene necesariamente que haberse realizado por una cantidad de 10 unidades, con tal que se haya comprobado, por las ventas de otras cantidades, que la lista de precios es fidedigna.

- 3.22 En el supuesto que no existe tal medida objetiva de comparación, no será apropiado aplicar el método de valoración de mercancías similares para la determinación del valor en aduana.
- 3.23. Finalmente, en el Artículo 40 de la Resolución 846 y el Artículo 44 de la Resolución 1684 se enuncia que, si no se dispone de un valor de transacción para mercancías similares, o no se cumplen los requisitos del segundo método, se deberá aplicar el método del Valor Deductivo.

4. **El Sexto Método de valoración Aduanera**³⁶

- 4.1. Cuando el valor en aduana no pueda determinarse por ninguno de los métodos citados anteriormente, podrá realizarse a través de la aplicación del sexto método de valoración de aduanas o del “último recurso” conforme las disposiciones del Artículo 7 del Acuerdo sobre valoración de la OMC que expresamente dispone:

«Artículo 7

1. *Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 a 6 inclusive, dicho valor se determinará según criterios razonables, compatibles con los principios y las disposiciones generales de este Acuerdo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación.*

2. *El valor en aduana determinado según el presente artículo no se basará en:*

36 Esta sección ha sido extraída de las páginas 13 a 20 de la Interpretación Prejudicial N° 406-IP-2018 de fecha 13 de diciembre de 2019 (Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero), que constan en las páginas 27 a 34 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3904 del 20 de febrero de 2020.

La Interpretación Prejudicial N° 406-IP-2018 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203904.pdf>

- a) el precio de venta en el país de importación de mercancías producidas en dicho país;
 - b) un sistema que prevea la aceptación, a efectos de valoración en aduana, del más alto de dos valores posibles;
 - c) el precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador;
 - d) un costo de producción distinto de los valores reconstruidos que se hayan determinado para mercancías idénticas o similares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6;
 - e) el precio de mercancías vendidas para exportación a un país distinto del país de importación;
 - f) valores en aduana mínimos;
 - g) valores arbitrarios o ficticios.
3. *Si así lo solicita, el importador será informado por escrito del valor en aduana determinado de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo y del método utilizado a este efecto.»*

4.2. En este mismo sentido el Artículo 48 de la Resolución 1684³⁷

37 **Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina - Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas.-**

**«Sección V
Sexto Método: Método del ‘Último Recurso’**

Artículo 48. Procedimiento.

1. *Para la valoración de las mercancías mediante la aplicación de este método, deben tenerse en cuenta las disposiciones del artículo 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su Nota Interpretativa.*
2. *En la mayor medida posible, los valores en aduana que se determinen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, deberán basarse en los valores en aduana determinados en aplicación de los métodos anteriores.*
3. *Si el valor en aduana de las mercancías importadas no se puede determinar aplicando los métodos indicados en los numerales 1 a 5 del artículo 3 de la Decisión 571, desarrollados en los capítulos I y II del presente título, se aplicará el método del último recurso, conforme a las disposiciones del artículo 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, y su Nota Interpretativa, y la Opinión Consultiva 12.1, de la siguiente manera:*
 - a) **Flexibilidad razonable.**
Cuando no sea posible aplicar el método principal del Valor de Transacción ni los secundarios de que tratan los capítulos I y II de este título, se aplicarán de nuevo los

³⁸ establece el procedimiento para la aplicación del sexto método de valoración

primeros cinco métodos del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Opinión Consultiva 12.2 del Comité Técnico de Valoración en lo que respecta al orden de prioridad.

Para efectos de establecer el momento aproximado, la flexibilidad razonable será reglamentada por la legislación nacional de los Países Miembros.

No podrán considerarse de manera flexible, aquellos preceptos que le dan fundamento al Método del Valor de Transacción y cuyo incumplimiento motivó su rechazo en su momento, como son, la no influencia de la vinculación en el precio pactado, la existencia de una venta tal como está definida en el literal p) del artículo 2 de este Reglamento, la existencia de un precio real ligado a esta venta y la utilización de información o datos soportados documentalmente, entre otros.

Tampoco podrá interpretarse de manera flexible, la consideración de mercancías que no eran idénticas o similares a la importada y que impidió, en su oportunidad, la aplicación del segundo y del tercer método de valoración.

En la aplicación del Método Deductivo, no podrán tomarse con flexibilidad las ventas entre partes vinculadas.

En general, no podrá acudirse, en aras de la flexibilidad, a alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 49 de este Reglamento o desvirtuar los principios básicos del Acuerdo de Valoración de la OMC y del artículo VII del GATT ni tomar valores estimados o teóricos.

b) Criterios razonables.

i) Cuando no sea posible aplicar el método principal del Valor de Transacción ni los secundarios de que tratan los capítulos I y II de este título, ni aun considerando la flexibilidad a que se refiere el literal a) del presente artículo, se permite el uso de criterios y procedimientos razonables, compatibles con los principios y las disposiciones del acuerdo mencionado y del artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el territorio aduanero comunitario; sin perjuicio de la utilización de precios de referencia según lo establecido en el numeral 5 del artículo 55 de este Reglamento.

ii) *Los criterios y procedimientos razonables aplicables a casos especiales de valoración se establecen mediante Resolución de la Secretaría General y supletoriamente en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros. Los casos especiales de valoración se determinan por la particular naturaleza de las mercancías que se han de valorar, o por las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación, o porque se presenta un cambio de régimen o destino aduanero.»*

38 A su vez, el Artículo 44 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina regula:

«Sección V

Sexto Método: Método del ‘Último Recurso’

Artículo 44. Procedimiento.

1. *Para la valoración de las mercancías mediante la aplicación de este método, deben tenerse en cuenta las disposiciones del artículo 7 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su Nota Interpretativa.*
2. *Los valores en aduana determinados mediante la aplicación de las normas que se deriven de este método, se basarán, en la mayor medida posible, en los métodos de valoración establecidos anteriormente.*
3. *Si el valor en aduana de las mercancías importadas no se puede determinar aplicando los métodos indicados en los numerales 1 a GACETA OFICIAL 09/08/2004 23.128 5 del artículo 3 de la Decisión 571, desarrollados en los Capítulos I y II del presente Título, se aplicará el método del 'Último Recurso' de la siguiente manera:*

a) Flexibilidad razonable.

A tal efecto, se aplicarán de nuevo los primeros cinco métodos del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, en el mismo orden establecido en este Acuerdo conforme a lo señalado en el artículo 4 de la Decisión 571, pero utilizando una flexibilidad razonable en la apreciación de las exigencias que cada uno de ellos contiene, hasta encontrar el primero que permita determinar el valor en aduana.

Para la aplicación de las normas previstas en el desarrollo de este método con flexibilidad razonable, en los casos que correspondan, podrán utilizarse períodos de tiempo superiores a ciento ochenta (180) días, pero no más de trescientos sesenta y cinco (365) días, a efectos de establecer el momento aproximado.

No podrán considerarse de manera flexible, aquellos preceptos que le dan fundamento al Método del Valor de Transacción y cuyo incumplimiento motivó su rechazo en su momento, como son, la no influencia de la vinculación en el precio pactado, la existencia de una venta tal como está definida en el literal k del artículo 2 de este Reglamento, la existencia de un precio real ligado a esta venta y la utilización de información o datos soportados documentalmente, entre otros.

Tampoco podrá interpretarse de manera flexible, la consideración de mercancías que no eran idénticas o similares a la importada y que impidió, en su oportunidad, la aplicación del segundo y del tercer método de valoración.

En la aplicación del método Deductivo, no podrán tomarse con flexibilidad las ventas entre partes vinculadas.

En general, no podrá acudirse, en aras de la flexibilidad, a alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 45 de este Reglamento o desvirtuar los principios básicos del Acuerdo de Valoración de la OMC y del Artículo VII del GATT ni tomar valores estimados o teóricos.

b) Criterios razonables.

De no haber sido posible efectuar la valoración de la mercancía, aun aplicando con flexibilidad los cinco primeros métodos del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, se permite el uso de criterios y procedimientos razonables, compatibles con los principios y las disposiciones del Acuerdo mencionado y del Artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el Territorio Aduanero Comunitario.

aduanera indicando que deben tomarse en cuenta las disposiciones del referido Artículo 7 del Acuerdo sobre valoración de la OMC y su nota interpretativa³⁹.

Estos criterios y procedimientos razonables comprenden los casos especiales de valoración, los cuales podrán ser establecidos en la legislación nacional de los países miembros, a falta de una norma comunitaria, sin perjuicio de la utilización de los precios de referencia según lo establecido en el numeral 5 del Artículo 53 de este Reglamento.»

39 **Notas Interpretativas del Anexo I del Acuerdo sobre valoración de la OMC.-**

«Nota al artículo 7

1. *En la mayor medida posible, los valores en aduana que se determinen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 deberán basarse en los **valores en aduana determinados anteriormente**.*
2. *Los métodos de valoración que deben utilizarse para el artículo 7 son los previstos en los artículos 1 a 6 inclusive, pero se considerará que una **flexibilidad razonable en la aplicación de tales métodos es conforme a los objetivos y disposiciones del artículo 7**.*
3. *Por flexibilidad razonable se entiende, por ejemplo:*
 - a) *Mercancías idénticas: el requisito de que las mercancías idénticas hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, podría interpretarse de manera flexible; la base para la valoración en aduana podría estar constituida por mercancías importadas idénticas, producidas en un país distinto del que haya exportado las mercancías objeto de valoración; podrían utilizarse los valores en aduana ya determinados para mercancías idénticas importadas conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.*
 - b) *Mercancías similares: el requisito de que las mercancías similares hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado, podría interpretarse de manera flexible; la base para la valoración en aduana podría estar constituida por mercancías importadas similares, producidas en un país distinto del que haya exportado las mercancías objeto de valoración; podrían utilizarse los valores en aduana ya determinados para mercancías similares importadas conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6.*
 - c) *Método deductivo: el requisito previsto en el artículo 5, párrafo 1 a), de que las mercancías deban haberse vendido “en el mismo estado en que son importadas” podría interpretarse de manera flexible; el requisito de los “90 días” podría exigirse con flexibilidad.»*

- 4.3. Por lo tanto, solo se llega al método de “último recurso” cuando ninguno de los anteriores (métodos secundarios) pudo utilizarse. Los métodos de valoración que deben utilizarse para la aplicación de este método deberán basarse en los parámetros de: a) valores determinados anteriormente, b) flexibilidad razonable y c) criterios razonables.
- 4.4. En lo que respecta a la flexibilidad razonable, el Artículo 48 de la Resolución 1684⁴⁰, prevé lo siguiente:
- (i) A los efectos de establecer el momento aproximado, la flexibilidad razonable debe ser reglamentada por la legislación interna de los países miembros.
 - (ii) No se puede considerar de manera flexible el incumplimiento de preceptos que le dan fundamento al primer método de valoración aduanera (valor de transacción) y que motivaron su rechazo.
 - (iii) No se puede considerar de manera flexible la consideración de mercancías que no eran idénticas o similares a la importada, lo cual haya impedido en su momento aplicar el segundo y tercer método.
 - (iv) No puede considerarse de manera flexible las ventas entre las partes vinculadas para la aplicación del método deductivo (cuarto método).
 - (v) No pueden considerarse de manera flexible las prohibiciones establecidas en el Artículo 49 de la Resolución 1684, o la inobservancia de los principios básicos de la valoración aduanera previstos en el Acuerdo de valoración de la OMC y del Artículo 7 del el Acuerdo sobre valoración de la OMC.
- 4.5. La Opinión Consultiva 12.2 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC⁴¹ explica que el Acuerdo sobre valoración de

40 Ver Artículo 44 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, anteriormente citado.

41 **Instrumentos que contienen la información y el asesoramiento suministrados por el Comité Técnico de Valoración en Aduana. -**

la OMC no exige que la utilización de los métodos secundarios de aplicación del sexto método de valoración aduanera deba respetar el orden de aplicación preestablecido, sin embargo, el Artículo 7 exige que se debe recurrir a criterios razonables, por lo tanto, cuando sea razonablemente posible se deberá respetar el orden de aplicación previsto.

