

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SUBSEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA

EN DERECHO ECONOMICO

**LA LEGISLACION ADUANERA ECUATORIANA DENTRO DEL
PROCESO DE APERTURA Y MODERNIZACION**

DR. HERNAN ROMERO ZAMBRANO

1995

Al presentar esta tesis como uno de los requerimientos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Dr. Hernán Romero Zambrano

9 de Agosto de 1995

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SUBSEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA

EN DERECHO ECONOMICO

**LA LEGISLACION ADUANERA ECUATORIANA DENTRO DEL
PROCESO DE APERTURA Y MODERNIZACION**

DR. HERNAN ROMERO ZAMBRANO

TUTOR: DR. LUIS A. TOSCANO SORIA

Quito - Ecuador

1995

PROPOSITO Y CONTENIDO

La presente tesis que constituye un requisito para la obtención del título de Magíster en la Maestría de Derecho Económico, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Quito, tiene como propósito realizar un estudio y análisis de la modernización aduanera emprendida en nuestro País a partir de la expedición de la nueva Legislación Aduanera, enmarcada dentro del proceso de apertura y liberalización del comercio y la economía.

La tesis en sí se compone de tres partes. La primera, conformada por el primer capítulo, contiene un sucinto análisis de lo que en materia especialmente de apertura comercial se ha realizado en los contextos mundial, regional, subregional y nacional. La segunda, que comprende los capítulos segundo, tercero y cuarto, aborda los cambios emprendidos por la modernización aduanera del Ecuador, para lo cual se ha tomado en cuenta el aspecto institucional, los procedimientos administrativos aduaneros y, lo relacionado al delito aduanero y la estructura de la jurisdicción y competencia penal aduanera. Finalmente, la tercera comprende un breve estudio comparado de la legislación aduanera ecuatoriana, en relación a las legislaciones aduaneras de Chile, Perú y Colombia, para finalizar con las conclusiones en las que se incluyen los aspectos positivos o favorables así como los aspectos negativos o factores adversos.

Con especial cariño a la memoria de mi padre Luis Angel Romero Romero; a mi esposa Beatriz María; a nuestros hijos: Katherine, Hernán Xavier, Juan Carlos y José Luis; a mi madre, hermanos y familiares que me demostraron solidaridad, comprensión y apoyo en mis afanes de superación profesional para servir mejor a mi noble profesión de abogado y a mi querida patria.

AGRADECIMIENTO

Consigno mi agradecimiento a la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Subsede Quito, en la persona de su Director, Señor Doctor Enrique Ayala Mora; y, al Señor Doctor José Vicente Troya, Coordinador Académico de la Maestría; abnegados directivos que con su inteligencia y acertada iniciativa han hecho realidad la creación de la Maestría en Derecho Económico, primera en el Ecuador y América del Sur y por haberme dado el honor de pertenecer a la misma; al Señor Doctor Luis A. Toscano Soria, Tutor de la Tesis, prestigioso profesional y académico, quien tuvo capacidad, voluntad y paciencia para dirigir el presente trabajo; al Personal Docente y Administrativo de la Universidad, por las facilidades y cooperación prestada durante los estudios; así como a los funcionarios, amigos, compañeros y más personas que directa o indirectamente coadyuvaron en la realización de esta tesis.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO PRIMERO

LA APERTURA COMERCIAL Y ECONOMICA

- 1.1** Contexto Mundial
- 1.2** Contexto Regional
- 1.3** Contexto Subregional
- 1.4** Contexto Nacional

CAPITULO SEGUNDO

LA MODERNIZACION ADUANERA EN LO INSTITUCIONAL

- 2.1** El Servicio de Aduanas: naturaleza, funciones y organización
- 2.2** La Dirección Nacional del Servicio Aduanero
- 2.3** Las Administraciones Distritales
- 2.4** El Servicio de Vigilancia Aduanera
- 2.5** El Comité Técnico Aduanero
- 2.6** La Subsecretaría de Aduanas
- 2.7** Las Concesiones de Servicios al Sector Privado

CAPITULO TERCERO

LA MODERNIZACION ADUANERA EN LA RELACION JURIDICA DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA Y EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

- 3.1** El Hecho Generador y sus Efectos Jurídicos
- 3.2** La Declaración y la Autoliquidación Aduanera
- 3.3** La Presunción de Buena Fe del Importador y Exportador
- 3.4** La Selección Aleatoria y el Aforo Físico
- 3.5** Las Verificadoras Internacionales
- 3.6** El Despacho Aduanero en la Importación y en la Exportación
- 3.7** El Abandono: Expreso y Tácito
- 3.8** El Decomiso Administrativo
- 3.9** Los Regímenes Aduaneros
- 3.10** Los Reclamos Administrativos

CAPITULO CUARTO

LA MODERNIZACION ADUANERA Y LA NUEVA CONCEPCION DEL DELITO Y ESTRUCTURA DE LA JURISDICCION PENAL

- 4.1** El Delito Aduanero y su Naturaleza Jurídica
- 4.2** Concepción Actual y la Nueva Tipicidad
- 4.3** La Sanción Penal
- 4.4** La Extinción de la Acción Penal
- 4.5** La Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera
 - 4.5.1** El Administrador de Aduanas
 - 4.5.2** El Juez Fiscal
 - 4.5.3** El Tribunal Distrital de lo Fiscal
 - 4.5.4** La Corte Suprema de Justicia

CAPITULO QUINTO

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE LOS PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEGISLACION ADUANERA ECUATORIANA EN RELACION A LA LEGISLACION ADUANERA DE CHILE, PERU Y COLOMBIA.

