

Acuerdo de Facilitación del Comercio: su utilidad para aplicar el principio de eficiencia del Decreto 1165 de 2019, Nuevo Estatuto Aduanero Colombiano

Trade Facilitation Agreement: Its Usefulness for
Applying the Efficiency Principle of Decree 1165
of 2019, New Colombian Customs Statute

Acordo de Facilitação do Comércio: Sua Utilidade na
Aplicação do Princípio de Eficiência do Decreto 1165
de 2019, Novo Estatuto Alfandegário Colombiano

LUIS CARLOS RAMÍREZ MARTÍNEZ¹

Para citar este artículo / To reference this article

Luis Carlos Ramírez Martínez. *Acuerdo de Facilitación del Comercio: su utilidad para aplicar el principio de eficiencia del Decreto 1165 de 2019, Nuevo Estatuto Aduanero Colombiano* Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 83. Enero de 2021. At. 351.

Recibido: 25 de Octubre de 2020

Aprobado: 13 de Enero de 2021

Página inicial: 351

Página final: 366

Resumen

Es muy frecuente escuchar que la rigidez de muchas de las normas del Derecho Aduanero, por ser este un Derecho de corte fiscalista, tiende a reñir con —

1 Abogado experto en Derecho del Comercio Internacional. Actualmente es asociado de la práctica de Comercio Internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, Washington, D.C, Estados Unidos. Ha sido asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, graduado con honores de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, y Magíster en Derecho Internacional, LL.M, The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University. Las opiniones y errores de este artículo son entera responsabilidad del autor. Contacto: luisc.ramirez@gmail.com.

termina obstruyendo— el libre y ágil flujo de las mercancías. Aquí la realidad del comercio se corresponde con la teoría del Derecho Económico. Cuando el diseño o la aplicación de las normas aumentan los costos de transacción, la eficiencia económica disminuye significativamente y ese es el problema que atacan las disposiciones del Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC, en adelante el AFC. Si en el caso colombiano se aplican de manera armónica las disposiciones del AFC junto con las del principio de eficiencia de su legislación aduanera, la eficiencia esperada será una realidad tangible. Este artículo analiza ambas disposiciones y hace énfasis en la importancia de su adecuada interpretación, de manera que su aplicación a la actividad aduanera fluya en forma jurídicamente segura y económicamente competitiva.

Palabras Clave: Facilitación, aduanas, eficiencia, interpretación, Organización Mundial del Comercio.

Abstract

It is very common to hear that the rigidity of many of the rules of Customs Law (since this is a tax law) tends to conflict with - and ends up obstructing - the free and agile flow of goods. The reality of Trade corresponds here to the theory of Economic Law. When the design or application of the rules increases transaction costs, economic efficiency decreases significantly and this is the problem that the provisions of the WTO Trade Facilitation Agreement (the TFA), attack. If in the Colombian case the provisions of the TFA are applied harmoniously together with those of the efficiency principle of its customs legislation, the expected efficiency will be a tangible reality. This article analyzes both provisions and emphasizes the importance of their proper interpretation so that their application to customs activity flows in a legally secure and economically competitive manner.

Key Words: Facilitation, customs, efficiency, interpretation, World Trade Organization.

Resumo

É muito frequente ouvir que a rigidez de muitas das normas do Direito Alfandegário, sendo ele um Direito de natureza fiscalista, tende a entrar em conflito – e obstruindo finalmente – com o livre e ágil fluxo das mercadorias. Aqui a realidade do Comércio se corresponde com a teoria do Direito Econômico. Quando o desenho ou a aplicação das normas aumentam os custos de transação, a eficiência econômica diminui significativamente e esse é o problema que abordam as disposições do Acordo de Facilitação do Comércio da OMC, no adiante AFC. No caso colom-

biano, aplicam-se harmonicamente as disposições do AFC junto com aquelas do princípio de eficiência de sua legislação alfandegária, a eficiência esperada será uma realidade tangível. Esse artigo analisa ambas as disposições e enfatiza na importância de uma interpretação adequada de modo que sua aplicação à atividade alfandegária aconteça de forma jurídicamente segura e economicamente competitiva.

Palavras-chave: Facilitação, alfândegas, eficiência, interpretação, Organização Mundial do Comércio.