- 4.6. Al respecto debe quedar claro que en los casos en los que se deba definir el valor de transacción de las mercancías siempre tendrá que privilegiarse la aplicación del primero de los métodos y si este método no resulta aplicable se deben utilizar los siguientes métodos en el orden que aparecen.
- 4.7. Por otra parte, la Opinión Consultiva 12.3 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC⁴² establece la posibilidad que

«OPINION CONSULTIVA 12.2

ORDEN DE PRIORIDAD AL APLICAR EL ARTÍCULO 7 DEL ACUERDO

1. *Al aplicar el artículo 7, ¿es necesario respetar el orden de prioridad de los métodos de valoración de los artículos 1 a 6?*
2. *El Comité Técnico de Valoración en Aduana expresó la opinión siguiente:*

El Acuerdo no contiene disposición alguna que exija expresamente que, al aplicar el artículo 7, haya que respetar el orden de prioridad prescrito en los artículos 1 a 6. Sin embargo, el artículo 7 exige que se recurra a criterios razonables, compatibles con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo, lo que indica que cuando sea razonablemente posible deberá respetarse el orden de prioridad. Así pues, cuando sea posible utilizar varios métodos aceptables para determinar el valor en aduana según el artículo 7, debería respetarse el orden de prioridad prescrito.»

- 42 **Instrumentos que contienen la información y el asesoramiento suministrados por el Comité Técnico de Valoración en Aduana. -**

«OPINION CONSULTIVA 12.3

**UTILIZACION DE INFORMACIONES DE FUENTE EXTRANJERA
AL APLICAR EL ARTÍCULO 7**

1. *Al aplicar el artículo 7, ¿pueden las Aduanas utilizar informaciones proporcionadas por el importador que éste haya obtenido de fuentes extranjeras?*

la autoridad aduanera pueda utilizar información proporcionada por el importador que provenga de fuentes extranjeras, tomando en consideración que tratándose de negociaciones internacionales es natural que la fuente de la información provenga de otros países⁴³, siempre que la información esté disponible en el país de importación y que pueda comprobarse su veracidad o exactitud.

- 4.8. De acuerdo con lo previsto en la Opinión Consultiva 12.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC⁴⁴ en

-
2. *El Comité Técnico de Valoración en Aduana expresó la opinión siguiente: Tratándose de transacciones que tienen su origen fuera del país de importación, puede suponerse que ciertas informaciones proceden de fuentes extranjeras. Ahora bien, el artículo 7 no hace mención alguna del origen de la información que ha de utilizarse al aplicarlo, sino que establece simplemente que los datos deben encontrarse disponibles en el país de importación. Por lo tanto, el origen de la información no impedirá en sí que se utilice para aplicar el artículo 7, siempre que tal información esté disponible en el país de importación y que las Aduanas puedan comprobar su veracidad o exactitud.»*

- 43 Julia Inés Sánchez, *Valoración aduanera*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2007, p. 181.
Disponible en:
<http://www.comunidadandina.org/Publicaciones.aspx?tema=67&tipo=&bus-ca=&x=35&y=7>

- 44 **Instrumentos que contienen la información y el asesoramiento suministrados por el Comité Técnico de Valoración en Aduana. -**

«OPINIÓN CONSULTIVA 12.1

FLEXIBILIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 7 DEL ACUERDO

1. *Al aplicar el artículo 7, ¿pueden utilizarse métodos diferentes de los establecidos en los artículos 1 a 6, si no están prohibidos por el artículo 7.2 a) a f) y son compatibles con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo y del artículo VII del GATT de 1994?*
2. *El Comité Técnico de Valoración en Aduana expresó la opinión siguiente: El párrafo 2 de la Nota interpretativa al artículo 7 establece que los métodos de valoración que deben utilizarse conforme al artículo 7 son los previstos en los artículos 1 a 6 inclusive, pero aplicados con una flexibilidad razonable.*

No obstante, si aplicando incluso de manera flexible estos métodos no puede determinarse un valor en aduana, éste puede determinarse, en último recurso, aplicando otros métodos razona-

concordancia con el Artículo 48 de la Resolución 1684⁴⁵, para la aplicación del método del último recurso la valoración aduanera deberá realizarse utilizando los métodos secundarios, pero aplicando una **flexibilidad razonable**. Si aun aplicando una flexibilidad razonable no puede determinarse el valor en aduana, este puede determinarse aplicando otros **criterios razonables** siempre que el segundo párrafo del Artículo 7 del Acuerdo sobre valoración de la OMC no los prohíba.

4.9. Para asegurar la aplicabilidad de criterios razonables se deben tomar en cuenta la compatibilidad con los principios sobre valoración aduanera según lo establecido en el Artículo VII del GATT de 1947, sobre la base de los datos disponibles en el territorio aduanero comunitario, sin perjuicio de la utilización de precios de referencia, es decir:

- (i) El valor en aduana de las mercancías importadas debería basarse en el **valor real de la mercancía importada** a la que se aplique el derecho o de una mercancía similar y no en el valor de una mercancía de origen nacional, ni en valores arbitrarios o ficticios.
- (ii) El “valor real” debería ser **el precio al que, en tiempo y lugar determinados por la legislación del país importador, las mercancías importadas u otras similares son vendidas u ofrecidas para la venta** en el curso de operaciones comerciales normales efectuadas en condiciones de libre competencia.
- (iii) Cuando sea imposible determinar el valor real, el valor en aduana **debería basarse en el equivalente comprobable que se aproxime más a dicho valor**.

bles siempre que el artículo 7.2 no los prohíba.

Al determinar el valor en aduana según el artículo 7, el método que se utilice debe de ser compatible con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo y del artículo VII del GATT de 1994.»

45 Ver Artículo 44 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina anteriormente citado.

- (iv) En el valor en aduana de todo producto importado **no debería computarse ningún impuesto interior aplicable en el país de origen o de exportación** del cual haya sido exonerado el producto importado o cuyo importe haya sido o habrá de ser reembolsado.
- 4.10. Los criterios y procedimientos razonables aplicables para los casos especiales de valoración aduanera (determinados por la especial naturaleza, circunstancias de las operaciones, o porque se presenten cambios de régimen o destino aduanero de las mercancías a valorar), deben establecerse mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) y de manera supletoria por la legislación nacional de los países miembros.
- 4.11. Al respecto, el Acuerdo sobre valoración de la OMC impide cualquier tipo de arbitrariedad, por lo que se da la posibilidad al importador de indagar con la administración de aduanas la forma y el método con el cual se le determinó el valor en aduana de las mercancías importadas.
- 4.12. En atención a lo indicado, y conforme a lo previsto en el Artículo 48 de la Resolución 1684, al aplicar este método, la utilización de los criterios razonables no podrá interpretarse en el sentido de utilizar procedimientos arbitrarios que sean contrarios a los principios y disposiciones del Acuerdo sobre valoración de la OMC y del Artículo VII del GATT. Sobre el particular, el Artículo 49 de la referida Resolución establece las siguientes excepciones en las que no se basará su aplicación:
- a) El precio de venta en el territorio aduanero comunitario de mercancías producidas en dicho territorio.
 - b) Un sistema que prevea la aceptación, a efectos de valoración en aduana, del más alto de dos valores posibles.
 - c) El precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador.

- d) Un costo de producción distinto de los valores reconstruidos que se hayan determinado para mercancías idénticas o similares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.
 - e) El precio de mercancías vendidas para exportación a un país distinto del territorio aduanero comunitario.
 - f) Valores en aduana mínimos.
 - g) Valores arbitrarios o ficticios.
- 4.13. Cabe resaltar que no deben utilizarse criterios de valoración que dependan de valores en aduana mínimos, ni tampoco de valores arbitrarios o ficticios que logren percibir una mayor cantidad de impuestos en las importaciones de manera indebida. Así, el valor en aduana determinado según el método del “último recurso”, no se basará en: valores en aduana mínimos, ni en valores arbitrarios o ficticios. Sería, en efecto, arbitrario valorar por ejemplo en base a precios de mercancías producidas en el país de importación, a precios internos del país exportador.
- 4.14. Los valores arbitrarios o ficticios se dan cuando no existe soporte documental alguno y que no han podido ser fehacientemente probados por la autoridad aduanera⁴⁶.
- 4.15. En ese sentido, se deberá tener en cuenta lo señalado en la presente Interpretación Prejudicial respecto a los supuestos que deben concurrir a efectos de aplicar correctamente el sexto método de valoración, en cumplimiento de las normas comunitarias que regulan la materia.
5. **La valoración específica de vehículos automotores usados**⁴⁷

46 Luis Miguel Antón Bajo, El despacho aduanero, FC Editorial, Madrid, 2000, p. 167.

47 Esta sección ha sido extraída de las páginas 18 a 22 de la Interpretación Prejudicial N° 250IP2018 de fecha 28 de junio de 2019 (Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac), que constan en las páginas 50 a 54 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Carta-

El Estudio 1.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana relativo al “Trato aplicable a los vehículos de motor usados”

- 5.1.1. El Estudio 1.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana relativo al “Trato aplicable a los vehículos de motor usados” (en adelante, **Estudio 1.1**) es un instrumento que permite conseguir —a nivel técnico— uniformidad en la interpretación y aplicación del Acuerdo sobre valoración de la OMC⁴⁸. Dicho Estudio se

gena N° 3690 del 11 de julio de 2019.

Se ha editado los párrafos 2.1.1 y 2.2.2 de las páginas 19 y 21 de la referida Interpretación Prejudicial.

Asimismo, se ha corregido la cita textual contenida en el párrafo 2.2.1 de la página 18 de la mencionada Interpretación Prejudicial.

La Interpretación Prejudicial N° 250IP2018 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203690.pdf>

48

«Apéndice

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS (OMA) TEXTOS DEL COMITÉ DE VALORACIÓN EN ADUANA

TEXTOS PREMILINARES

(...)

8. *Al examinar el valor legal de las decisiones que toma el Comité Técnico en el ejercicio de sus funciones de conformidad con el Anexo I, no hay que perder de vista que resulta claramente del Acuerdo que el Comité Técnico debe elaborar instrumentos que permitan conseguir, a nivel técnico, una uniformidad en la interpretación y aplicación del Acuerdo. Las opiniones consultivas, comentarios, notas explicativas, estudios e informes deberán ser los instrumentos para ello. Sin embargo, esos instrumentos no constituyen una norma internacional. A diferencia de las Notas interpretativas al Acuerdo que figuran en el Anexo I, ninguna de las disposiciones del Acuerdo implica que las decisiones del Comité Técnico hayan de tener fuerza legal para los Signatarios mientras no estén incorporadas a la legislación nacional de éstos.*
9. *No obstante, el texto del Anexo II demuestra claramente que las decisiones del Comité Técnico están destinadas a desempeñar un papel importante y vital en el logro de una uniformidad en la interpretación y aplicación del Acuerdo. Para alcanzar tal objetivo lo más indicado es elaborar un sistema de informes que permita tanto al Consejo como al Comité de Valoración en Aduana, cada uno en el ejercicio de su mandato, el Consejo con arreglo a su Convenio y el Comité de Valoración en Aduana con arreglo al Acuerdo,*

encuentra ubicado en el Apéndice de la Resolución 1684 de la SGCA y por ello se encuentra comunitarizado.

- 5.1.2. El referido Estudio tiene por objeto proponer soluciones a cuestiones o dificultades prácticas no planteadas en cuanto al procedimiento aplicable para la valoración aduanera de los vehículos de motor usados a fin de que sean resueltas por las administraciones aduaneras.
- 5.1.3. La determinación de los criterios para considerar si un vehículo automotor es usado será realizada por cada administración aduanera teniendo en consideración que existen diversidad de situaciones que no permiten establecer una práctica uniforme o análoga aplicable para todos los casos⁴⁹.
- 5.1.4. El referido Estudio establece que para la valoración de los vehículos usados importados se presentan, fundamentalmente, las siguientes situaciones:
- a) El vehículo se importa después de su compra sin haber sido utilizado en el intervalo.
 - b) El vehículo se importa después de haber sido utilizado posteriormente a la compra.
- 5.1.5. En ambas situaciones, la valoración de los vehículos usados importados se inicia con la aplicación del primer método (valor de transacción), y en defecto de este, se continúa con los otros métodos (los métodos secundarios).
- 5.1.6. El Estudio 1.1 señala que probablemente no sea posible llegar a un método de valoración tipo para los vehículos automotores usados; sin embargo, es preciso dar a las administraciones aduaneras la posibilidad de escoger un método de valoración compatible

tener en cuenta el trabajo del Comité Técnico.

(...»

(Subrayado agregado)

49 Ver Numeral 3 del Estudio 1.1.

con los principios y disposiciones generales del Acuerdo sobre valoración de la OMC que se conjugue con las circunstancias particulares de cada país.