5.1 Con Chile

5.2 Con Perú

5.3 Con Colombia

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES

6.1 Aspectos positivos o favorables

6.2 Aspectos negativos o factores adversos

INTRODUCCION

El Estado ecuatoriano apremiado por los cambios producidos en la década pasada y la que se encuentra decurriendo, originados por un lado, en el dinamismo del mercado y, por otro, en la presión de los organismos internacionales que controlan la economía de los países especialmente subdesarrollados; y, con el fin de insertarse en la internacionalización y globalización de la economía, paradigmas de la época actual, ha emprendido en un lento proceso de modernización de las estructuras del Estado, de manera particular en los aspectos relacionados al comercio internacional y a la economía, a fin de ponerse a tono con estas nuevas corrientes.

Como la materia objeto del trabajo es demasiado amplia, me he visto en la necesidad de precisar los aspectos que a mi criterio considero son los pilares más importantes de la apertura comercial y de la reforma aduanera.

Por los motivos expuestos, y siendo el tema central de esta Tesis la Legislación Aduanera Ecuatoriana dentro del Proceso de Apertura y Modernización, se ha contemplado un capítulo relacionado con la apertura comercial y económica, al cual lo encontré conveniente desarrollar por estar vinculado con la temática principal y decidí hacer un rápido y general recorrido de lo que en materia de apertura y liberalización del comercio y la economía se ha hecho, con mayor énfasis en la apertura comercial por parte del GATT (actual OMC), al que lo he llamado contexto mundial. Continúo el análisis haciendo referencia a la apertura

comercial y económica en los procesos de integración regional y subregional, en los contextos del mismo nombre, para terminar comentando el contexto nacional.

El hecho de que me haya inclinado por redactar mi tesis de maestría sobre la materia aduanera, obedece a que se trata de un tema de actualidad y muy polémico, del que mucho se habla, pero poco se escribe, por lo que siendo modestamente conocedor del quehacer aduanero nacional, opté por hacer un análisis de las principales mutaciones entre la legislación aduanera anterior y la actual en tres aspectos, a saber: En lo institucional, en los procedimientos administrativos y operacionales y en lo penal aduanero. Me refiero a específicos aspectos importantes de la reforma, tratando de identificar aquello que será positivo y negativo para el país con el nuevo sistema y se resaltan algunos puntos de falencia en la nueva legislación que a mi criterio deberán ser corregidos, para que se cumplan a cabalidad los objetivos de la modernización.

Considero que los objetivos de tener un servicio aduanero moderno, ágil, transparente y eficaz, que dinamice el comercio exterior, incremente las recaudaciones aduaneras, elimine la corrupción y trabas, entre otros, tendrán cumplida realización, si se aplica con decisión política lo que dispone la nueva Ley Orgánica de Aduanas y sus Reglamentos, que constituyen una de las legislaciones aduaneras más modernas y adelantadas de América Latina.

Finalmente, para conocer lo que ha ocurrido con los sistemas aduaneros de otros países que tienen realidades similares a las nuestras, he efectuado un estudio

comparativo con la legislación aduanera internacional, lo cual nos permitirá apreciar si los cambios efectuados en la legislación aduanera ecuatoriana constituyen o no un avance para el País.

CAPITULO PRIMERO

LA APERTURA COMERCIAL Y ECONOMICA

La Segunda Guerra Mundial, dejó a su término un mundo bipolar, cuyo liderazgo en lo político, económico y militar correspondió a las dos superpotencias triunfadoras, Estados Unidos de Norte América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ideológicamente antagónicas, que empezaron a forjar proyectos orientados al predominio y globalización de sus respectivas tesis ideológicas, lo que dio lugar a una nueva forma de enfrentamiento denominado “guerra fría” cuyo fin llegó en 1989 con la desintegración de la URSS y la terminación de su hegemonía e influencia sobre las Repúblicas Socialistas del Este Europeo, que dejando atrás la rigidez de sus sistemas autónomos, optaron por la democracia representativa como forma de gobierno y por la economía de mercado en reemplazo de sus sistemas económicos centralizados.

El fin de la guerra fría ha significado la desaparición del bipolarismo y la consolidación de los Estados Unidos de Norteamérica como la potencia hegemónica en lo político y militar, mientras que en el campo económico, financiero y tecnológico el encumbramiento del Japón, y de la Unión Europea, ha llevado sin lugar a dudas, a que el enfrentamiento actual se traslade al campo económico y comercial, y a que dentro de este contexto, empiecen a resurgir políticas proteccionistas, mediante trabas arancelarias y no arancelarias, juego del cual salen perjudicadas las economías de los países en desarrollo que cada vez

encuentran mayores obstáculos impuestos por parte de los países industrializados, que contradictoriamente pregonan a toda voz el libre comercio. Podemos también decir que la guerra fría dejó como legado un avance tecnológico sin precedentes en los campos militar, aéreo y aero-espacial, así como en las telecomunicaciones, lo que indudablemente ha contribuido a la consolidación de la globalización de los mercados y a la internacionalización de la economía.

La apertura comercial y económica es un proceso que involucra a las economías de los países desarrollados y subdesarrollados, los primeros que, prevalidos de sus potencialidades industriales y tecnológicas imponen sus políticas económicas y comerciales directamente o a través de Organismos Internacionales Multilaterales en los que tienen poder de decisión, mientras que, los segundos, dependientes y periféricos, no les queda otra opción que obedecer las instrucciones e imposiciones, so pena de quedarse aislados y retrasarse aun más en su incipiente desarrollo económico.