Sumario

Introducción; 1. El principio de eficiencia de la actual legislación aduanera colombiana; 2. La filosofía del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio; 2.1 Sus fines; 2.2 Su ámbito e implementación; 3. La cuestión de la interpretación del AFC como norma interna (todavía un tratado en el Derecho Internacional); 4. Conclusiones y recomendaciones; Bibliografía

Introducción

Con frecuencia sucede que la rigidez del Derecho Aduanero, por ser un Derecho con multiplicidad de normas de control y de corte fiscalista para asegurar el pago de los tributos aduaneros, riñe con y termina obstruyendo el libre y ágil flujo de las mercancías. Un error tipográfico, la omisión o la repetición de una formalidad por fallas tecnológicas, suelen ser tratadas como infracciones imperdonables que acarrear sanciones ejemplares, recursos administrativos y largos procesos judiciales.

Aquí la realidad del comercio es un reflejo de la teoría del Derecho Económico. Cuando los costos de transacción —ya sea tiempo o dinero— aumentan, la eficiencia económica disminuye. La Organización Mundial del Comercio, OMC, sostiene que “según estudios de la OCDE, una reducción de los costos del comercio mundial del 1% produciría un aumento de la renta mundial de al menos 40.000 millones de dólares EE.UU., en su mayor parte (63%) en los países en desarrollo” (OCDE, 2013).² Un empresario que hace menos negocios gana menos dinero y paga menos impuestos. Esto frustra el objeto y fin perseguido por las normas aduaneras cuando quiera que son las autoridades las que retrasan los procedimientos en las aduanas.

2 OMC. La aplicación del Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio. (2016) https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/aid4trade15_chap4_s.pdf. (Consultado el 20 de septiembre de 2020).

También sucede a menudo que en las aduanas se retrasan los procedimientos cuando no se entienden las normas. Muchos de los funcionarios no son abogados y no están obligados a serlo. Ante la duda, abstenerse o simplemente aplicar una sanción suele parecer lo más viable dado el temor a un proceso disciplinario y una eventual responsabilidad fiscal patrimonial. Muchos días, meses y hasta años se gastan innecesariamente mientras se resuelven las reclamaciones que esto ocasiona. En ese sentido, el propósito de este escrito es el de animar a aquellos involucrados en el manejo de las normas del Estatuto Aduanero,³ EA, para que hagan prevalecer su eficiencia en el diario vivir aduanero. Es importante que tanto funcionarios como particulares sepan que cuerpos normativos como el reciente AFC son de utilidad cardinal a la hora de entender cómo interpretar y aplicar las normas aduaneras de manera que se preserven las instituciones y gane la economía del país.

Estas preocupaciones, harto conocidas y compartidas, fueron abordadas en el plano multilateral mediante el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, AFC, celebrado por los países miembros de la OMC. Ratificado por dos tercios de sus miembros en febrero de 2017,⁴ el AFC nació como un protocolo de enmienda al Acuerdo de Marrakech, por lo que se convirtió en otro de los llamados “acuerdos abarcados” que regulan las disciplinas del comercio. Esta mención legislativa es necesaria para de entender que este AFC, al igual que el Acuerdo OMC y sus acuerdos abarcados, es parte del ordenamiento jurídico colombiano en materia de comercio internacional y como tal obliga, tanto a autoridades como a particulares.

Se ha estimado que, al cumplir con su principal objetivo, el de reducir significativamente el papeleo “*red tape*” en las aduanas, “la plena aplicación del AFC podría reducir los costos del comercio un 14,3%, en promedio, e impulsar el comercio mundial en 1 billón de dólares anuales, y serían los países más pobres los que más se beneficiarían”.⁵ Lo dicho: costos de transacción reducidos, eficiencia económica en aumento.

El caso de países como Colombia se ha tenido debidamente en cuenta en relación con el AFC. De acuerdo con la OMC:

El AFC es innovador para los países en desarrollo y los países menos adelantados, PMA, por la forma en que se va a aplicar. Es el primer Acuerdo

3 Ya sea como una regulación individual o un régimen jurídico aplicable a las actividades aduaneras, el Decreto 1165 comprende un amplio rango de materias directamente relacionadas con la Facilitación del Comercio.