5.1.7. En atención a lo antes referido, para realizar la valoración, la administración aduanera deberá tomar en consideración los siguientes aspectos señalados en el Numeral 19 del Estudio 1.1:

- a) El valor en aduana puede basarse en el precio realmente pagado o por pagar por el vehículo usado.
- b) El vehículo deberá valorarse teniendo en cuenta su estado al momento de la valoración.
- c) El precio deberá ser ajustado teniendo en cuenta la depreciación por causa de la antigüedad o del grado de utilización del vehículo desde su compra.
- d) A fin de evitar la arbitrariedad, la administración aduanera deberá fijar los ajustes tomando como base criterios de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto y, en especial, el grado de utilización del vehículo.
- e) Cada perfeccionamiento o instalación de accesorios efectuada después de la compra del vehículo debe conducir a un incremento de su valor.

5.1.8. El Numeral 20 del Estudio 1.1 explica que en caso de que no exista un precio realmente pagado o por pagar, el valor podrá determinarse mediante la celebración de consultas entre la administración aduanera y el importador, sobre la base del valor de transacción previamente aceptado para vehículos nuevos importados pertenecientes a la misma marca y modelo, o en su defecto, vehículos nuevos similares. Este valor deberá ajustarse a efectos de poder reflejar el estado del vehículo al momento de la valoración, teniendo en consideración la depreciación por causa de la antigüedad, del desgaste o de la obsolescencia, así como la eventual instalación de accesorios que no formen parte de la versión o modelo de referencia. *A contrario sensu*, se deberá

realizar el correspondiente ajuste en caso de falta o ausencia — en el vehículo usado objeto de valoración— de accesorios que sí formen parte de la versión o modelo de referencia.

5.1.9. El Numeral 23 del Estudio 1.1 establece lo siguiente:

«...Cuando se disponga de catálogos o revistas especializadas, que indican los precios corrientes para el mercado de vehículos usados en el país de importación, esos precios pueden servir como base para la valoración. En tal caso habrá de tenerse en cuenta, naturalmente, el estado del vehículo y todos los elementos que influyan en su valor (por ejemplo, desgaste anormal, reparaciones, revisión, instalación de accesorios) en comparación con los del vehículo de referencia. Por otra parte, es preciso que no se pase por alto el hecho de que los precios indicados en esos catálogos pueden comprender los derechos y gravámenes de importación. Sin embargo, el artículo 7, párrafo 2 a) prohíbe la aplicación de este método a los vehículos producidos en el país de importación (en la medida en que puedan estar sujetos a derechos en el momento de una reimportación eventual). En tales casos pondrían tomarse como referencia quizá vehículos idénticos o similares producidos en otros países, gracias a una interpretación flexible de los términos ‘idénticos’ o ‘similares’»

5.1.10. En conclusión, cuando se disponga de catálogos o revistas especializadas u otras fuentes de información que se encuentren en internet respecto del precio de venta de vehículos automotores usados, esos precios pueden servir de fundamento para corroborar el precio o valor contenido en los recibos, facturas o contratos presentados a la administración aduanera para efectuar la valoración en aduana.

5.2. La importancia de utilizar fuentes de información confiables sobre precios de vehículos automotores usados

5.2.1. El Numeral 6 del Estudio 1.1 establece lo siguiente:

«Como la importación es consiguiente a una venta, el precio realmente pagado o por pagar por tal transacción debe servir como base para determinar el valor de transacción siempre que se cumplan los requisitos y condiciones del artículo 1 del Acuerdo.»

- 5.2.2. Como puede apreciarse del numeral citado, tratándose de la importación de vehículos usados, el precio realmente pagado debe originar la aplicación del primer método, evidentemente si se dan los supuestos establecidos en el Artículo 5 de la Resolución 1684 y los supuestos a), b), c) y d) del Numeral 1 del Artículo 1 del Acuerdo de valoración de la OMC.
- 5.2.3. No hay razón para dudar del precio de transacción presentado por el importador de un auto usado si es que dicho precio guarda verosimilitud⁵⁰, razonabilidad o proporcionalidad con relación a los precios listados de autos usados en catálogos, revistas especializadas u otras fuentes especializadas de información electrónica existentes actualmente, como son las plataformas en línea para la comercialización de vehículos usados⁵¹.
- 5.2.4. En caso de que haya fundamentos para la duda razonable, se proseguirá con los siguientes métodos de valoración (métodos secundarios) conforme a los criterios orientativos establecidos en el Estudio 1.1.

6. Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los países miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior⁵²

50 Podría inferirse verosimilitud si el precio consignado en la factura, recibo o contrato es bastante cercano al precio de un vehículo automotor usado idéntico o similar contenido en un catálogo, revista u otra fuente especializada de información electrónica, como son las plataformas en línea para la comercialización de vehículos usados.

La verosimilitud será manifiestamente evidente si el precio consignado en la factura, recibo o contrato es superior al precio de un vehículo automotor usado idéntico o similar contenido en un catálogo, revista u otra de las fuentes de información antes referidas.

51 Es el caso, por ejemplo, de www.patiotuerca.com, www.1001carros.com, www.cabre-rautos.com, www.olx.com, www.neoauto.com, www.todoautos.com, www.carros.mercadolibre.com, www.carroya.com, www.tucarro.com, www.demotores.com, www.autocosmos.com, www.autos.com, www.tumomo.com, entre otros.

52 Esta sección ha sido extraída de las páginas 3 a 10 de la Interpretación Prejudicial N° 2001P2019 de fecha 18 de junio de 2020 (Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac), que constan en las páginas 15 a 22 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4012 del 2 de julio de 2020.

Se han editado los párrafos 1.6, 1.16, 1.18 y 1.24 de las páginas 5 a 10 de la referida

- 6.1. Este Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones, respecto de la facultad que poseen las autoridades aduaneras, así como cuáles son sus limitaciones.⁵³
- 6.2. La Decisión 778 establece las normas que las autoridades aduaneras de los países miembros de la Comunidad Andina deberán aplicar para el control de las operaciones de comercio exterior.
- 6.3. El Artículo 5 de la referida norma comunitaria señala que las acciones de control e investigación de la autoridad aduanera tiene como objetivos comprobar: (i) la exactitud y veracidad de los datos declarados relativos a las destinaciones amparadas en una o más declaraciones presentadas durante un determinado período de tiempo; (ii) el cumplimiento de los requisitos exigidos a mercancías ingresadas a un país miembro mientras permanezcan bajo un régimen de perfeccionamiento activo o de importación temporal con suspensión de tributos o con tratamiento preferencial; (iii) el cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías ingresadas a un país miembro amparadas de otro destino aduanero o con exención de tributos; y (iv) la circulación legal de las mercancías.
- 6.4. En ese sentido, la autoridad aduanera, en aras de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, tiene la facultad de ejercer el control aduanero en las siguientes fases: (i) un **control anterior**, antes de la admisión de la declaración aduanera; (ii) un **control durante el despacho**, ejercido desde el momento de la admisión de la declaración y hasta el momento del levante; (iii) y un **control posterior**, que se da a partir del levante⁵⁴ (retiro) o

Interpretación Prejudicial.

La Interpretación Prejudicial N° 200IP2019 (completa) se encuentra disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204012.pdf>

- 53 Ver Interpretaciones Prejudiciales números 03-IP-2014 de fecha 30 de abril de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2355 del 30 de junio de 2014; y 84-IP-2014 de fecha 1 de octubre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2423 del 3 de diciembre de 2014.
- 54 Por levante de las mercancías se entiende el *«acto por el cual la autoridad aduanera autoriza a los interesados a disponer de las mercancías de acuerdo con el régimen aduanero solicitado»*. Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú. Diccionario Aduanero.

embarque de la mercancía⁵⁵ (Artículo 7 de la Decisión 778).

- 6.5. Sobre el objetivo de los mencionados controles, el Tribunal ha determinado, teniendo en cuenta el Reglamento Comunitario de la Decisión 571, algunos aspectos que es conveniente reiterar:

«Garantizar que se han cumplido las condiciones previstas en el Artículo 1 relativas a la utilización del valor de transacción, venta, partes relacionadas, entre otros;

Determinar si el valor declarado comprende el precio total pagado por pagar por el importador por las mercancías importadas;

Determinar si los ajustes previstos en el Artículo 8 han sido incluidos en el valor aduanero declarado;

Verificar la aplicación correcta de los métodos secundarios de valoración cuando estos deban utilizarse;

Prevenir y evitar la utilización de prácticas prohibidas, por ejemplo, la utilización de valores teóricos o estimados, o sencillamente fraudulentos; y,

Tales controles se deben cumplir en varias etapas: previa al despacho, en el momento del despacho y en la fase posterior al despacho»⁵⁶.

- 6.6. En los casos en que se cuestione la facultad de control posterior ejercida por una autoridad aduanera, será necesario desarrollar un análisis particular sobre el tema en concreto. El control aduanero posterior es definido como:

Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/glosario-sp-29859/aduanero> (Consulta: 13 de abril de 2020).

55 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de embarque: «1. m. Acción y efecto de embarcar (|| introducir personas u objetos en un medio de transporte). 2. m. Acción y efecto de embarcar (|| hacer que alguien intervenga en una empresa difícil). 3. m. embolado (|| cometido engorroso). tarjeta de embarque». Disponible en: <https://dle.rae.es/embarque#otras> (Consulta: 13 de abril de 2020).

Por embarque de las mercancías se entiende la acción de introducir las mercaderías a los medios de transporte desde la aduana con destino al exterior o a otras Aduanas del mismo país.

56 Ver Interpretación Prejudicial N° 44-IP-2009 de fecha 28 de agosto de 2009, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1783 del 7 de diciembre de 2009.

«...el que realiza la administración aduanera una vez que las mercancías ya se encuentran en propiedad del dueño o consignatario; pero, por el poder que tiene la administración para verificar las operaciones realizadas por los consignatarios, dentro de un periodo posterior al levante de las mercancías, es que se pueden realizar los controles mencionados.»⁵⁷

- 6.7. Al respecto, encontramos que, en el marco normativo del Artículo 14 de la Decisión 778, la autoridad aduanera se encuentra facultada para efectuar diversas acciones de control posterior, tal como se precisa a continuación:

«Artículo 14.- Una vez autorizado el levante o el embarque de las mercancías y con el objeto de garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración, las autoridades aduaneras podrán proceder al control posterior de:

- a) Mercancías, documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate;
- b) Documentos y datos relativos a las operaciones comerciales posteriores o anteriores vinculadas a la importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate, incluyendo el Documento Único Aduanero (DUA) y la Declaración Andina del Valor (DAV);
- c) Operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación y otras a las que estén sometidas las mercancías importadas al amparo de un régimen de perfeccionamiento activo, así como los productos obtenidos de estas operaciones; o
- d) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías en importación temporal y demás regímenes suspensivos del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos, o sujetos a tratamientos preferenciales y a las mercancías importadas al amparo de los demás destinos aduaneros.

(...»

57 José Armando Garavito Castillo, Control Aduanero, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2007, p. 18. http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165195749libro_atrc_control.pdf

- 6.8. Como se aprecia, el Artículo 14 de la Decisión 778 establece como uno de los objetivos del control posterior garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración aduanera, para lo cual las autoridades aduaneras se encuentran facultadas para ejercer dicho control sobre:
- (i) Mercancías, declaraciones de aduana, manifiesto de carga, documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una determinada operación comercial documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero;
 - (ii) Operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación y otras a las que estén sometidas las mercancías importadas al amparo de un régimen de perfeccionamiento activo y sobre los productos derivados de estas;
 - (iii) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías en importación temporal y demás regímenes suspensivos del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos, o sujetos a tratamientos preferenciales, entre otros.
- 6.9. Para ejercer estas facultades es necesario que el importador proporcione toda la información requerida por la administración aduanera. La persona obligada a dar información deberá entregarla a la autoridad aduanera de manera oportuna en la forma y términos que establezca la norma interna de cada país miembro.
- 6.10. Con relación a lo antes indicado, el párrafo 6 del Anexo III del Acuerdo sobre valoración de la OMC, al referirse al Artículo 17 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, señala que al aplicar el referido Acuerdo podrá ser necesario que las administraciones de aduanas procedan a efectuar investigaciones sobre la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración que les sean presentados a efectos de la valoración en aduana. El artículo reconoce, por tanto, que pueden realizarse investigaciones con la finalidad de, por ejemplo, comprobar si los elementos del valor

declarados o presentados a las autoridades aduaneras en relación con la determinación del valor en aduana son completos y exactos. Los países miembros, con sujeción a sus leyes y procedimientos nacionales, tienen la potestad de contar con la plena cooperación de los importadores en esas investigaciones.