El mundo actual se caracteriza por la tendencia a la consolidación de una economía globalizada y sin fronteras, en la cual, bajo el paradigma del libre mercado, un país es el que provee materias primas, otro el que hace determinados elementos o partes que luego son armados o ensamblados en diferente país, productor de bienes terminados, los que finalmente son distribuidos y comercializados en otras latitudes. En este proceso productivo se entrelazan las economías de los países industrializados que por efectos de la competencia mundial buscan reducir los costos de producción y los países en vías

de desarrollo que ofrecen esas oportunidades para que en ellos se genere inversión y empleo.

La globalización e internacionalización de la economía ha llevado a los países a la formación y fortalecimiento de agrupaciones económicas mundiales, regionales y subregionales en su afán de hacer frente a la competencia externa y de liberar sus economías y el comercio de trabas y obstáculos ante un palpable resurgimiento de políticas neoproteccionistas que le restan transparencia al modelo aperturista predominante y limitan las aspiraciones de crecimiento y desarrollo, especialmente de los países más pobres, que a corto plazo tendrán que sumarse a estas agrupaciones, así como dinamizar a las que ya forman parte.

Lo más sobresaliente de lo que en materia de apertura y liberalización de la economía y del comercio se viene realizando será analizado con más amplitud en los contextos mundial, regional, subregional y nacional, que completan este primer capítulo.

1.1 Contexto Mundial

Dentro del sucinto marco general de acontecimientos que antecede, se insertan en este estudio una serie de acciones cumplidas por los países, en sus propósitos de rehabilitar sus economías y desarrollar su comercio, así tenemos que en el periodo de posguerra, con el objeto de organizar las relaciones monetarias internacionales, estimular el comercio y asegurar el equilibrio de pagos entre las naciones, se

crearon tres organismos multilaterales que vendrían a ser claves en el manejo de las relaciones económicas, monetarias, financieras y comerciales en el futuro. Me refiero al Fondo Monetario Internacional (FMI), al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) más comúnmente conocido como Banco Mundial (BM) y al Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que será objeto de un análisis más amplio, debido a su importante rol en el comercio internacional.

Por compartir una importante corriente de opinión, considero conveniente a continuación anotar lo manifestado por Mahbub Ul Hak, quien manifiesta que: “El FMI y el BM ya no son instituciones vinculadas con la gobernabilidad de la economía mundial: sus funciones consisten ahora en el control económico del mundo en desarrollo”¹.

En efecto, los países en vías de desarrollo han resultado víctimas de las políticas de ajustes, dentro del programa neoliberal recomendado por los referidos organismos financieros internacionales, cuyas recetas son bien conocidas: control de la inflación, reducción del déficit, privatización de empresas estatales, flexibilización del régimen laboral, reducción del tamaño del Estado, etc., mientras que por otro lado las imposiciones a la orden han sido la apertura a la inversión extranjera, la liberalización de los mercados de bienes, servicios y capitales, etc., sin considerar las asimetrías existentes en la economía de los países, el atraso tecnológico, el costo social, etc., en tanto que, ha sido totalmente

¹ Mahbub Ul Hak, Martes Económico, Diario El Comercio, septiembre 27, 1994, p. 4.

marginal e insignificante la canalización de fondos para el desarrollo, situación que indudablemente les ha llevado a la pérdida de credibilidad, frente a los países pobres que han visto que cada vez más se ensancha la brecha en relación a los países ricos.

El Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que a partir de la Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales o Ronda Uruguay, ha pasado a llamarse Organización Multilateral del Comercio (OMC), constituye el marco institucional para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los países miembros en todo lo relacionado con los acuerdos comerciales multilaterales. El GATT se creó en 1947 con el objetivo fundamental de lograr la liberalización del comercio mundial eliminando los obstáculos a los intercambios comerciales internacionales. Nació como un acuerdo provisional que debía ser sustituido por una organización internacional del comercio, lo que no ha ocurrido sino hasta la reciente constitución de la OMC.

El GATT se sustenta en cuatro principios y objetivos básicos inspirados en la “Carta de la Habana” redactada de noviembre de 1947 a marzo de 1948, bajo el auspicio del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, siendo los mismos: 1) la no discriminación; 2) el trato nacional; 3) la transparencia; y, 4) el enfoque multilateral del comercio mundial. Estos principios, desde luego, tienen sus excepciones, lo que le ha dado mucha flexibilidad y como el GATT no contaba con acciones coercitivas para hacer respetar sus normas y recomendaciones, se incumplían dichos principios y se dio lugar a la aplicación de

medidas unilaterales de acuerdo a intereses particulares, especialmente de los países industrializados en perjuicio de los más débiles.