4 Colombia lo aprobó y ratificó mediante Ley 1879 de enero de 2018.

5 OMC. Facilitación del comercio. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

de la OMC que permite a los Miembros establecer sus propios calendarios de aplicación y vincula expresamente los avances en la aplicación a la capacidad técnica y financiera.⁶

Como es propio del marco multilateral, en este caso se han reconocido las dificultades técnicas que aquejan a los miembros en desarrollo a la hora de implementar y cumplir con estos compromisos. Solo haciendo distinciones, clasificaciones y calendarios podía lograrse la aprobación de un texto que reflejara ese principio del trato especial y diferenciado que debe imperar en estas situaciones. Ahora bien, a más de dos años de vigencia del AFC, la entrada en vigencia de este nuevo Estatuto Aduanero⁷ sigue siendo una ocasión propicia para recordar la necesidad de aplicar las normas de este en armonía con las de aquel. Debe ser un imperativo de la función aduanera procurar la eficiencia, es decir, facilitar el comercio.

Valga decir que la actual coyuntura, de COVID-19, sí que reclama una verdadera facilitación del comercio. La OECD advirtió, temprano este año, sobre la importancia de la facilitación del comercio y los esfuerzos de cooperación durante esta crisis, por ejemplo, para hacer más rápidos y seguros los procesos en las fronteras; facilitar el *e-commerce* y ayudar a las empresas más afectadas (MIPYMEs).⁸

De ahí que este artículo se ocupe de establecer, de manera abierta, la relación entre el AFC y el principio de eficiencia del Decreto 1165, EA, como una herramienta orientadora de la función aduanera. A estos efectos, en la sección 1 se analizará el alcance del principio de eficiencia en el EA, mientras en la sección 2 se describe en contexto y filosofía del AFC para, en la sección 3, abordar la cuestión de la interpretación del AFC en relación con el principio de eficiencia del EA.

1. El principio de eficiencia de la actual legislación aduanera colombiana

Aunque presente en varias normas análogas anteriores,⁹ el principio de eficiencia fue nueva y expresamente incorporado en el actual EA, en su Artículo 2, “Principios Generales”. Respecto del principio de eficiencia establece el mandato claro

6 OMC. Facilitación del comercio. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_introduction_s.htm. (Consultado el 27 de septiembre de 2020).

7 El Decreto 1165 de 2019 entró en vigencia el 3 de agosto de 2019 tras haber sido publicado en el DIARIO OFICIAL. AÑO CLV. N. 51002. 02 DE JULIO 2019. Ver <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036618>, (Consultado el 10 de enero de 2021).

8 OECD. Trade facilitation and the Covid-19 pandemic. (22 de abril de 2020). <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/trade-facilitation-and-the-covid-19-pandemic-094306d2/#section-d1e393>, pp. 2-8. (Consultado el 29 de septiembre de 2020).

9 El Decreto 2685 de 1999 incluía este principio en el literal a) de su Artículo 2 “Principios Orientadores”.

de que “en las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior, sin perjuicio de que la autoridad aduanera ejerza su control”.

Conviene destacar que este mismo principio fue incorporado en la Ley Marco de Aduanas, Ley 1609 de 2013, que, en su artículo 4, lo incluyó en su listado de principios generales a los cuales se debe sujetar el Gobierno Nacional cuando expida los decretos para desarrollar la ley marco de aduanas. Si bien este principio hace parte del listado enunciativo de principios constitucionales y administrativos, la Ley Marco hace una distinción expresa en el párrafo de ese artículo al definir este principio en forma similar al texto precitado, al señalar que “para efectos del Principio de Eficiencia las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera, estarán fundamentadas en el servicio ágil y oportuno que facilite y dinamice el comercio exterior”.

Como quiera que se vean, detenida o rápidamente, ambas definiciones, lo cierto es que la agilidad, la oportunidad y el dinamismo son las notas esenciales de este principio. Por virtud de la agilidad, los funcionarios deben actuar de manera rápida, con prontitud, sin dilataciones innecesarias. En relación con la oportunidad, las actuaciones deben realizarse en el momento conveniente, tanto para la autoridad como para el particular.