- 6.11. Ello guarda relación con las funciones que, de acuerdo con la normativa andina, le corresponde ejercer a las autoridades aduaneras (unidades de control posterior) dentro de los controles posteriores, establecidas en el Artículo 17 de la Decisión 778, en el cual se detalla una lista de facultades que van desde la investigación de los hechos generadores de obligaciones aduaneras, la determinación definitiva de las bases imponibles hasta la comprobación de la exactitud de las deudas aduaneras, entre otros.
- 6.12. Asimismo, conforme lo previsto en el Artículo 15 de la Decisión 778, a efectos de efectuar el control posterior, la autoridad aduanera podrá examinar los libros, documentos, archivos, soportes magnéticos, data informática y cualquier otra información relacionada con las operaciones de comercio exterior. Asimismo, las citadas normas agregan que dicho control puede ser ejercido contra cualquier persona que se encuentre en posesión o disponga de la información o documentos relacionados a las operaciones aduaneras sujetas a control, incluso podrá requerir la información si se encuentran fuera de su ámbito de control territorial.
- 6.13. De lo expuesto resulta importante tener en cuenta que, la norma comunitaria es enunciativa al momento de señalar la información o documentos que la autoridad aduanera podría requerir a cualquier persona ligada directa o indirectamente con una o varias operaciones aduaneras sujetas a control posterior.
- 6.14. Si bien la norma, al momento de detallar la información susceptible de requerimiento por parte de la autoridad aduanera, muestra un artículo *numerus apertus*, ello no faculta a la autoridad aduanera a solicitar información o documentación que no se encuentre relacionada con la operación aduanera, lo cual deberá analizarse en cada caso concreto.

- 6.15. Así, la administración aduanera puede solicitar, en concordancia con los artículos antes detallados, documentos comerciales, contables, bancarios, libros, archivos, soportes magnéticos, data informática y cualquier otra información relacionada con las operaciones de comercio exterior y que coadyuve a la finalidad del ejercicio de control posterior: comprobar la exactitud y veracidad de los datos declarados relativos a las operaciones amparadas en una o más declaraciones presentadas durante un determinado período de tiempo.
- 6.16. Por su parte, el Artículo 54 de la Resolución 1684 de la SGCA señala que entre los documentos que pueden ser obtenidos por las autoridades aduaneras, a efectos de que se verifiquen los elementos de hecho y circunstancias comerciales de la negociación y del cumplimiento de las disposiciones previstas en el Acuerdo sobre valoración de la OMC, la Decisión 571, así como en el mencionado reglamento, se encuentran las pruebas de los pagos de la mercancía, comunicaciones bancarias inherentes al pago (fax, correos electrónicos, entre otros), cartas de crédito, documentos presentados para la solicitud de créditos, contratos, acuerdo de licencia, correspondencia y otros datos comerciales, documentos contables, entre otros, señalando expresamente la norma que puede ser en general cualquier documento que demuestre las condiciones bajo las cuales va a ser utilizado uno de los métodos de valoración, en su orden.
- 6.17. Asimismo, la norma advierte que la carga de la prueba corresponde, en primer lugar, al importador o comprador de la mercancía, y en el supuesto que estos no sean la misma persona, la carga de la prueba les corresponde a ambos, tal como lo establece el Artículo 18 de la Decisión 571.
- 6.18. Para el ejercicio de las facultades de control posterior, las unidades de control posterior se deben adecuar a planes y programas de actuación que deben ser elaborados de forma periódica (anual), con base en criterios de objetividad, oportunidad, selectividad y

capacidad operativa. En dichos planes se deberá tomar en cuenta el período de prescripción o caducidad de las acciones según la legislación nacional. Las administraciones aduaneras de los países miembros podrán articularse con otros órganos nacionales o de cooperación aduanera internacional y deberán documentar sus actuaciones (Artículos 18, 19, 20 y 21 de la Decisión 778).

El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior

- 6.19. Tal como se ha dispuesto en el último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778⁵⁸, en concordancia con lo establecido en el Artículo 52 de la Resolución 1684 de la SGCA (Reglamento de la Decisión 571, normativa andina directamente relacionada con la valoración de las mercancías importadas)⁵⁹, los controles ejercidos por la autoridad aduanera (comprendido el control posterior) también pueden incluir el examen físico de las mercancías.

58 **Decisión 778 de la Comisión de la Comunidad Andina.-**

«Artículo 14.-

(...)

Las acciones de control posterior sobre las declaraciones, manifiesto de carga y demás documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una determinada operación comercial, comprenderán el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se encuentren.»

59 **Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina).-**

«Artículo 52. Verificaciones y controles complementarios.

1. *Cuando se requiera, la Administración Aduanera efectuará la verificación y controles complementarios en las propias oficinas, establecimientos o fábricas de los importadores o de cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las operaciones de importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías o de cualquier otra persona que posea los documentos y datos de la Declaración en Aduana de las mercancías importadas y de la Declaración Andina del Valor, con el fin de asegurar la aplicación de las medidas que garanticen la determinación del valor en aduana que corresponda.*

Estos controles podrán también incluir el examen físico de las mercancías.

2. *Los administrados tienen el deber de prestar plena cooperación a las Administraciones Aduaneras en sus investigaciones, por lo que deben facilitar los medios que permitan efectuarlas y se someterán, incluso, a la comparecencia cuando así se les solicite.»*

(Subrayado agregado)

- 6.20. Teniendo claro que la fase de control posterior solo es ejercida por la administración aduanera una vez que las mercancías se encuentran en poder del importador, dueño o consignatario (finalizado el levante o embarque), se evidencia la *ratio legis* del legislador andino para considerar la posibilidad de realizar también el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se encuentren, al mencionar que el ejercicio de esta facultad específicamente se realiza sobre mercancías (primer párrafo de Artículo 14 de la Decisión 778).
- 6.21. De esta manera, durante la fase de control posterior, también la autoridad aduanera puede incluir el reconocimiento de las mercancías en el lugar donde se encuentren. Se entiende por reconocimiento físico la *“operación que consiste en verificar lo declarado, mediante una o varias de las siguientes actuaciones: reconocer las mercancías, verificar su naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, o clasificación arancelaria”*.⁶⁰
- 6.22. Sin embargo, en ejercicio del control posterior, la autoridad aduanera no siempre está obligada a realizar el reconocimiento sobre las mercancías físicas, generalmente realiza el reconocimiento sobre los documentos que forman parte de la declaración aduanera, por cuanto, lógicamente, esto dependerá de la naturaleza de las mercancías, del tiempo que haya transcurrido entre el levante o embarque de la mercancía (recordando que la prescripción de la facultad de control posterior dependerá de lo establecido por la norma interna de cada país miembro), y por supuesto del destino de estas, en el entendido de que el importador busca comercializar de la manera más rápida posible sus mercancías, y en muchas ocasiones ya no existe en inventario. Es decir, la autoridad aduanera hace el reconocimiento de las mercancías en el lugar, en tanto ello sea posible y lo considere pertinente.

60 Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú. Diccionario Aduanero. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/glosario-sp-29859/aduanero> (Consulta: 13 de abril de 2020).

- 6.23. Hay que recordar que la autoridad aduanera tiene amplias potestades para solicitar la información pertinente para la valoración de la mercancía en ejercicio del control posterior, para lo cual la naturaleza de las mercancías tiene bastante relevancia. No se puede realizar una interpretación literal ni aislada del último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778. Por el contrario, es facultativo de la administración aduanera decidir a través de qué acción desplegará su facultad de control posterior, por ejemplo, si la autoridad aduanera ha decidido que para el ejercicio del control posterior solicitará documentación como listado de cuentas bancarias, copias de estados de cuenta y tarjeta de crédito etc., no se requiere de una verificación física de las mercancías, por lo que el importador debe proporcionar dicha documentación para un correcto análisis dentro del procedimiento de control posterior.
- 6.24. En este aspecto, se debe tener en cuenta lo señalado en líneas anteriores para determinar si en el ejercicio de las facultades de control posterior, las medidas adoptadas por la administración aduanera en su actuación se realizan con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera común, y si se ajustan al cumplimiento de las normas comunitarias que regulan la materia.

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

CAPÍTULO X

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA TRIBUTARIA

Hernan Eduardo Almeida Jaramillo

Lina María Rodríguez Fernández

A efectos de desarrollar el tema de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en materia de tributaria previamente se hará referencia al marco normativo expedido por dicha Comunidad en esta área del Derecho, para luego ir identificando los correspondientes pronunciamientos jurisprudenciales de esta Corte internacional.

Sin duda del tipo y grado de integración que los Países Miembros desean establecer, dependerá cuan profundas puedan ser las normas que se expidan con el fin de lograr dicha integración, pero además, de cuan viable resulta ser en la práctica la aplicación de aquellas normas. Esto es particularmente evidente en el campo de los impuestos indirectos, cuyo ejemplo más destacado lo constituyen las Decisiones 599 y 600 de la Comisión, sobre “Armonización de los aspectos sustanciales y procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado” y “Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo”, expedidas el 12 de julio de 2004, sobre las cuales posteriormente nos referiremos nuevamente.

Es en el año de 1989, durante el proceso de relanzamiento de la integración andina, en la Declaración de Galápagos, en el que se definió un nuevo diseño estratégico de la Comunidad, acordando los Países Miembros, entre otras decisiones, llevar adelante un proceso de armonización de los impuestos indirectos, dentro del marco del establecimiento de un programa para la armonización de otros mecanismos de política económica.

Como fruto de dicha decisión habrían de irse expidiendo varias normas en esta materia. Así, en el año 1992 se expidió la Decisión 324, sobre “Arancel Externo Común, Programa de Liberación e Incentivos a las

Exportaciones Intrasubregionales; en el mismo año se expidió la Decisión 330, sobre “Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales; en el año 2006 la Decisión 388, sobre “Armonización de los Impuestos Indirectos como Incentivos a las Exportaciones de Bienes”; en el año 2004 las Decisiones 599 y 600, ya mencionadas; y, en el año 2006 la Decisión 635, mediante la cual se modificó las Decisiones 599 y 600, en lo relativo a su vigencia.

Si bien a continuación se procederá a concretar los casos en los que el Tribunal se ha pronunciado en materia de impuestos indirectos, nos parece oportuno hacer referencia a la sentencia del Tribunal en el proceso 132-AI-2003, como información adicional, a efectos de precisar luego de mejor manera lo referido en el segundo párrafo de este documento, respecto de las Decisiones 599 y 600 de la Comisión.

Esta sentencia fue expedida en un proceso iniciado por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, en la vía de la acción de incumplimiento. Aunque el caso se refiere a un tema relativo al cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado -IVA- en dicho País Miembro, la controversia y su análisis se realiza en el marco del Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, abordándose temas como el de gravámenes y restricciones, o los principios de trato nacional y de no discriminación, consideramos pertinente citar un párrafo de la misma, en aras de destacar que si bien esta sentencia fue emitida luego de haberse expedido las Decisiones 599 y 600 de la Comisión, las mismas no se encontraban vigentes en ese momento, en atención a que ellas habían establecido que debían ser incorporadas al derecho interno de cada País Miembro cuando así lo previera su norma constitucional, debiendo entrar en vigencia el primer día calendario del mes inmediato siguiente a la fecha del último depósito del instrumento correspondiente en la Secretaría General de la Comunidad Andina, cuestión que en la práctica no sucedió, y que conduciría luego a la expedición de la Decisión 635:

En el presente caso se observa, (sic) las diferentes leyes del IVA de Venezuela y/o sus reglamentos desde su promulgación, han creado una situación de discriminación entre ciertos productos venezolanos y sus similares de la Subregión; y si bien el tema del Impuesto al Valor Agregado no ha sido armonizado por

alguna normativa andina, ello no excusa a los Países Miembros para que en sus normas internas sobre IVA, o en general sobre cualquier otra materia, creen una situación que se traduzca en una discriminación entre los productos provenientes de los países andinos, en abierta contravención de las normas comunitarias.

Entrado en materia, es a partir del año 2005 que el Tribunal se pronunció en varias oportunidades sobre temas relacionados a los impuestos indirectos, la gran mayoría en la vía de la interpretación prejudicial. Por ejemplo en los siguientes procesos: 75-IP-2005¹, 76-IP-2005², 77-IP-2007³, 112-IP-2005⁴, 113-IP-2005⁵, 170-IP-2005⁶, 188-IP-2005⁷, 215-IP-2005⁸, 49-IP-2006⁹, 50-IP-2006¹⁰, 51-IP-2006¹¹, 52-IP-2006¹², 53-IP-2006¹³, 54-IP-

-
- 1 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1233 de fecha 18 de agosto de 2005.
 - 2 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1242 de fecha 12 de septiembre de 2005.
 - 3 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1235 de 23 de fecha agosto de 2005.
 - 4 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1301 de fecha 28 de febrero de 2006.
 - 5 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1314 de fecha 28 de marzo de 2006.
 - 6 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1314 de fecha 28 de marzo de 2006.
 - 7 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1331 de fecha 24 de abril de 2006.
 - 8 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1330 de fecha 21 de abril de 2006.
 - 9 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1369 de fecha 12 de julio de 2006.
 - 10 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1399 de fecha 15 de septiembre de 2006.
 - 11 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1354 de fecha 8 de junio de 2006.
 - 12 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1362 de fecha 22 de junio de 2006.
 - 13 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1362 de fecha 22 de junio de 2006.