Las grandes transformaciones ocurridas en la economía mundial a finales de la década de los 80 e inicios de los 90 han significado un resurgimiento del proteccionismo, el abandono del multilateralismo, especialmente por parte de los EEUU y de la Unión Europea, así como la tendencia a optar por la formación de bloques económicos, lo que nos demuestra que cada vez los países se están alejando más de los principios rectores del GATT. Al respecto, vale mencionar lo manifestado por la Doctora Wilma Salgado, analista económica que dice:

... El constante deterioro del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se refleja en particular en el ascenso del “neoproteccionismo” y en la tendencia cada vez mayor a la emergencia de acuerdos bilaterales o incluso a la formación de bloques de comercio, prácticas que son contrarias al principio de no discriminación entre naciones, la transparencia, el libre comercio y el enfoque multilateral en las relaciones comerciales. Estas distorsiones al comercio han afectado en mayor proporción a los países en desarrollo, contrariando también las disposiciones del GATT al respecto...²

La Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales o Ronda Uruguay, que se inició en 1986, y culminó tras siete años de negociaciones el 15 de diciembre de 1993, con la aprobación de 117 países miembros del GATT, tuvo como objetivos:

1) Reducción de barreras arancelarias y no arancelarias (cuotas a la importación, compras públicas y barreras técnicas); 2) Actualización y potenciación del GATT y sus códigos (revisión de las medidas antidumping, las subvenciones, las medidas de salvaguardia, los obstáculos técnicos al comercio, los acuerdos de sobrevaloración en aduana y las licencias de importación), convirtiendo al Acuerdo en una Organización Internacional del Comercio (OMC), comparable a otras organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial; 3) Eliminación del régimen excepcional existente en el comercio del sector textil (se pretende la integración progresiva de este sector en el GATT y la eliminación del Acuerdo Multifibras); 4) Extensión de la disciplina multilateral al comercio de productos agropecuarios (apertura de mercados nacionales a la competencia internacional mediante la sustitución de medidas no arancelarias por medidas arancelarias y la sustitución paulatina de las subvenciones a las exportaciones, transformando el apoyo en beneficio de las rentas agrarias y no de los precios); 5) Aplicación de la normativa del GATT a los aspectos comerciales de las medidas que reglamentan las inversiones y la propiedad intelectual (se pretende incluir normas de protección a los derechos de autor, marcas, diseños industriales); y, 6) Regulación del comercio de servicios³.

Las negociaciones de esta Ronda, a la que se la considera la más compleja, exitosa y ambiciosa, atravesó por una serie de conflictos, controversias y enfrentamientos entre los 4 bloques negociadores: Comunidad Europea (hoy

² Wilma Salgado, *El Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, Banco Central del Ecuador, ed. 1991, p. 31.

Unión Europea), Estados Unidos, Japón y los Países en Desarrollo. La Ronda Uruguay, no solamente se propuso negociar la liberalización del comercio como las otras Rondas, sino que se incluyeron asuntos conflictivos como lo son el caso de la agricultura, los textiles y vestuarios. Se amplió el campo de competencia del GATT a nuevos temas como la liberalización del mercado de servicios, inversiones, así como la protección de los derechos de propiedad intelectual; también se propuso llevar adelante una revisión de las normas y procedimientos del Acuerdo para hacerlos más eficaces y exigibles, así como dotar al GATT de poder de supervisión de las políticas y prácticas comerciales de los miembros.

Como se señala anteriormente, los temas más conflictivos se centraron en torno a la agricultura, los servicios y la propiedad intelectual. Los países tradicionalmente exportadores de productos agrícolas, apoyados por los Estados Unidos, se mostraban contrarios a la Política Agraria Común de la CE y a las restricciones a las importaciones impuestas por el Japón y exigían la eliminación de los subsidios, restricciones a las importaciones y otras políticas distorsionadoras de los mercados. Estas negociaciones fueron arduas y difíciles y retrasaron el cierre de la Ronda Uruguay que debió haber culminado en diciembre de 1990. Todo parecía indicar que las negociaciones fracasarían hasta que se pudo alcanzar un preacuerdo en noviembre de 1992 entre Washington y Bruselas, conocido como Acuerdo Blair House, mediante el cual se hicieron mutuas concesiones, cada parte renunció a sus exigencias originales aunque hasta el 15 de Diciembre de 1993 no

³ Celestino Suárez y Cecilio Tamarit, *Nuevas tendencias en el Comercio Internacional, Comercio, Política Comercial y Negociaciones Multilaterales*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, enero 1994, número 725, p. 27.

se pudo alcanzar un Acuerdo conjunto y definitivo. Las negociaciones han continuado vía acuerdos bilaterales entre la UE y los EEUU para ir solucionando sus diferendos sobre política agraria, aunque las acusaciones se siguen dando, mientras tanto los países en vías de desarrollo son meros espectadores a quienes se exige la liberalización de los mercados y siguen soportando la imposición de medidas restrictivas para el ingreso de sus productos a los mercados de la UE y de los EEUU. Por otro lado y como tema nuevo de las negociaciones multilaterales, a instancia de los países industrializados se incluyó el tema de la liberalización del comercio internacional de servicios que en cambio no tenía aceptación por parte de la mayoría de los países en desarrollo, bajo el argumento y con toda razón, de que son netos importadores de servicios, deficitarios en su balanza de servicios, a diferencia de los países desarrollados exportadores de tecnología, con gran poder de penetración en los campos de los seguros, la banca, construcción, distribución, turismo, servicio de software, ordenadores, servicios profesionales, telecomunicaciones, etc. Aunque se avanzó mucho en la negociación, ésta no tiene un efecto práctico por la falta de acuerdo en audiovisuales, servicios financieros, telecomunicaciones y transporte marítimo. Concomitante a la liberación del mercado de servicios se planteó la eliminación de reglamentaciones restrictivas a la inversión extranjera, puesto que, como es lógico, la prestación de servicios requiere de inversiones en el lugar de su prestación, consecuentemente, la liberación del comercio de servicios conlleva a la liberación de la inversión extranjera en este campo.