Sobre la nota de dinamismo, como un colofón, la agilidad y la oportunidad convergen en que la actuación administrativa debe reconocer que el mundo del comercio es vertiginosamente cambiante. Las demoras de días, e incluso horas, pueden costar millones a un empresario, como sucede, por ejemplo, con los sobrecostos de almacenamiento de las mercancías previo a la formalización de su importación definitiva. Aunque este no deje de pagar el mismo arancel por la mercancía que acaba de importar, mañana pagará un menor impuesto de renta gracias a la pérdida de un negocio, de productos o de mercado originada por esa demora injustificada aquellas horas, aquel día, aquellas semanas y hasta meses en la aduana. Vale decir que el Decreto 390 de 2016, modificatorio del Decreto 2685 de 1999, hizo parte de la Estrategia de Modernización de la Gestión Aduanera promovida por el Gobierno Colombiano.¹⁰ Bien podría afirmarse que su dilatado trabajo preparatorio alcanzó a nutrirse de —o coincidir en el tiempo con— la filosofía del AFC. En materia de formalización aduanera, el párrafo del artículo 182 del Decreto 390 disponía que “en la medida de lo posible, el desaduanamiento de las mercancías se hará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de su llegada al Territorio Aduanero Nacional”.

10 Dian.Nueva Regulación Aduanera. (2016). <https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Estado%20Aduanero/PresentaNuevaRegulacionAduanera8demarzo.pdf>, (Consultado en enero de 2021).

Sobre la eficiencia en la administración pública, nuestra Corte Constitucional tiene dicho, especialmente a propósito del principio de eficiencia que:

En lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores....

....

....A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la eficiencia a la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.¹¹

Queda claro, entonces, que si la función aduanera debe ser ágil y oportuna para facilitar y dinamizar el comercio exterior, entonces normas como las del AFC amplían no solo el radio de acción, sino el ámbito de las competencias y responsabilidades de la autoridad administrativa.

2. La filosofía del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio

2.1 *Sus fines*

¿Cuáles serían, entonces, esas áreas ampliadas del accionar de la función aduanera en materia de facilitación del comercio? Las negociaciones sobre el AFC, que se cristalizaron en el paquete de la Conferencia Ministerial de Bali en 2013, venían desde la conferencia de Singapur de 1996, pasando por el de la Ronda de Doha (2004). Los artículos V (sobre libertad de tránsito de las mercancías), VIII (sobre derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación) y X (sobre publicación y aplicación de los reglamentos comerciales), todos del GATT de 1947, se tienen como su base normativa inspiradora.¹²

Vale decir que este es, hasta la fecha, el único acuerdo multilateral que han logrado concretar los países miembros de la OMC desde su creación en 1995. En cierta medida, el AFC le dio una bocanada de aire fresco a la OMC y

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-826/13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de noviembre de 2013.

12 OMC. Anexo D de la Decisión relativa al Programa de Trabajo de Doha adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, mediante documento WT/L/579.

acalló rumores sobre su pérdida de relevancia como foro deliberante del comercio multilateral.¹³

Desde el principio, con los auspicios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) y el programa de cooperación técnica de la Secretaría de la OMC, a disposición de los países Miembros en desarrollo, el objetivo fue establecer normas que permitieran la simplificación de los procedimientos que rigen el comercio.¹⁴ Como se aprecia en su preámbulo, el AFC se inspira en un filosofía de la cooperación técnica efectiva en el campo aduanero entre los países miembros habida cuenta de las diferencias de desarrollo entre estos. En forma más concreta se apunta “agilizar aún más el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito”.¹⁵

Son muchas las bondades y expectativas respecto de los resultados de una efectiva implementación del AFC. Este Acuerdo es ambicioso, especialmente al pensar en países en desarrollo como los de Latinoamérica. Además del 14,3% de reducción en los costos del comercio que prevé la OMC gracias a la aplicación plena del AFC, esta Organización también prevé incrementos del 2,7% de exportaciones mundiales para 2030; 0,5% de crecimiento en el PIB mundial; y mayores ganancias para los países en desarrollo y PMAs.