2006¹⁴, 114-IP-2006¹⁵, 115-IP-2006¹⁶, 02-IP-2008¹⁷, 50-IP-2008¹⁸, 67-IP-2008¹⁹, 93-IP-2008²⁰, 130-IP-2008²¹ y 174-IP-2012²². En dichos procesos, el Tribunal interpretó artículos de las Decisiones 330 y 388 de la Comisión. A efectos de destacar los temas principales analizados, bastará con referirnos a algunos de ellos, ya que al interpretarse los mismos artículos, el análisis realizado por el Tribunal es reiterativo.

En la consulta de interpretación formulada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 3 de Ecuador, con sede en la ciudad de Cuenca, proceso 75-IP-2005, el Tribunal interpretó el Artículo 4²³ de la Decisión 388, relativa a la “Armonización de los impuestos indirectos como

14 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1399 de fecha 15 de septiembre de 2006.

15 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1414 de fecha 16 de octubre de 2006.

16 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1421 de fecha 3 de noviembre de 2006.

17 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1624 de fecha 3 de junio de 2008.

18 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1650 de fecha 28 de agosto de 2008.

19 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1655 de fecha 15 de septiembre de 2008.

20 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1674 de fecha 27 de noviembre de 2008.

21 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1713 de fecha 21 de abril de 2009.

22 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2187 de fecha 2 de mayo de 2013.

23 **“DECISIÓN 388.-**

Artículo 4.- El monto total de los impuestos indirectos vigentes, que figuran en el Anexo 1 de la presente Decisión, efectivamente pagados en la adquisición de las materias primas, insumos intermedios, servicios y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos o utilizados en el proceso de producción, fabricación, transporte o comercialización de bienes de exportación, será devuelto al exportador. “La devolución de los impuestos indirectos a bienes de capital, procederá en la medida que ella no se confiera exclusivamente por razones de exportación.

“Los impuestos indirectos no incluidos en el Anexo 1 se regirán por lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

incentivos a las exportaciones de bienes”, y el Artículo 13²⁴ de la Decisión 330, sobre “Eliminación de Subsidios y Armonización de incentivos a las Exportaciones Subregionales”. El principal aspecto a destacarse en esta interpretación prejudicial se relaciona con la devolución de los impuestos indirectos. Al respecto el Tribunal manifestó:

En lo que a la República del Ecuador corresponde, entre esos impuestos indirectos se incluye el “Impuesto al Valor Agregado”, también conocido con las siglas de IVA. En consecuencia, en el caso del mencionado País Miembro, procede la devolución al exportador del monto total del IVA, efectivamente pagado, por los conceptos que el citado inciso del artículo taxativamente determina.

No obstante lo manifestado, lo cual constituye el principio general que la norma consagra, es preciso reconocer, que la devolución del Impuesto al Valor Agregado, en el caso del Ecuador, corresponderá, exclusivamente, al monto del impuesto que haya sido efectivamente pagado, respecto de las adquisiciones de materias primas, insumos intermedios, servicios, bienes de capital y, de los demás rubros o conceptos considerados en el inciso primero del artículo en comento.

Esta posición del Tribunal, que habría de mantener en casos similares en lo posterior, establece el marco dentro del cual los Países Miembros, y en el caso particular, Ecuador, deberán observar respecto de la devolución del IVA, es decir, el monto efectivamente pagado, aspecto que deberá demostrarse por parte del exportador.

24 “DECISIÓN 330.-

Artículo 13.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderán como impuestos directos, los impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio, tales como a los salarios, beneficios, intereses, cánones o regalías y todas las formas de ingresos, y los impuestos sobre la propiedad de bienes inmuebles.

Asimismo, se entenderán como impuestos indirectos, los impuestos sobre las ventas o sobre el consumo, tales como a las ventas, al consumo, al valor agregado y los demás impuestos distintos de los impuestos directos. Se excluye de la presente clasificación a los gravámenes a las importaciones, los cuales se regirán por las normas referidas a Regímenes Aduaneros que establece el Capítulo VI de la presente Decisión”.

Por cuanto la normativa comunitaria facultó a los Países Miembros a regular mediante normas internas, en base al principio de complemento indispensable, los aspectos necesarios para la aplicación de la Decisión 388, el Tribunal analizó dicho principio en casi todas las interpretaciones prejudiciales señaladas. Al respecto, es oportuno mencionar que en materia tributaria la Comunidad ha previsto la aplicación del principio de subsidiaridad, en base al cual la competencia para el desarrollo de esta materia corresponde a los Países Miembros, y subsidiariamente a la propia Comunidad, como luego se analizará al abordarse el proceso 02-AN-2007, sin embargo es menester desde ya mencionar que los dos principios no se contraponen, sino que se complementan, debiendo ser aplicados, según corresponda, en cada caso en particular.

En la consulta de interpretación prejudicial signada con el número 77-IP-2005, formulada también por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 3 de Ecuador, con sede en la ciudad de Cuenca, el Tribunal interpretó nuevamente el Artículo 4 de la referida Decisión 388, sin embargo este pronunciamiento permitió al Tribunal precisar aún más el contenido y alcance de del mencionado Artículo. En el proceso interno el administrado sostenía que las normas internas de Ecuador son restrictivas frente a la norma comunitaria, al no incluir a los bienes de capital dentro de los alcances del derecho de devolución del IVA, como lo hacía la Decisión 388 en su a Artículo 4; mientras que la Autoridad administrativa afirmaba que si se trata de activos fijos los bienes en cuestión, no es procedente la devolución del IVA, dado que tal supuesto no está contemplado en la ley.

Al respecto, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

«La devolución del monto referido al impuesto indirecto procede, en todo caso, respecto de los impuestos sobre el IVA efectivamente pagados por el solicitante, correspondiéndole al respectivo País Miembro, establecer los sistemas de control y de comprobación de la documentación sustentatoria del pedido.»

«En el caso de impuestos indirectos relativos a bienes de capital, procederá la devolución en la medida que no se confiera exclusivamente por razones de exportación.»

En términos generales, en dichos casos el Tribunal precisó que para la devolución del IVA no era necesario que las materias primas se incorporen al bien objeto de importación, sino que bastaba con que se consuman o utilicen en el proceso de producción, fabricación, transporte o comercialización de los bienes a exportar, conforme lo establece el Artículo 4 de la Decisión 388.

En la Interpretación Prejudicial 215-IP-2005, formulada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, con sede en la ciudad de Quito, República del Ecuador, el administrado refirió que en su calidad de Operadora para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo efectuó durante los meses de enero, febrero, marzo, mayo y junio de 2004, las compras locales de bienes y servicios y las importaciones de bienes que motivaron el pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuyo reintegro ha sido negado por el señor Director Regional del Norte del Servicio de Rentas Internas. Mientras que la Administración demandada, entre otras fundamentaciones, afirmó que el actor cae en un grave error conceptual al confundir las figuras de crédito tributario según el artículo 65 de la LRTI y devolución del IVA para exportadores prevista en el artículo 69^a (actual 72) de la misma Ley. En esta oportunidad el Tribunal realizó el siguiente pronunciamiento:

...la Decisión 388 (Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes), publicada en la Gaceta Oficial No. 211, del 17 de julio de 1996, a objeto de avanzar en la armonización de los instrumentos y políticas económicas, garantizar el libre comercio sin distorsiones en el mercado ampliado de la Subregión, consagrar como principio la no exportación de los impuestos indirectos que graven los bienes finales de exportación y establecer, en consecuencia, la devolución total de los impuestos indirectos que graven la adquisición de las materias primas, insumos intermedios, servicios y bienes de capital vinculados a la producción, consumidos o utilizados en la producción, fabricación, transporte o comercialización de los bienes destinados a exportación.

Sobre la base de la disposición según la cual las operaciones de exportación de bienes de los Países Miembros no están afectas al pago de impuestos indirectos (artículo 2), y en consideración de que los impuestos indirectos que afecten la venta o el consumo de bienes se rigen por el principio del País de Destino (artículo 1),

la Decisión dispone la devolución al exportador del monto total de los impuestos indirectos vigentes, de los que figuran en el Anexo 1, siempre que hayan sido efectivamente pagados en la adquisición de las materias primas, insumos intermedios, servicios y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos o utilizados en el proceso de producción, fabricación, transporte o comercialización de bienes de exportación (artículo 4). Cuando se trate del impuesto indirecto a los bienes de capital, su devolución sólo procederá, según la Decisión, en la medida en que la misma no se confiera exclusivamente por razones de exportación.

En el caso de la República del Ecuador, el Anexo 1 incluye, entre los impuestos indirectos, el Impuesto al Valor Agregado.

A la luz de la disciplina que antecede, cabe interpretar que el incentivo derivado de la devolución al exportador del monto total de los impuestos indirectos vigentes y efectivamente pagados, en los términos contemplados en el artículo 4 de la Decisión 388, por tratarse de un incentivo comunitario a las exportaciones intrasubregionales, procede en relación con las operaciones de exportación de bienes de un País Miembro a otro, y no alcanza en su disciplina a los bienes exportados a terceros países.

En esta ocasión el Tribunal dejó en claro que la devolución del IVA era respecto de bienes exportados a los Países Miembros de la Comunidad Andina, más no respecto de terceros países. Esta interpretación prejudicial reitera además la línea jurisprudencial que el Tribunal habría de mantener en este tipo de consultas, cual es la de que procede la devolución total del IVA al exportador, siempre y cuando este haya sido pagado en la adquisición de materias primas, insumos intermedios, servicios y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos o utilizados en el proceso de producción, fabricación, transporte o comercialización de bienes de exportación, acorde con lo dispuesto por el Artículo 4 de la Decisión 388. Además, se exige al exportador que demuestre cuales han sido los montos efectivamente pagados y, en razón del principio del complemento indispensable, los Países Miembros en su normativa nacional harán los desarrollos necesarios que complementen la normativa comunitaria para la realización de estas actuaciones.

En la interpretación prejudicial 455-IP-2019²⁵, formulada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, dicho Consejo solicitó la interpretación del Artículo 5 de la Decisión 600 de la Comisión, relativa a la “Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo”. En el proceso interno el administrado afirmó que importó a Colombia cigarrillos que no fueron comercializados, los cuales, pese a haber sido destruidos, no se aplicó el Artículo 5 de la mencionada Decisión 600; mientras que la Administración sostenía que los cigarrillos, provenientes de Chile, no se encuentran liberados del pago del impuesto, ya que el Artículo 5 de la Decisión 600 es de aplicación restrictiva y debe adaptarse al ordenamiento jurídico interno de cada país.

Al respecto el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

1.3. El retiro de mercancía es una figura que, si bien no se la conceptualiza en la Decisión 600, en su artículo 5 sí está contemplada y hace relación a dos supuestos:

a) Cuando el sujeto pasivo paga un impuesto

Bajo este supuesto, el sujeto pasivo del ISC que retire bienes con finalidad distinta a la actividad gravada, deberá pagar un impuesto sobre la base gravable que será calculado sobre el valor comercial del bien.

b) Retiro de bienes de manera justificada, no se grava impuesto

Si el sujeto pasivo del ISC, realiza un retiro de bienes que no son utilizables o aptos para comercialización por cualquier razón que sea debidamente justificada, no estará gravada y esto se lo regulará de acuerdo con la legislación interna de cada País Miembro.

1.4 El caso en concreto se encuentra encasillado en el supuesto b) en donde se puede apreciar, que la Decisión 600 reglamenta el retiro de bienes y permite que no sean gravados, dejando a que sea la normativa de cada país la que establezca su regulación.

25 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3587 de fecha 15 de octubre de 2020.