La protección a los derechos de propiedad intelectual, a propuesta de los países industrializados, liderados por los Estados Unidos constituyó un punto por demás

contradictorio con los objetivos de liberalización que se persigue, pero comprensible desde el punto de vista de los intereses de esos países. La protección de esos derechos, favorece a los países exportadores de tecnología, que proponen acciones de carácter civil, penal y administrativo para quienes infrinjan las normas relativas a esta protección, principalmente en cuanto se refiere a la falsificación y a la piratería comercial.

A manera de conclusión de lo que ha sido la Ronda Uruguay vale mencionar lo señalado por Celestino Suárez y Cecilio Tamarit, analistas económicos internacionales, que manifiestan que:

El éxito final de la Ronda se fundamenta en un enorme recorte de aranceles (más del 33% del promedio en total), la inclusión de la propiedad intelectual (la falsificación y la piratería comercial serán perseguidas, aunque hay periodos transitorios de uno y once años), la agricultura (las cuotas se transforman en aranceles, se garantizan porcentajes mínimos de los mercados y se recortan las exportaciones subvencionadas) y los servicios (el principio, sin embargo, no tiene efectos prácticos por ahora por la falta de acuerdo en audiovisuales, servicios financieros, telecomunicaciones y transporte marítimo), el desmantelamiento de los Acuerdos Multifibras (AMF), la creación de la Organización Multilateral del Comercio y la liberalización paralela de los mercados públicos. Sin embargo, en el debe puede citarse el pobre

contenido del acuerdo sobre los servicios y la escasa generosidad de las grandes potencias comerciales hacia los países en desarrollo.⁴

El acuerdo más importante y trascendental alcanzado en la Ronda Uruguay del GATT, fue sin lugar a dudas la creación de la Organización Multilateral del Comercio (OMC), que constituye un Instrumento Jurídico distinto del GATT. Entre los considerandos de la creación de esta nueva Organización se establece y los países miembros reconocen que la actividad económica debe elevar los niveles de vida, aumentar la producción de bienes y servicios y proteger el medio ambiente. Se manifiesta la voluntad de reducir substancialmente los aranceles aduaneros y trabas al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales. Los principales acuerdos multilaterales que se establecen son: Acuerdos sobre el Comercio de Mercancías, Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo sobre los derechos de propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Entendimiento sobre las Normas y Procedimientos para la solución de diferencias y Mecanismos de Examen de las Políticas Comerciales. Otros Acuerdos se refieren a: Compromisos adquiridos en el marco del GATT, Acuerdos sobre agricultura, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Textiles y Vestido, Obstáculos Técnicos al Comercio, Medidas en Materia de Inversiones, Normas de Origen de las mercaderías, Subvenciones, Medidas Compensatorias y Salvaguardias. Igualmente comprende aspectos relacionados al comercio desleal o Dumping,

⁴ Celestino Suárez y Cecilio Tamarit, *Nuevas tendencias en el Comercio Internacional, Comercio, Política Comercial y Negociaciones Multilaterales*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, enero 1994, número 725, p. 31.

Normas de Valoración en Aduanas, Uniones Aduaneras y Zonas de libre Comercio, Concesiones Arancelarias y otras.

Es de esperarse que la OMC cumpla con sus objetivos y se convierta en un verdadero foro de negociaciones internacionales donde prime la equidad y se dé un trato preferencial a los países subdesarrollados sin que se les exija reciprocidad por parte de los desarrollados, que se les permita el libre acceso de sus productos agrícolas, materias primas, manufacturas y sus bienes básicos de exportación. Que se considere que el crecimiento económico de los países pobres, que se obtendría como consecuencia de la liberalización del comercio, redundaría en beneficio de todos, los unos podrían elevar los niveles de vida de sus habitantes y los otros ampliar y potenciar sus mercados y, que las imposiciones de apertura y liberalización de las economías y del comercio no se pueden seguir dando solamente para solucionar crisis económicas internas y déficits comerciales.

Un aspecto que no puede soslayar esta visión del contexto mundial de las relaciones económicas y comerciales actuales, es la tendencia a la formación de bloques económicos-comerciales, para hacer frente a una competencia internacional cada vez más agresiva. En la actualidad se distinguen tres grandes bloques comerciales que dominarán el escenario mundial a finales del siglo XX, y probablemente muy avanzado el siglo XXI; se trata del integrado por la Unión Europea (UE), encabezado por Alemania; el conformado por El Tratado de Libre Comercio (TLC o NAFTA) entre Estados Unidos de Norte América, Canadá y

México, liderado por el primero; y, el de los países agrupados en la Cuenca del Pacífico, con el liderazgo del Japón. Estos bloques lucharán entre sí por lograr hegemonía sobre los demás en el orden económico, buscando acaparar el mercado mundial a través de las tecnologías de punta, fundamentalmente en las industrias aérea, aeroespacial, electrónica, biogenética, informática, máquinas de precisión y robótica. En el propósito de consolidar los mercados, estos bloques se encuentran desarrollando una serie de acciones, entre ellas la liberación del mercado de bienes, servicios, capitales, libre migración de personas y corporaciones.