Lo anterior al tener en cuenta que en ambos grupos de países los costos del comercio equivalen a aplicar un arancel del 219% al comercio internacional. Para estos países se prevén mayores crecimientos, del orden de 3,5% anual de exportaciones, 0,9% para la producción económica anual y mayor diversificación en las exportaciones en general.¹⁶ De hecho, al hacer simulaciones sobre la diversificación de exportaciones producto de la aplicación del AFC, los resultados de la simulaciones sugieren importantes ganancias derivadas de la reforma de la facilitación del comercio en el África Sub-Sáhara y en América Latina y el Caribe.¹⁷

13 Peterson Institute for International Economics. Revisiting the Sizable Gains from the Trade Facilitation Agreement (15 de octubre de 2015). <https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/revisiting-sizable-gains-trade-facilitation-agreement>. (28 octubre de 2015).

14 Ver OMC. Conferencia Ministerial. Declaración Ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996. Documento WT/MIN(96)/DEC de 18 de diciembre de 1996.

15 OMC. Consejo General. Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Documento WT/L/940 del 28 de noviembre de 2014. Véase el Preámbulo.

16 OMC. ¿De qué manera el acuerdo beneficia a los países en desarrollo y a los PMA?. (2017). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tfa_factsheet2017_s.pdf. (Consultado el 14 de octubre de 2020).

17 Simon Neumueller, Cosimo Beverelli & Robert Teh. Export diversification effects of the WTO trade facilitation agreement. *World Development*. 2015. At. 293.

2.2 Su ámbito e implementación

En relación con la forma de implementar el AFC, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha identificado diversos aspectos de cooperación técnica en la que esta presta apoyo especialmente a los países en desarrollo, lo cual continuará realizando en los próximos años. De los objetivos de su programa de asistencia para aplicar el AFC se destacan la prestación de asistencia en la preparación de planes nacionales para la aplicación del AFC y la prestación de apoyo a la aplicación efectiva de las reformas de facilitación del comercio destinadas a adquirir capacidad de cumplimiento.¹⁸

En el plano regional, de manera más específica, en un tema tan importa para la competitividad de un país y una región, como lo es la infraestructura de transporte, la CEPAL ha previsto las posibles consecuencias del AFC. En su informe, la CEPAL concluyó que se puede esperar que “la mayoría de las obligaciones de facilitación del comercio, si no todas, tengan un impacto positivo en los tiempos de transporte y, por lo tanto, en sus costos”. Y *añade que* “así como las reducciones en los derechos de importación y exportación hicieron que otros costos, como los de transporte, fueran más visibles, lo mismo debería suceder una vez que las obligaciones de facilitación del comercio hayan sido implementadas.¹⁹ En una apretada síntesis descriptiva, se destaca que el AFC contiene normas para la publicación y disponibilidad de la información (sección I); normas sobre trato especial y diferenciado (sección II) y disposiciones institucionales y finales (sección III).

La inclusión de estipulaciones más amplias y claras sobre el intercambio de información resulta de vital importancia en aras de estimular el desarrollo tecnológico, al paso que se reconocen las asimetrías de los países Miembros en esta materia. Se estima que la combinación de obligaciones de publicación y acceso a la información (art. 1 AFC), acompañada de una institucionalidad definida orgánica y funcionalmente (arts. 7, 8 y 10 AFC), servirá a los propósitos fundamentales de racionalizar las medidas en frontera y fortalecer el intercambio de información y cooperación tecnológica entre los países Miembros, los cuales están incluidos en el objetivo primordial del AFC de mejorar la eficiencia económica.²⁰

Adicionalmente, en lo que hace a la eficiencia propiamente tal, se destaca la consagración de normas que abogan por mayor celeridad en los procedimientos,

18 Véase Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. ‘Las normas de facilitación del comercio como un factor potenciador del comercio: Opciones y requisitos’. Nota de la secretaría de la UNCTAD, documento TD/B/C.I/MEM.7/5 del 22 de abril de 2014. At. 1.

19 Véase CEPAL. Boletín FAL Núm. 333, 5/2014. At. 10.

20 Antonia Eliason. The trade facilitation agreement: A new hope for the world trade organization. World Trade Rev. 14. 2015. At. 643.

como las relativas a las resoluciones anticipadas, levante y despacho de mercancías, operadores económicos autorizados, envíos urgentes, mercancías perecederas, entre otras. Desde ya resulta importante destacar que, en su estructura, el AFC no establece listas exhaustivas u obligaciones taxativas para los países Miembros. Si bien fija objetivos, deja margen de razonabilidad a los Miembros para el cumplimiento de esas obligaciones en el contexto y medida de sus capacidades.