1.5 Por lo antes expuesto, la situación b) del artículo 5 de la Decisión 600 debe ser reglada por el denominado principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria que para algunos tratadistas lo denominan “norma de clausura”²⁶, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

Corresponde ahora referirnos a un proceso de significativa trascendencia, no solo en el campo de los impuestos, y particularmente de los impuestos indirectos, sino del acervo jurisprudencial del Tribunal, ya que interpreta principios regulados por normas fundamentales y de derecho primario, como son las del Acuerdo de Cartagena. Nos referimos al proceso 02-AN-2007, en el que el ciudadano colombiano Humberto de Jesús Longas Londoño, en calidad de actor, presentó una Acción de Nulidad en contra de las Decisiones 578, 599, 600 y 635 de la Comisión²⁷.

El actor en su demanda sostuvo que *“Las normas demandadas (...) violan el principio democrático establecido en el Preámbulo y en el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia, al cederle a un órgano supranacional el poder tributario colombiano, violan la soberanía y la supremacía de la Constitución establecidos en los artículos 3° y 4° de la Constitución Política de Colombia, al cederle a un órgano supranacional el poder tributario colombiano; violan el principio de legalidad tributaria del Congreso de la República de Colombia, establecido en los artículos 150 numerales 11, 12 y 16, y 338 de la Constitución Política de Colombia, al perder la competencia privativa del Congreso colombiano y regular los aspectos tributarios en el país”*. En este párrafo citado saltan a la vista una serie de aspectos que no solo entonces, sino hoy en día, son motivo de preocupación de los diversos actores de la vida jurídica comunitaria, como es el de la cesión a la Comunidad del

26 NAVARRO, Pablo E. Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. En: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). ISONOMÍA - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Número 34, 2011, pp. 109 -139. En: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf (Consulta: 15 de octubre de 2020).

27 La sentencia fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1797 de fecha 16 de octubre de 2020.

poder tributario de los Países Miembros, o el principio de legalidad en esta materia cuando ella es regulada por normas comunitarias.

Otros temas de crucial importancia surgen de una demanda como la presentada por el señor Longas Londoño, los cuales el Tribunal tuvo que analizar en su sentencia, el principal quizás, el de la armonización normativa, tanto la armonización propiamente dicha o aproximación de legislaciones nacionales, como la expedición de normas comunitarias que establecen parámetros generales que guían la aproximación de dichas legislaciones nacionales (acción normativa de la Comisión), a las que debe sumarse la labor jurisprudencial del propio Tribunal, en la que destaca su función de interpretar el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, labor que sin duda complementa la armonización normativa.

Al respecto, el Tribunal en su sentencia manifestó: “...se han puesto en controversia los límites y características de un régimen armonizado y se lo ha asimilado a un régimen común, procede establecer el alcance e implicaciones de los regímenes armonizado y común a los que se refiere el Acuerdo de Cartagena”, expresando la siguiente fundamentación, luego de referirse al contenido de los Artículos 1, 2, 3 inciso b) y 54 del Acuerdo de Cartagena:

«Sobre la base de los artículos citados, se deduce que el régimen de armonización normativa tiene como característica fundamental la aproximación de las legislaciones de los Países Miembros, sin que esta armonización exceda de los parámetros establecidos; en otras palabras, la armonización significa la reducción de diferencias de las legislaciones de los Países Miembros a partir de la identificación de elementos comunes y del establecimiento de normativas que estén destinadas a una reducción progresiva de las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, sin que ello conlleve la imposición o establecimiento de un régimen común, desde que en el régimen armonizado sólo se pretende disminuir las diferencias a través de la aproximación de legislaciones, en tanto que los Países Miembros mantienen un margen de maniobra, regulado a través de una estrategia o programa, destinado a reducir de forma gradual las mismas.

Esta estrategia o programa de armonización de legislaciones resulta ser un espacio normativo por el cual los Países Miembros, de manera directa o a través

de la Comisión, deben fijar los plazos, los medios y la forma por los cuales ellos deberán adecuar progresivamente sus legislaciones, a efectos de que en un período determinado hayan reducido las diferencias en sus normativas; pero, de modo que aún habiendo reducido éstas, los Estados mantengan en sus normativas internas elementos jurídicos propios de cada país. Por lo expuesto, un régimen armonizado implica que los Estados van a ir modificando sus legislaciones de manera independiente a la de los otros Países Miembros en el marco de una estrategia diseñada por éstos o por la Comisión, la cual debe buscar el cumplimiento y efectividad de los objetivos perseguidos por la Comunidad Andina.

La profundización del sistema de un régimen armonizado conlleva la existencia de un régimen uniforme, el cual implica que la reducción de las diferencias normativas de los Países Miembros haya llegado a su máxima expresión en donde no existan ya éstas entre las distintas legislaciones, pero a partir de la evolución propia de la norma nacional en el marco de un programa o estrategia establecida entre éstos o por la Comisión, de manera tal que el régimen uniforme responda a una evolución natural del régimen armonizado.

Por su parte, el régimen común resulta ser propio de la naturaleza supranacional de la Comunidad, debido a que la Comisión no es ya la llamada a establecer una estrategia de aproximación de las legislaciones de los Países Miembros, sino que se constituye en el órgano comunitario encargado de emitir una norma común para ellos, la cual no permite variaciones entre cada país ni concede un margen de maniobra a los Estados sobre el modo de emplear la misma. Dado que se trata de una norma aplicable a todos los Países Miembros, ésta debe ser entendida y aplicada en un solo sentido por parte de ellos, pues la interpretación de las mismas es de competencia exclusiva de este Tribunal, órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, y sólo se permitirán normas emitidas en desarrollo de la norma común por la vía interna cuando ésta esté destinada a garantizar el cumplimiento y la efectividad de la misma en el plano interno, a través del principio de complemento indispensable».

Claramente el Tribunal estableció en que oportunidad se aplica el principio del complemento indispensable, y en qué circunstancias se sigue la vía de la armonización de legislaciones.

Esto en cuanto al tema de la armonización normativa. El Tribunal además en su sentencia dejó en claro la importancia del Principio de Subsidiariedad, y de que manera la Comunidad ha previsto su utilización en materia tributaria. Al respecto el Tribunal dijo:

«...se considera necesario, por un lado, aclarar que el reconocimiento de la existencia de un régimen armonizado por parte del Acuerdo de Cartagena lleva consigo el reconocimiento implícito del principio de subsidiariedad, recogido de forma expresa por la Decisión 553 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que contiene los “Lineamientos para la Formulación del Plan Integrado de Desarrollo Social”, en el cual expone en el artículo 1 que “La formulación y ejecución de los planes, programas, proyectos o actividades que comprenden el Plan Integrado de Desarrollo Social se guiarán por los siguientes criterios: (...) c) Subsidiariedad. Las instancias comunitarias deberán intervenir solamente cuando los objetivos perseguidos puedan alcanzarse mejor a través de intervenciones comunitarias que mediante acciones nacionales, o cuando aquéllas puedan complementar de manera importante los esfuerzos nacionales».

Es decir, la intervención de los órganos e instituciones comunitarias en materia tributaria, a efectos de la expedición de normativa, se realizará solo ante la ausencia de la participación directa de los Países Miembros, por lo que estableció de la siguiente manera los límites y el marco dentro del cual dichos órganos e instituciones podrían actuar:

*«...conforme se desprende del artículo 22 inciso b) del Acuerdo, sólo corresponde a la Comisión adoptar las medidas que sean **necesarias** para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las directrices del Consejo Presidencial Andino, por lo que se considera que la existencia de un poder otorgado en el Acuerdo lleva consigo implícitamente sólo los poderes **necesarios** para que se cumpla con el objetivo comunitario, por lo que los poderes implícitos otorgados a la comunidad, y particularmente a los órganos comunitarios, deben tenerse en cuenta desde una lectura restringida de los mismos, reconociéndose sólo aquéllos que sean estrictamente **necesarios**, de no ser así, se estarían reconociendo poderes implícitos irrestrictos a la Comisión que podrían ir en desmedro de las competencias de los Países Miembros y de los otros órganos comunitarios, vulnerándose el principio de proporcionalidad de las medidas que se adopten, por lo cual este Órgano Jurisdiccional debe velar para*

que la actuación de las instituciones comunitarias no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos del Acuerdo».

En lo que respecta a la tributación indirecta en la Comunidad Andina, el Tribunal expresó en su sentencia:

«La armonización tributaria en materia de impuestos indirectos responde a la necesidad de avanzar hacia la creación de las condiciones para que exista un total libre tránsito de bienes sin fronteras aduaneras-fiscales intracomunitarias, y que las condiciones de competencia sean más uniformes, asegurando la competitividad, y también para reforzar la estabilidad tributaria en los países con mecanismos comunitarios. En este sentido, es muy importante la armonización de los impuestos indirectos en la subregión a efectos de minimizar la existencia de regímenes indirectos muy disímiles que podrían causar asimetrías en las condiciones de competencia».

El Tribunal concluyó en su sentencia que no encontraba que mediante las Decisiones 599, 600 y 635, (no se admitió la demanda contra la Decisión 578) la Comisión haya vulnerado el ordenamiento jurídico comunitario, reconociendo que las mismas fueron expedidas dentro del marco de competencias de la Comisión, y declarando sin lugar la acción de nulidad en el referido proceso 02-AN-2007.

Para concluir en la materia de impuestos indirectos, no queremos dejar de mencionar que la armonización de los impuestos indirectos en la Comunidad Andina sigue siendo un tema pendiente, que aún como muchos otros aspectos de la integración, debe ser trabajado. Sin embargo, ante el lento proceso de la armonización fiscal progresiva buscada por los Países Miembros, la labor del Tribunal es fundamental en esta construcción, pues su función interpretativa del derecho originario y derivado ha colaborado decididamente. Un claro ejemplo de ello es la sentencia proferida en el proceso 02-AN-2007.

Las Decisiones 599 y 600 se encuentran vigentes. Todas las vías hacia la armonización en materia tributaria están abiertas, tanto el camino de la convergencia de legislaciones, como la acción normativa de la Comisión. El Acuerdo de Cartagena encomendó a esta última la aprobación de las

Decisiones que pudieran prevenir y corregir las prácticas que distorsionen la competencia de bienes y servicios en la Subregión. El Tribunal, como los demás órganos e instituciones de la Comunidad Andina, en su actividad, observa el espíritu unificador del ordenamiento jurídico comunitario.

Por otra parte, existen otros impuestos que gravan de manera directa el incremento de patrimonio o las manifestaciones de riqueza (renta, donaciones, patrimonio, etc.) de una persona sin importar que esta sea natural o jurídica, son los denominados impuestos directos.²⁸ Dentro de esta categoría de impuestos se encuentran el Impuesto a la Renta e Impuesto al Patrimonio, los cuales son tratados en la Decisión 578.

En el Derecho Tributario, para que un impuesto pueda ser exigido debe darse lo que se conoce como el hecho generador, el cual es un presupuesto previamente establecido en la ley. El órgano jurisdiccional de la CAN ha manifestado que, en el impuesto a la renta el hecho generador se da:

“por las ganancias o ingresos que los contribuyentes obtengan durante el ejercicio económico gravable, lo que significa que la obligación tributaria se origina en el momento en que dichos ingresos son percibidos.”²⁹

El ámbito de aplicación de la Decisión 578 se establece en función de dos dimensiones, *“una personal, la cual alude al sujeto sobre quien recae (personas naturales o jurídicas) y una dimensión material que relaciona al objeto sobre el que recae (impuesto a la renta)”³⁰.*

28 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a este tema a manifestado:

*“Los **impuestos directos** tienen por objeto gravar manifestaciones inmediatas de riqueza, como son la renta, el patrimonio, donaciones, premios otorgados en loterías y juegos de azar, etc. En estos casos, el pago del impuesto es asumido por el contribuyente.”*

29 Interpretación Prejudicial 414-IP-2017 de fecha 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3368 de 07 de septiembre de 2018. Recuperado el 15 de 20 de 2020, de:
<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203368.pdf>

30 *Ibidem.*

Cabe resaltar que sin importar el nombre que el país integrante de la Comunidad Andina haya otorgado al Impuesto a la Renta e Impuesto al Patrimonio es aplicable la Decisión 578 siempre y cuando el impuesto respecto de su base gravable y materia imponible sea sustancial y económicamente análoga, sin importar si fueron establecidos con anterioridad o posterioridad de la entrada en vigencia de la alegada Decisión, debido a que los fines que se persigue con la Decisión 578 según lo establecido en la misma norma y en la interpretación realizada por el TJCA es:

«evitar la doble tributación sobre una misma renta o patrimonio en la subregión andina, generando así un mecanismo para prevenir la evasión fiscal, un incentivo para la inversión extranjera y el comercio fluido entre los Países Miembros. Es importante considerar que cualquier interpretación o aplicación que se haga de la mencionada Decisión debe tener en cuenta dicho objetivo esencial» (artículo 20 de la Decisión 578)».³¹

El Impuesto a la Renta tiene por finalidad gravar la riqueza proveniente de los ingresos o el enriquecimiento resultante de la explotación de bienes, capitales, relaciones laborales, prestación de servicios o por cualquier actividad económica llevada a cabo dentro del territorio de un País determinado. La Decisión antes nombrada hace referencia al principio de fuente productora, la misma que “se refiere a la actividad, derecho o bien que genere o pueda generar una renta.”³² principio “heredado” de la Decisión 40, el cual es complementado con el tema de jurisdicción tributaria, el que es expresado en la norma de la siguiente manera:

«Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión.»