No se descarta la formación de nuevos bloques con el liderazgo de la China, Rusia y la Unión de Estados Independientes; así como el bloque de los países ex-socialistas de Europa del Este y el nuevo bloque que parecería va a nacer de la cumbre de la APEC (Foro de Cooperación económica para Asia y el Pacífico) y de las Américas, en la que participaron 18 países, incluidos por Latinoamérica, Chile y México, y que incluso contó con la asistencia del Presidente Clinton de los Estados Unidos de Norteamérica. En esta cumbre se acordó constituir una especie de Unión económica del área del Pacífico, en la que los países industrializados eliminarían las barreras arancelarias al comercio y a la inversión extranjera. Se espera que este bloque llegue a constituirse en el mercado más grande del mundo, ya que se estima en 2.200 millones el mercado de consumidores, mayor que el TLC y la UE sumados.

Dentro de este contexto observamos que el mundo se regionaliza, que las fronteras económicas dentro de esa regionalización tienden a desaparecer y que

los intereses de las grandes potencias por defender a sus empresas e industrias se imponen obligando a los países de menor desarrollo a alinearse en uno de estos bloques so pena de aislarse e hipotecar sus aspiraciones de desarrollo y aunque la regionalización, el bilateralismo y el comercio administrado son estrategias contrarias al multilateralismo y al libre comercio, son realidades dentro de las cuales los países deberán aprender a convivir.

1.2 Contexto Regional

América Latina, a partir de la década de los 60, auspiciada por la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), inició las primeras acciones con miras a acelerar el incipiente proceso de industrialización, de los países mayores y de más adelantos en América. La idea de integración seguida en buena medida como respuesta al aislamiento al que estos países fueron sometidos por la guerra, sentó sus bases en 1960 con la creación de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALALC) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA).

La ALALC, creada mediante el Tratado de Montevideo en febrero de 1960, tuvo como objetivo promover el mercado regional latinoamericano mediante la conformación de una Zona de Libre Comercio a 12 años, por medio de negociaciones trianuales, períodos en los cuales debía liberarse progresivamente el 25% del intercambio zonal, observando la forma de negociaciones producto por producto que se incorporaban a las listas nacionales. Se reconoció un trato

preferencial para los países de menor desarrollo relativo, entre ellos a Ecuador, Bolivia, Paraguay y Uruguay, que operó mediante concesiones no extensivas a los demás miembros y que se incorporaban a las listas especiales.

El modelo económico imperante, inspirado en el pensamiento cepalino, que debía impulsar la industrialización, y que supuestamente pondría a los países latinoamericanos en el camino del desarrollo, fue llamado de Sustitución de Importaciones o de desarrollo hacia dentro, y consistía esencialmente en reemplazar las importaciones de bienes de capital - maquinarias y equipos - por producción nacional, e iniciar acciones de frontal proteccionismo, vía elevadas tarifas arancelarias, prohibiciones de importar, licencias previas, contingentes, etc. Desde luego las mayores conveniencias serían para las economías más grandes de la región - Brasil, Argentina y México-, que de acuerdo al estudio realizado por el Doctor Germánico Salgado “acaparaban desde el inicio de ALALC el 47 % y para 1965 el 59% de las exportaciones intrazonales.”⁵

Como resultado de la frustración de los países miembros, dada por la superficialidad y lentitud de las negociaciones, así como por la concentración de beneficios en los tres países antes mencionados, y por el escaso beneficio que habían recibido los países de menor desarrollo relativo, con el fin de profundizar y acelerar la integración, nace el Acuerdo de Cartagena en mayo de 1969, también llamado Pacto Andino, integrado por Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y Venezuela que se adhirió en 1973. Posteriormente Chile se separó en

1976, aspectos que merecerán un análisis más amplio cuando se examine el contexto subregional.

Como respuesta al estancamiento y paralización de la ALALC, que nunca llegó a constituir la Zona de Libre Comercio que se había propuesto, se creó mediante el Tratado de Montevideo de 1980, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la misma que fue constituida por Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y México.

La meta que se fijó la ALADI ante el fracaso de institucionalizar la zona de libre comercio que era el objetivo de la vieja ALALC, fue la creación de una Zona de Preferencias Arancelarias, que es lo que hoy constituye, manteniéndose como objetivo final la formación del Mercado Común Latinoamericano. En este propósito, se mantuvo la negociación producto por producto, en base a listas de productos y se respetó las concesiones que los países se habían hecho.

Los mecanismos de funcionamiento de la Asociación son los siguientes: 1) Preferencia Arancelaria Regional. Significó un trato preferencial más significativo que la ALALC, ya que a más de reconocer a Ecuador y Bolivia la categoría de países de menor desarrollo relativo y beneficiarles con una rebaja total de aranceles para los productos que se agrupan en las listas llamadas de “apertura inmediata”; se ha creado una nueva categoría: la de países de mediano desarrollo o de mercado insuficiente, que comprende a los demás países del grupo

⁵ Germánico Salgado, *El Grupo Andino: Entre dos concepciones de la Integración Económica*,

Andino; 2) Acuerdos de Alcance Parcial, “... el cambio más importante del nuevo Tratado es la admisión abierta de un trato bilateral entre los miembros e inclusive con otros países latinoamericanos y países en desarrollo de otras regiones del mundo...”⁶; 3) Acuerdos de Alcance Regional, de carácter multilateral que alcanzan a todos los miembros, el más conocido es la Preferencia Arancelaria Regional; 4) Sistemas de Apoyo a los Países de Menor Desarrollo Relativo, mediante acuerdos de cooperación; 5) Acuerdos de Complementación, para efectuarse alrededor de ciertas actividades empresariales y que pueden ser bilaterales o multilaterales.