Por ejemplo, en su artículo 10 “Formalidades y requisitos de documentación”, luego de unos 8 renglones de descripción de objetivos, se pide a cada Miembro garantizar, “según proceda”, que tales formalidades y requisitos de documentación se adecúen a cuatro criterios allí descritos. Se establece que estas formalidades y requisitos se adopten “con miras al” rápido levante y despacho de mercancía, de manera que se “trate de reducir” el tiempo y el costo que; sean la medida “menos” restrictiva del comercio elegida; o que no se mantengan, total o parcialmente, “si ya no son necesarios”. Como se ve, estos criterios se establecen en forma más cualitativa que cuantitativa, “aspiracional” en opinión de algunos, pero no dejan lugar a duda en el propósito que persiguen.

Al referirse a los alcances del AFC, estudios de la OECD son optimistas al considerar que “su aplicación debería ayudar a los países en desarrollo y a los PMA Miembros a reducir las ineficiencias en las fronteras y los costos resultantes y, por ende, a materializar las ventajas”.²¹ Las normas del AFC permiten esperar que aun en materia sancionatoria se adopten decisiones ajustadas a Derecho y en forma eficiente. En su artículo 6, entre otros, el subpárrafo 3.3 del AFC establece que “la sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida”. Es importante que la actividad aduanera esté efectivamente orientada por estos principios del AFC en armonía con los principios constitucionales²² de la buena fe²³ y de la presunción de inocencia, que se entienden incorporados en el Decreto 1165, artículo 2 “Principios generales”. A no dudarlo, en materia del procedimiento administrativo sancionatorio, la responsabilidad objetiva dejaría de ser la regla general para ser la excepción. De hecho, la Corte Constitucional de Colombia ha llegado a afirmar que la Constitución proscribiera en principio toda forma de responsabilidad objetiva.²⁴ Además, ha reiterado que “la posibilidad de la responsabilidad objetiva

21 OMC. La aplicación del Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio. (2016). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/aid4trade15_chap4_s.pdf. (Consultado el 20 de septiembre de 2020).

22 Artículos 29 y 83 de la Constitución Política de Colombia.

23 Curiosamente, aunque no incluido en el Artículo 2 del Decreto 1165, el postulado de la buena fe parece expresamente exigido respecto de particulares como las agencias de aduana y, en general, para la inscripción, autorización o habilitación de usuarios aduaneros (Artículo 47 y 117 ejusdem).

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-274 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; 9 de mayo de 2013.

cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional”, pues ha establecido que “los principios del derecho penal —como forma paradigmática de control de la potestad punitiva— se aplican, con ciertos matices, a toda las formas de actividad sancionadora del Estado”.²⁵ Estos razonamientos del máximo tribunal constitucional deben resonar hoy más que nunca en la actividad aduanera de cara a propender por su mayor eficiencia y redundar en una facilitación de comercio que haga más competitivo el comercio exterior colombiano.

3. La cuestión de la interpretación del AFC como norma interna (todavía un tratado en el Derecho Internacional)

No obstante lo dicho hasta aquí, la tarea de interpretar no es fácil. Donde hay dos abogados, además de haber problemas presentes o futuros, hay tres opiniones. Por eso es importante tener en cuenta que la interpretación de nuestras normas aduaneras no debe agotarse necesariamente en los preceptos tradicionalmente conocidos de nuestra legislación. No solo las muy bien redactadas disposiciones sobre interpretación de la ley, previstas en el capítulo IV del Código Civil, son las aplicables a la interpretación de normas como las del EA y del AFC, hoy incorporado en nuestro ordenamiento jurídico. No solo las reglas generales sobre la validez y aplicación de las leyes, de la Ley 153 de 1887, le son aplicables.

Las autoridades aduaneras y, por qué no, los particulares también tienen a su alcance la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la Convención. Esta es, al final del día, una de las fuentes del Derecho Internacional Público, junto con la costumbre, los principios y la doctrina, incluso la equidad (*ex aequo et bono*) cuando las partes lo acuerden, todo conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁶ Sí, la Convención, como los TLCs vigentes de Colombia, no obstante ser un tratado en la órbita del Derecho Internacional, es parte del ordenamiento jurídico colombiano comoquiera que Colombia se adhirió a esta y la ratificó mediante Ley 32 de 1985.²⁷

Es hora de empezar a ver el Derecho Internacional con más familiaridad que escepticismo. Sin importar posturas ideológicas en favor o en contra de la globalización, lo cierto es que las normas del comercio internacional están intrínsecamente ligadas a la globalización y el orden jurídico internacional imperante. Como

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 6 de Agosto de 2002

26 Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.