31 Ibidem.

32 Artículo 2, Literal f) de la Decisión 578: Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1063 de fecha 5 de mayo de 2004. Recuperada el 24 de octubre de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace1063.pdf>

Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio.»³³

A pesar de encontrarse establecido el principio de fuente productora bajo el Literal f) del Artículo 2 y el Artículo 3 como regla general para determinar qué País Miembro debe gravar la renta, la propia Decisión dictamina ciertas distinciones que pueden presentarse para la no aplicación de este principio y en su lugar emplear el principio de residencia o domicilio³⁴ bajo ciertas circunstancias.

Con base en el principio de fuente productora y según lo establecido en la Decisión andina, es gravable por los Países Miembros las rentas provenientes de: bienes inmuebles, del derecho a explotar recursos naturales, beneficios de empresas, regalías³⁵, intereses³⁶, dividendos y participaciones,

33 Artículo 13 de la Decisión 578: Regímenes para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal.

34 También conocido como el principio de tributación de las rentas obtenidas a nivel mundial o tributación ilimitada. Este principio se basa en la Jurisdicción en la que reside el individuo sin tomar en consideración el origen o fuente de las ganancias obtenidas. Jaque López , J. (Nov-Dic de 2010). Principios e introducción a la doble tributación internacional. Revista Impuestos(162), 19-24. Recuperado el 26 de Octubre de 2020, de https://xperta.legis.co/visor/rimpuestos/rimpuestos_bf1953fba44f0cad09ae0430a010151d09anf9

35 La propia norma en su Literal i) correspondiente al Artículo 2 la define como: se refiere a cualquier beneficio, valor o suma de dinero pagado por el uso o el derecho de uso de bienes intangibles, tales como marcas, patentes, licencias, conocimientos técnicos no patentados u otros conocimientos de similar naturaleza en el territorio de uno de los Países Miembros, incluyendo en particular los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales previstos en la Decisión 345 y los derechos de autor y derechos conexos comprendidos en la Decisión 351.

36 Dentro de la Decisión 578 su significado se encuentra dentro del Literal l) del Artículo 2:

los rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones realizados por entidades financieras privadas, con o sin garantía hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente, las rentas provenientes de fondos públicos (títulos emitidos por entidades del Estado) y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios relacionados con esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago

pensiones³⁷ y anualidades, beneficios empresariales por prestación de servicios técnicos, asistencia técnica entendiéndose que el lugar donde se produce el beneficio es aquel donde es imputado y registrado el gasto, y por ultimo las actividades de entretenimiento público, que se encuentren o realicen dentro de su jurisdicción.

Existen otros ingresos que no son gravables con aplicación al principio de fuente productora o que admiten una excepción, dentro del primer escenario se encuentran los beneficios obtenidos por empresas de transporte, los cuales se gravan con base en el principio de residencia o domicilio; bajo el segundo escenario en el cual se admite una excepción al principio de fuente productora, se encuentra: las ganancias del capital³⁸ cuando son producto de la enajenación de un medio de transporte de una empresa dedicada a la transportación, los títulos de acciones y otros valores (en tales escenarios los gravará el País Miembro donde su titular este domiciliado o donde hubiese sido emitido respectivamente). En lo relacionado a las rentas provenientes de prestaciones de servicios profesionales, las remuneraciones, honorarios, sueldos, salarios, beneficios y compensaciones serán gravadas en principio en el País donde el servicio es prestado, a esta renta le es aplicable la excepción referida a sueldos, saldos, remuneración y compensaciones bajo los siguientes escenarios:

«quienes presten servicios de manera oficial y acreditada a un País Miembro en el territorio de otro País Miembro y las tripulaciones de las empresas de

atrasado no se considerarán intereses a efecto del presente articulado.

- 37 En el Literal k del Artículo 2 de la mencionada decisión, se establece que significa: un pago periódico hecho en consideración a servicios prestados o por daños padecidos, y el término “anualidad” significa una suma determinada de dinero pagadera periódicamente durante un lapso determinado a título gratuito o en compensación de una contraprestación realizada o apreciable en dinero.
- 38 En el literal j del Artículo 2 de la Decisión se refiere a esta palabra para definir: un pago periódico hecho en consideración a servicios prestados o por daños padecidos, y el término “anualidad” significa una suma determinada de dinero pagadera periódicamente durante un lapso determinado a título gratuito o en compensación de una contraprestación realizada o apreciable en dinero.

*transporte cuando realicen tráfico internacional, serán gravadas en el país al que se presta servicio y en el domicilio del empleador respectivamente».*³⁹

En el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial y comercial o financiera es común que puedan existir empresas que presenten cierta relación de asociación o se encuentren directamente relacionadas, frente a tal escenario la norma andina a previsto que, para precisar el País Miembro a quien le corresponde gravar la renta, será el país en el que se encuentre la empresa que, sin existir tal relación no hubiese podido generar la renta; y por el contrario sí, de la relación existente entre las empresas, esta no afecta la manera en que pactan sus condiciones (si el acuerdo fuese el mismo que pactarían dos empresas independientes) cada País Miembro gravará su renta en la proporción que le corresponda.

Por último, respecto al Impuesto al Patrimonio, la Decisión 578 dentro de sus 22 artículos no establece una definición de patrimonio, pero podemos decir de manera clara que el patrimonio son todos los bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una determinada persona, quien es el centro de las relaciones jurídicas que puedan generarse y que además deben ser valorables de manera pecuniaria. Si bien las obligaciones (o deudas) forman parte del patrimonio, estas deben ser deducidas para determinar el patrimonio neto cuya formula seria: Patrimonio= Activos – Pasivos.

Respecto del impuesto al patrimonio, la doctrina manifiesta que este es periódico de carácter anual, “cuya finalidad es gravar el resultado de la diferencia obtenida entre los activos menos los pasivos de un determinado contribuyente” de acuerdo como lo expresado por Villegas⁴⁰, bajo esta misma línea el TJCA dentro de sus interpretación prejudiciales ha establecido lo siguiente:

39 Líterales a) y b) del Artículo 13 de la Decisión 578: Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1063 de fecha 5 de mayo de 2004. Recuperada el 24 de octubre de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1063.pdf>

40 Villegas, H. (2001). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

*«El impuesto al patrimonio es un impuesto anual que grava el patrimonio neto del contribuyente ubicado en el país, a la fecha de cierre del ejercicio económico o del año civil. Este impuesto grava, en consecuencia, la riqueza de una persona, conformada por los bienes y derechos valorables económicamente».*⁴¹

Observando la naturaleza de este impuesto y lo expresado por la doctrina y el TJCA, corresponde a los impuestos de carácter territorial (principio de territorialidad), razón por la cual es gravable de manera exclusiva por el País Miembro donde se encuentra el patrimonio. Tomando en consideración que una de las finalidades de la Decisión 578 es la evasión fiscal, el órgano jurisdiccional de la CAN ha expresado lo siguiente:

*«De esta forma, si en el país **A** no existe impuesto al patrimonio y, en consecuencia, el contribuyente no lo paga, la Autoridad Nacional del país **B** estaría facultada para ejercer el cobro de dicho impuesto, siempre y cuando el domicilio del contribuyente y el patrimonio que se pretende gravar se encuentren en el territorio del país **B**, de conformidad con la ley nacional aplicable. Un entendimiento contrario podría generar evasión fiscal.»*

41 Impuesto al Patrimonio , 184-IP-2013 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 06 de 02 de 2014). Recuperado el 23 de 10 de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2313.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

De Cesare, C., & Lazo Marin , J. F. (mayo de 2008). Impuestos a los patrimonios en Latinoamérica. *Macroeconomía del Desarrollo*(62), 13. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5433/1/S0800387_es.pdf

Decision 578, Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1063 05 de mayo de 2004).

Interpretacion Prejudicial 116-IP-2016, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3263 18 de marzo de 2018). Recuperado el 26 de 10 de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3263.pdf>

Interpretacion Prejudicial 184-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2313 06 de 02 de 2014). Recuperado el 23 de 10 de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2313.pdf>

Interpretacion Prejudicial 414-IP-2017, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3368 16 de 07 de 2018). Recuperado el 15 de 20 de 2020, de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203368.pdf>

Interpretación Prejudicial 646-IP-2018, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4027 18 de junio de 2020). Obtenido de <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204027.pdf>

Jaque López , J. (Nov-Dic de 2010). Principios e introducción a la doble tributación internacional. *Revista Impuestos*(162), 19-24. Recuperado el 26 de Octubre de 2020, de https://xperta.legis.co/visor/rimpuestos/rimpuestos_bf1953fba44f0cad09ae0430a010151d09anf9

Villegas, H. (2001). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

Lo expuesto en el presente artículo pertenece a su autor y no deberá ser tomada como una posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

RESEÑA DE LOS AUTORES

CAPÍTULO I. FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN LA COMUNIDAD ANDINA

Gustavo García Brito

Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Magistrado Principal por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Abogado por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia). Especialista en Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia). Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Candidato a Doctor en Estudios Internacionales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO, Ecuador.

Es profesor invitado de la Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito; y, de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño, Colombia.

Ha ejercido las funciones de Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Abogado Asistente del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Consultor en el proyecto “Para vivir en democracia” de la Corte Nacional Electoral de Bolivia, Abogado capacitador en la Corte Departamental Electoral de Chuquisaca y Abogado Auxiliar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Bolivia. Del mismo modo, ha ejercido la profesión de abogado en prestigiosos estudios jurídicos de Bolivia, Brasil y Ecuador.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS MEDIDAS EN FRONTERA VIGENTES EN ECUADOR Y EN LA UNIÓN EUROPEA, FRENTE AL COMERCIO ILÍCITO DE MERCANCÍAS CON MARCAS FALSIFICADAS Y OBRAS PIRATEADAS

Jorge Núñez Grijalva

Abogado, Universidad Nacional de Loja (Ecuador); Especialista en Desarrollo Local, Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo-OIT (Italia); Magister en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador); Magister en Gestión Estratégica Empresarial, Universidad Técnica de Ambato (Ecuador); Magister en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (España); Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Buenos Aires (Argentina); docente titular principal y Rector de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

María Daniela Núñez Viera

Abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Master en Comercio Internacional y Relaciones Internacionales, Università degli Studi di Palermo (Italia); Máster (c) en Administración de Empresas, Universidad Politécnica de Madrid (España); investigadora invitada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

Massimiliano Geraci

Licenciado en Ciencias Políticas, Università degli Studi di Palermo (Italia); Master en Ciencias de la Administración-Gestión Pública, Università degli Studi di Palermo (Italia); investigador invitado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato

CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Es profesor del curso “Libre Competencia y Acceso al Mercado” en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del curso “Régimen legal de bienes del Estado” en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico, del curso “Derecho Constitucional Económico” en la Maestría de Derecho de Constitucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, y del curso “Derecho Administrativo” en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, Asesor de la Gerencia Legal, Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia y Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor.

Ha sido profesor de los cursos Regulación de Servicios Públicos, Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Instituciones Jurídicas de la Regulación (Maestría Derecho de la Empresa), Derecho Administrativo, Metodología de la Investigación Jurídica y

Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Organización del Estado y Derecho Público Administrativo (Maestría en Gestión Pública) en la Universidad del Pacífico; y Derecho Administrativo II y Derecho Medioambiental en la Universidad ESAN.

CAPÍTULO IV. TENDENCIA Y PERSPECTIVA DEL COMERCIO JUSTO ENTRE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS CON RESPONSABILIDAD SOCIAL

Osmany Pérez Barral

Licenciado en Economía, Máster en Administración de Negocios, Doctor en Ciencias Económicas. Presidentes de la Asociación Iberoamericana de Control de Gestión y Presidente de la Asociación de Investigadores Internacionales como representante del Ecuador. Docente-Investigador y Coordinador de Investigaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato.