La ALADI en la actualidad ha perdido importancia, las negociaciones entre Argentina y Brasil y la posterior proliferación de acuerdos subregionales como MERCOSUR, el Grupo de los Tres, la incorporación de México al TLC o NAFTA, la han debilitado, las preferencias arancelarias son de poca aplicación y no tienen todavía una aplicación real. El Tratado se encuentra sin proyecciones, hace falta una revisión y actualización que le permita acoplarse al nuevo modelo de apertura, liberalización y globalización del comercio.

El Mercado Común Centroamericano (MCCA), formado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, fundado en 1960 y la Comunidad de Caribe (CARICOM), creada 1975, integrada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Granada, Guayana, Jamaica, Monserrat, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, Trinidad y Tobago, constituyen los dos

Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1994, p. 2.

esquemas de integración de esta parte del continente americano, con mercados relativamente pequeños, el primero con 27 millones de habitantes y el segundo con 6, de escasa importancia en las relaciones comerciales con Sudamérica y con una gran dependencia hacia el mercado norteamericano. Se advierten problemas en el MCCA, en donde a pesar de haberse aprobado en Guatemala un nuevo Protocolo en 1993, subsisten cuotas en Costa Rica, así como tasas y sobre tasas en Honduras y Nicaragua. Por otro lado se observa que Costa Rica crece, Salvador ha tenido regresiones y Nicaragua se encuentra en una situación muy difícil. En todo caso, América Central y El Caribe, constituyen economías en crecimiento no ajenas a los fenómenos de globalización y modernización, que esperan con la inclusión de los Estados Unidos de Norte América incrementar su mercado, atraer inversión extranjera, así como una revisión y fortalecimiento de los tratados comerciales y económicos, y que le conceda un trato preferencial para su probable incorporación al TLC. Es importante también mencionar a la recientemente creada Asociación de Estados del Caribe (AEC), constituida en Cartagena de Indias, Colombia, el 24 de Julio de 1994, por 17 naciones, la misma que, salvando las profundas divisiones culturales existentes entre los pueblos de habla española, francesa, inglesa y holandesa de la región, representa un primer paso para la conformación de una asociación económica regional que puede incidir mucho en el proceso de desarrollo de la región.

Dentro de los llamados acuerdos de la tercera generación relacionados a las nuevas iniciativas de integración en América Latina encontramos al Mercado

⁶ Germánico Salgado, *El Pacto Andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1994, p. 317.

Común del Sur (MERCOSUR), también llamado Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991, integrado por: Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, cuyo objetivo fundamental es la formación de un mercado común, habiéndose por el momento configurado la Unión Aduanera, que comprende: 1) Libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros, a través de la eliminación de los derechos aduaneros y de las restricciones no arancelarias, a la circulación de mercancías; 2) Establecimiento del Arancel Externo Común, que entró en vigencia el primero de enero de 1995 y la adopción de una política comercial común frente a terceros países; 3) Coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los países miembros: comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, aduanera, transportes y comunicaciones, servicios y otras que se acuerden, con el fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes.

El MERCOSUR, aunque atraviesa por varias dificultades, es un tratado ambicioso, audaz, flexible y abierto, que ha atraído la atención no solamente de sus vecinos, como lo es el caso del Grupo Andino, con el cual se encuentra negociando una zona de libre comercio, con ALADI para la creación del Area de Libre Comercio Sudamericana (ALCSA) en un plazo máximo de 10 años, esto es hasta el 2005, de Bolivia que siendo miembro del Acuerdo de Cartagena trata de convertirse en el quinto socio, así como de Chile y México, que están negociando por la vía bilateral; de los Estados Unidos que tiene interés en fuertes inversiones e incluso está en la mira de la Unión Europea, con quienes ha ratificado el compromiso de conformar una gran Zona de Libre Comercio extrarregional, que

entrará a funcionar a plenitud en el 2011, incluido el sector agrícola. Además tienen previsto la suscripción de un acuerdo marco de cooperación económica en lo relacionado a medio ambiente, investigación, transportes.

... MERCOSUR es el bloque más poderoso de Sudamérica, con un PIB de casi US\$ 800.000 millones y más de 200 millones de consumidores. Para la UE, el MERCOSUR es su mercado más dinámico en América Latina y por tanto recibe un importante flujo de capitales. El 70% de toda la inversión de la UE en América Latina se concentra en los cuatro países del bloque...⁷

Sin embargo de las asimetrías existentes entre las economías de los dos colosos Argentina y Brasil y la de los países de mercado insuficiente Uruguay y Paraguay; y, a pesar de que el MERCOSUR no contempla preferencias para estos países, no ha sido óbice para integrar este poderoso mercado, cuya filosofía es abrirse al mundo mediante la práctica de un regionalismo abierto.

Otro de los grupos que pertenece a esta generación nueva de Tratados es el Grupo de los Tres (G-3), constituido por Colombia, Venezuela y México, cuyas negociaciones se iniciaron en 1989; fue creado el 13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias, comprende la formación de un mercado común, integración económica, financiera y armonización macroeconómica entre los tres países, entró en vigencia el primero de enero de 1995, persiguiendo los siguientes objetivos:

⁷ Revista AMERICA ECONOMIA, Nro. 92, febrero 1995, p. 44.

a) estimular la expansión y diversificación del comercio entre las partes; b) eliminar las barreras al comercio y facilitar la circulación de bienes y servicios entre las partes; c) promover condiciones de competencia leal en el comercio entre las partes; d) proteger y hacer valer los derechos de propiedad; e) establecer lineamientos para la ulterior cooperación entre las partes, así como en el ámbito regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado; f) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; g) propiciar relaciones equitativas entre las partes reconociendo los tratamientos diferenciales en razón de las categorías de países establecidos en la ALADI.⁸

Este Acuerdo que nació de los intereses nacionales y geopolíticos entre las partes contratantes con el fin de apoyar la consolidación de la paz y la democracia en Centroamérica, y promover la integración económica y armonización macroeconómica, va más allá del comercio, abarca aspectos de cooperación económica, financieros y políticas generales.