27 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=_en. (Consultado el 22 de octubre de 2020).

tal, las autoridades especialmente, como los ciudadanos, no están exentos de lidiar con el fenómeno y hacerlo de la manera más pragmática posible.

Según el principio del *effet utile* o de interpretación eficaz *ut res magis valeat quam pereat*, materializado²⁸ en el artículo 31 de la Convención, “un tratado se interpretará de buena fe de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin”. El Órgano de Apelación de la OMC acude con frecuencia²⁹ a este principio para reconocer la primacía³⁰ de las disposiciones del tratado y recordar que el intérprete debe primero considerar el significado claro de las palabras en su contexto y a la luz del objeto y fin de la disposición.

Nuestro Código Civil tiene normas de interpretación muy similares a las de la Convención. Sin perjuicio de sus métodos de interpretación por el legislador, doctrinal o gramatical, los criterios de interpretación mediante el significado de las palabras, el contexto o medios subsidiarios (artículos 28 a 32 del Código Civil) son muy similares y complementados por los del principio de interpretación efectiva, o del “efecto útil”, del artículo 31 y subsiguientes de la Convención. Ver apéndice.

Desde sus más tempranos pronunciamientos, como en el caso *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelaciones de la OMC hizo manifiesta la importancia de aplicar a la interpretación de sus acuerdos abarcados estas reglas de interpretación de la Convención. En su informe, el Órgano de Apelación estableció que:

E[]s aplicable la norma básica de derecho internacional sobre interpretación de los tratados que se ha analizado antes, según la cual ha de atribuirse a los términos de un tratado su sentido corriente, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin....

....

.... Uno de los corolarios de la “regla general de interpretación” de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar

28 Joost Pauwelyn. Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law. Vol. 29. Cambridge University Press. (2003). At. 248. Ver también Hersch Lauterpacht. “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties. Brit. YB Int'l L. 26. 1949. At. 48. 67, 83.

29 Informe del Órgano de Apelación, Corea – Productos lácteos, párrafos. 80-90; Informe del Órgano de Apelación, Argentina – Calzado, paras. 88-91; Informe del Órgano de Apelación.

30 Campbell McLachlan. The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention. International and Comparative Law Quarterly 54: 2. 2005. At. 311.

una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.³¹

Como se dijo al inicio, no se pretende que ni el funcionario ni el particular se conviertan en abogados para obrar conforme a las normas y principios de eficiencia del AFC y la nueva legislación aduanera. Sin perjuicio de las disquisiciones jurídicas complejas que puedan generarse, lo cierto es que en el día a día de la función aduanera, es mucho lo que se podrá hacer en pro de la eficiencia si estas disposiciones se aplican decididamente cuando las normas ofrezcan duda.

4. Conclusiones y recomendaciones

La palabra “eficiencia” es definitivamente la inspiración del AFC. En este Acuerdo, como en pocos quizás, queda claro que tratándose de asuntos económicos el Derecho se ocupa de la armonía mientras patrocina la búsqueda de la eficiencia económica.

En el caso de la actividad aduanera, se ha demostrado aquí que la labor de aplicar las normas entraña la tarea misma de interpretarlas. A ese respecto, aunque se reconoce que no todos los involucrados son, ni tienen que ser juristas, se propone que las disposiciones del reciente AFC puedan servir de herramienta útil tanto a funcionarios como a particulares a la hora de aplicar el principio de eficiencia del Decreto 1165.

El lenguaje de la eficiencia es un lenguaje compartido entre todos los interesados en las actividades económicas, y aplicado a la actividad aduanera, de la mano con el principio de eficiencia en el Derecho Aduanero, con seguridad redundará en beneficio de la competitividad de la economía nacional.