Mónica Del Rocío Alarcón Quinapanta

Especialista en: Gestión del Talento Humano, Gerencia Estratégica, Marketing, Comercio Exterior, Gerencia de Proyectos; participación en congresos científicos: España, Perú, Colombia, Brasil, Cuba, México, Ecuador. Publicaciones Científicas: SCOPUS, SCIELO, LATINDEX. Doctora en Ciencias Técnicas Universidad de Matanzas Cuba.

Joyce Mora Rivera

Economista con mención en gestión empresarial con una especialización en Marketing, con un diplomado en Contaduría Pública y Finanzas y Magister en Administración de empresas. Docente universitaria con experiencia de 12 años en instituciones públicas y privadas en área económica financiera. Desarrollo en el campo laboral y profesional en empresas públicas y privadas alrededor de 21 años, en mandos medios y gerenciales.

Verónica Leonor Peñaloza López

Doctora en Ciencias Contables por la Universidad Nacional de Rosario, Magister en Tributación y Derecho Empresarial, Ingeniera en Contabilidad y Auditoría. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Sede Ambato. Coordinadora de la Maestría en Contabilidad y Auditoría de la PUCE- Ambato

Varna Hernández Junco

Licenciada en Psicología, Diplomado Europeo en Administración y Dirección de Empresas (DEADE), Máster en Dirección, Doctora en Ciencias Técnicas, en la Especialidad Ingeniería Industrial. Profesora Titular Principal de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato y como docente invitada para impartir postgrado, asesorar procesos estratégicos y de investigación, y consultoría en diferentes universidades en México, Bolivia, Venezuela, Ecuador. Su producción científica se divulga a través de libros, artículos científicos, y presentación de ponencias en congresos científicos internacionales.

Roberto Argelio Frías Jiménez

Docente – Investigador de la Universidad de Matanzas, Licenciado en Economía y Doctor en Ciencias Económicas. Profesor invitado como conferencista magistral en Venezuela; Ecuador; Brasil y Colombia. Ha dirigido tesis doctorales y de maestría en el campo de las ciencias sociales y técnicas.

SEGUNDA PARTE

DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO

**CAPÍTULO V. LEGISLACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA
ARMONIZADA EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU
INCIDENCIA EN EL DESARROLLO Y EFICACIA DE LA
LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAISES MIEMBROS**

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

Magistrado Principal por la Republica del Ecuador en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador; Magister en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar; Post grado en Seguridad Nacional y Desarrollo, Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN); Especialista en Negociaciones Comerciales Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Título de Especialista en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar; Profesor Universitario de Postgrado en Legislación Aduanera y Comercio Exterior; Asesor Legal Empresarial, Penal, Económico, Propiedad Intelectual, Tributario, Aduanas y Comercio Exterior; Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Colombia 1995, Portugal 1998; Brasil 2002, Genova 2002, Buenos Aires 2003 y Quito 2004; Advanced Negotiation Workshop, Harvard Law School, 1999; Expert Litigator Certification, Nueva York, 2014; Director del Estudio Jurídico “ALEGA ROMERO & ASOCIADOS” desde el año 1986 hasta 2015; Presidente de la Corporación Ecuatoriana de Estudios Aduaneros (CORPEACI); Primer Magistrado Suplente por la República del Ecuador en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el año 2011; Magistrado Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2015-2016/2020-2021); Magistrado titular del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la Republica del Ecuador (2015-2023).

CAPÍTULO VI. POLÍTICA ANDINA FRENTE A LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA

Ab. Edgar Santiago Morales Morales

Máster en Derecho Penal y Procesal Penal, Máster en Arbitraje, Mediación y Solución Alternativa de Conflictos, ha realizado estudios en Derechos Humanos basados en grupos de atención prioritaria, ex miembro principal de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la ciudad de Ambato, actualmente se desempeña como Profesor de la Escuela de Jurisprudencia de la PUCE Ambato.

Andrea Micaela López Tamayo

Estudiante de la Escuela de Jurisprudencia de PUCE Ambato. Miembro del grupo de semilleros de investigación PUCE.

Xiomara Valeria Soria Santiana

Estudiante de la Escuela de Jurisprudencia de PUCE Ambato Miembro del grupo Jurídico de Bioalimentar. Miembro directivo de la FEUCE en el Departamento Académico Estudiantil de la PUCE.

CAPÍTULO VII. IMPORTANCIA DE LOS REGÍMENES ADUANEROS EN LA COMUNIDAD ANDINA

Luis Rafael Vergara Quintero

Magistrado Principal por la República de Colombia en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Presidente del Consejo de Estado de la República de Colombia; Presidente de la Sección Segunda del Consejo de Estado; Presidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; Presidente del Tribunal Administrativo de Sucre; Magistrado del Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda; Magistrado del Tribunal

Administrativo de Cundinamarca de la Sección Segunda - Asuntos administrativos laborales; Magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre.

Docente en varias ciudades de Colombia de las cátedras a nivel de posgrado en Derecho Administrativo; Derecho Laboral Administrativo; Función Pública; Derecho Procesal Administrativo; Práctica forense administrativa; Teoría del Estado en distintas universidades y Docente Orientador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Finalmente, he participado como autor y coautor de diversas publicaciones e investigaciones en la República de Colombia.

Lina María Rodríguez Fernández

Abogada de la Universidad Externado de Colombia y Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Propiedad Intelectual de la misma universidad. Actualmente, Abogada Asesora por la Magistratura de Colombia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Docente de posgrado de la Universidad Externado de Colombia.

Trabajó en la Superintendencia de Industria y Comercio en las Delegaturas de Competencia Desleal y Propiedad Industrial; se desempeñó como investigadora del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia; fue Abogada Asesora de la presidencia de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá; Abogada en el área jurídica de OPAIN S.A. en el marco de la ampliación del Aeropuerto Internacional el Dorado; Abogada de la firma Muñoz Abogados Iuris Mark en el departamento de Propiedad Industrial y en la firma GMCA Legal. Colaboró en la Corte Constitucional en el estudio jurídico de los expedientes de tutela y en la Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia. Expositora en congresos, seminarios y cursos tanto internacionales como nacionales.

CAPÍTULO VIII. DERECHO ADUANERO Y TRIBUTARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA, EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANO – SICA Y EL MERCADO COMÚN DEL SUR – MERCOSUR

Luis Felipe Aguilar Feijó

Abogado por la Universidad del Azuay, Magíster en Derecho Internacional y Política Económica (LL.M) por la Universidad de Barcelona, Magister en Derecho con mención en contratación pública y Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Actualmente, Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Ha sido profesor invitado en la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito, en el módulo de Arbitraje del Sector Público.

Ha formado parte del equipo de defensa del Estado ecuatoriano encargado de litigar varios arbitrajes internacionales de inversión ante la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión, CIADI.

Luis Alfonso Marcelo Ruiz Carrillo

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Fue funcionario del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual hasta el 2012. Ha estudiado varios cursos de especialización en Propiedad Intelectual auspiciados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI entre los más importantes en Río de Janeiro en 1983 y Suiza y Madrid en el 2008. También ha sido expositor en Seminario Andino sobre las Denominaciones de Origen, organizado por Servicio Económico de la Embajada de Francia en Colombia, en conjunto con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia, el 8 de noviembre de 2004 en Bogotá. Es Autor del Manual de Propiedad Intelectual y actualmente se desempeña como Asistente de la Magistratura del Ecuador en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Alejandra Leiva Brussil

Ecuatoriana, de 40 años de edad, 15 años de ejercicio profesional, títulos académicos: Licencia en Ciencias Públicas y Sociales, Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador y Doctora en Jurisprudencia, Magíster en Propiedad Intelectual en la Universidad Austral de Argentina – Buenos Aires, experiencia profesional en el sector público en instituciones tales como: Senescyt, Superintendencia de Poder de Control de Mercado, Senadi entre otras, experiencia en el sector privado como abogada y asesora jurídica, actualmente funcionaria en el Tribunal Andino de Justicia en la Magistratura de Ecuador en materia de Propiedad intelectual.

Manfred Arauz Olavarria

Es Paralegal en la firma de abogados Becerra de la Roca Donoso & Asociados. Pasante en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Previamente, ha trabajado como vicepresidente en la ONG AIESEC Bolivia, y como coordinador de Responsabilidad Corporativa en TIGO (Telefónica Celular de Bolivia)”

TERCERA PARTE

***JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA ADUANERA Y
TRIBUTARIA***

***CAPÍTULO IX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA
ADUANERA***

Alejandra Muñoz Torres

Abogada por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia). Estudió una Maestría en Derecho Constitucional y un Diplomado en la Universidad Andina Simón Bolívar, así como, un posgrado en Propiedad Industrial en la Universidad de Buenos Aires y un posgrado

en Propiedad Intelectual Para Científicos e Investigadores en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/Sede Académica Argentina, FLACSO.

Actualmente, es Abogada Consultora de la Magistratura de Bolivia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Se desempeñó como Abogada Asesora en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina durante 13 años. Ha ejercido la docencia como invitada en diferentes Universidades y la profesión de abogada en prestigiosos estudios jurídicos de Bolivia y Ecuador.

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y con estudios concluidos de la Maestría en Derecho de la Empresa en la misma casa de estudios. Actualmente, Abogada Asesora de la Magistratura de la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Fue Secretaria General ad interim del TJCA y Asesora del Presidente del TJCA; Abogada del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); Secretaria Técnica de los Procedimientos Administrativos Disciplinarios del OEFA; Coordinadora General (e) de Integridad, Responsabilidad, Ética y Anticorrupción del OEFA; Abogada de la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA; y, Abogada en el Gabinete de Asesores del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Coautora de libros. Autora de artículos académicos en derecho administrativo y contrataciones públicas. Expositora en eventos académicos internacionales y nacionales.

Mariobr del Carmen Pacheco Sotillo

Abogada por la Universidad Católica del Táchira (Venezuela). Especialista en Derecho Tributario por la misma universidad. Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Actualmente, Consultora del Despacho de la Magistratura de Bolivia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Se desempeñó como Consultora de los Despachos de las Magistraturas de Perú, Ecuador y la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

CAPÍTULO X. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA TRIBUTARIA

Hernan Eduardo Almeida Jaramillo

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Técnica Particular de Loja.

Con experiencia profesional principalmente en el campo de la Propiedad Intelectual y en el Derecho Comunitario, así como en el Derecho Administrativo.

Se ha desempeñado como Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y como Asesor en la Magistratura de la República de Ecuador en dicho Organismo; Vocal Principal del Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI, así como Presidente por dos ocasiones de dicho Cuerpo Colegiado; Secretario General del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación CORDICOM; Director Nacional Jurídico del Ministerio del Interior; Asesor en la Coordinación General Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, entre otros.

Lina María Rodríguez Fernández

Abogada de la Universidad Externado de Colombia y Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Propiedad Intelectual de la misma universidad. Actualmente, Abogada Asesora por la Magistratura de Colombia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Docente de posgrado de la Universidad Externado de Colombia.

Trabajó en la Superintendencia de Industria y Comercio en las Delegaturas de Competencia Desleal y Propiedad Industrial; se desempeñó como investigadora del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia; fue Abogada Asesora de la presidencia de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá; Abogada en el área jurídica de OPAIN S.A. en el marco de la ampliación del Aeropuerto Internacional el Dorado; Abogada de la firma Muñoz Abogados Iuris Mark en el departamento de Propiedad Industrial y en la firma GMCA Legal. Colaboró en la Corte Constitucional en el estudio jurídico de los expedientes de tutela y en la Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia. Expositora en congresos, seminarios y cursos tanto internacionales como nacionales.



Este libro se terminó de elaborar en versión digital en el mes de septiembre de 2021, bajo el sistema de evaluación de pares académicos y mediante la modalidad de «doble ciego», que garantiza la confidencialidad de autores y árbitros.

El Comité de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato y la Imprenta Pio XII, no se hacen responsables de la autenticidad del contenido publicado por cada uno de los autores.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento de los autores y de las instituciones que la auspician.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es un órgano jurisdiccional de carácter permanente, supranacional y comunitario, con competencia para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el derecho comunitario andino y resolver las controversias que surjan con motivo de su aplicación.

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato (PUCE Ambato), forma parte del sistema nacional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue fundada hace treinta y cinco años, y contribuye al desarrollo nacional mediante la prestación de servicios de alta calidad académica a estudiantes de grado y posgrado provenientes de todo el país, especialmente, de las provincias de Bolívar, Chimborazo, Cotopaxi, Pastaza y Tungurahua.



COMITÉ DE PUBLICACIONES

PUCE | Sede
Ambato



IMPRENTA - EDITORIAL

PÍO XII

☎ 022 824 059 - 0999 990 701 | AMBATO - ECUADOR

ISBN: 978-9942-8534-6-2



9 789942 853462