Es tan claro que la función administrativa debe estar guiada por la búsqueda de la eficiencia, esto es, el logro al menor costo, como que las normas de facilitación del comercio buscan desesperadamente aumentar esa eficiencia. La materia de la interpretación de estas normas, reconociendo que son propias del orden jurídico internacional, de la economía globalizada, debe desmitificarse. De hecho, en materia sancionatoria, las normas del AFC permiten esperar que las autoridades nacionales adopten decisiones ajustadas a Derecho y en forma eficiente.

Quienes manipulen estas normas deben perder el temor de acercarse a ellas. También deben saber que, al final, son normas nacionales que también

31 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Gasolina. Pp. 23-27.

tienen cabida y aplicación a estos casos. Esta claridad ofrecerá más amplios recursos interpretativos para avanzar sin temores en la toma y proposición de decisiones que solucionen problemas en las aduanas.

Bibliografía

Artículo de Revista y Libros

- Antonia Eliason. The trade facilitation agreement: A new hope for the world trade organization. *World Trade Rev.* 14. 2015. At. 643 - 656.
- Campbell McLachlan. The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International and Comparative Law Quarterly* 54: 2. 2005. At. 279.
- Hersch Lauterpacht. "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties. *Brit. YB Int'l L.* 26. 1949. At. 48.
- Joost Pauwelyn. Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law. Vol. 29. Cambridge University Press. (2003).
- Simon Neumueller, Cosimo Beverelli & Robert Teh. Export diversification effects of the WTO trade facilitation agreement. *World Development* 76. 2015. 293-310.

Internet

- OECD. *Trade facilitation and the Covid-19 pandemic.* (22 de abril de 2020). <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/trade-facilitation-and-the-covid-19-pandemic-094306d2/#section-d1e393> (Consultado el 29 de septiembre de 2020).
- ONU. *Estatuto de la Corte institucional.* (2020). https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en. (Consultado el 22 de octubre de 2020).
- Peterson Institute for International Economics. *Revisiting the Sizable Gains from the Trade Facilitation Agreement* (15 de octubre de 2015). <https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/revisiting-sizable-gains-trade-facilitation-agreement>. (28 de octubre de 2015).
- OMC. *La aplicación del Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio.* (2016). https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/aid4trade15_chap4_s.pdf. (Consultado el 20 de septiembre de 2020).
- OMC. ¿De qué manera el acuerdo beneficia a los países en desarrollo y a los PMA?. (2017) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tfa_factsheet2017_s.pdf. (Consultado el 14 de octubre de 2020).
- OMC. *Facilitación del comercio — Menos "paleo" en la forntera.* https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_introduction_s.htm. (Consultado el 27 de septiembre de 2020).

OMC. *Facilitación del comercio*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia. (2016). <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2021).

Presidencia de la República. *Decreto 1165 de 2019* (2 de julio de 2019) <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036618> (Consultado el 10 de enero de 2021).

DIAN. Nueva Regulación Aduanera. (2016). <https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Estatuto%20Aduanero/PresentaNuevaRegulacionAduanera8demarzo.pdf>, (Consultado en enero de 2021).

Presidencia de la República. *Decreto 390*. (7 de marzo de 2016). <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30036079> (Consultado en enero de 2021)

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 6 de Agosto de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-274 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. 9 de mayo de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-826/13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de noviembre de 2013.

Órganos Internacionales

CEPAL. Boletín FAL Núm. 333, 5/2014. At. 10.

Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Las normas de facilitación del comercio como un factor potenciador del comercio: Opciones y requisitos”. Nota de la secretaría de la UNCTAD, documento TD/B/C.I/MEM.7/5 del 22 de abril de 2014. At. 1.

Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

OMC. Anexo D de la Decisión relativa al Programa de Trabajo de Doha adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, mediante documento WT/L/579.

OMC. Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado. Informe del Órgano de Apelación, documento WT/DS121/AB/R adoptado el 14 de diciembre de 1999.

OMC. Conferencia Ministerial. Declaración Ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996. Documento WT/MIN(96)/DEC de 18 de diciembre de 1996.

OMC. Consejo General. Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Documento WT/L/940 del 28 de noviembre de 2014.

OMC. Corea - medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos. Informe del Órgano de Apelación, documento WT/DS98/AB/R, adoptado el 14 de diciembre de 1999.

OMC. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Informe del Órgano de Apelación, documento WT/DS2/AB/R, adoptado 29 de abril de 1996.