Sin embargo de que ha sido celebrado en base a los principios generales del GATT y al Tratado de Montevideo de 1980, se le acusa de ser violatorio al Acuerdo de Cartagena y perjudicial al mismo. Las consecuencias para el Grupo Andino serían muy complicadas debido a la desventaja a la que se hallarían abocados los demás países en su comercio recíproco con México, perdiendo competitividad frente a Colombia y Venezuela. Lo prudente hubiera sido una

⁸ SECOFI (Secretaría de Comercio y Fomento Industrial), *Tratado de Libre Comercio del*

negociación en bloque a fin de que los restantes países del GRAN no salgan perjudicados. Sin embargo, vale la pena anotar, que el ritmo de apertura, liberalización y modernización marcados en Colombia y Venezuela es mucho más acelerado que en el Ecuador, Perú y Bolivia, quienes son acusados de llevar estos procesos en forma lenta y aislada, no compatible con la velocidad que la internacionalización de la economía exige en los actuales momentos. En todo caso, se considera que el G-3, puede ser la puerta de entrada al NAFTA, espacio económico por el que entrarían los restantes socios del Grupo Andino, dentro de esta cadena de relaciones económicas, financieras y comerciales internacionales que apuntan a la conformación de un gran bloque económico bajo la égida de los Estados Unidos de Norte América.

Dentro del proceso de regionalización mundial, manifestado en la conformación de grandes bloques económicos y comerciales que es la característica del mundo actual, y como respuesta a la consolidación de la Unión Europea y de la Asociación de las Naciones del Pacífico (ASEAN), encontramos en América del Norte, el Tratado Comercial de Libre Comercio (TLC) o NAFTA (en Inglés), de quien forman parte dos países desarrollados, Canadá y los Estados Unidos y un país subdesarrollado, México. El Tratado Constitutivo se firmó en diciembre de 1992.

El TLC surge como respuesta al debilitamiento del multilateralismo, que va siendo reemplazado con más fuerza por un regionalismo abierto, un acentuado

bilateralismo y hasta por medidas unilaterales de las grandes potencias, dentro de un entorno de libre comercio que, aunque parece contradictorio, es la práctica que se impone resultante de la competitividad mundial acrecentada por las nuevas innovaciones tecnológicas. Este Tratado, esencialmente comercial, constituye el mercado ampliado más grande del mundo, con un PIB de 6.350 millones de dólares y 367 millones de consumidores. Persigue la liberación del comercio de bienes y servicios, mediante la creación de una Zona de Libre Comercio a 5, 10 y 15 años plazo que incluye al sector agrícola. Mantiene como principios fundamentales: 1) el trato nacional (los nacionales de las partes contratantes, así como las mercancías y servicios originarias de las mismas, no recibirán en el territorio de otra parte contratante, un trato menos favorable que el concedido a sus nacionales); 2) la cláusula de la Nación más favorecida (se refiere a que toda ventaja, favor, inmunidad o privilegio que una parte conceda a titulares de otro país, se otorgará inmediata e incondicionalmente a los titulares de las demás partes contratantes); 3) no discriminación (principio de equidad por el cual las partes involucradas tienen derecho a un trato análogo o semejante ante similares circunstancias); y, 4) transparencia (las partes contratantes deberán notificarse por la vía más eficaz e inmediata posible, cualquier acto o disposición de orden legal o administrativo que pudiera afectar el cumplimiento del convenio). Se rige por normas especiales, mantiene excepciones y se encuentra abierto a la adhesión de terceros.

El TLC tendrá obviamente sus repercusiones sobre el resto de países de la región que buscan de alguna manera pasar a formar parte de este importantísimo bloque

que puede ser el puente para la conformación de la Gran Zona de Libre Comercio Hemisférico hacia el año 2005 conforme quedó establecido en la Cumbre de Miami realizada en diciembre de 1994. El primer país con perspectivas de integrarse sería Chile, líder en la aplicación del modelo aperturista que actualmente no forma parte de ningún grupo. Bolivia, Colombia y Venezuela ya han firmado acuerdos bilaterales con México y otros países incluido el Ecuador al igual que los del MERCOSUR se encuentran estudiando las posibilidades de incorporarse. Sin embargo, varios países de ALADI han levantado la voz de protesta contra México, al cual se le acusa de haber violado el artículo 44 del Tratado de Montevideo, que establece que cada país latinoamericano que otorgase preferencias arancelarias a naciones externas en la zona debería extenderlas automáticamente a sus socios.

Esta tendencia a la regionalización, tiene una estructura común, con un centro de gravedad y países periféricos. El liderazgo de los Estados Unidos en la región y su condición de potencia mundial, determinan que sea el centro o eje de gravedad, alrededor del cual se ubica la periferia constituida por los restantes países que deberán cumplir los requisitos mínimos exigibles para pertenecer al bloque. La apertura y liberalización de la economía y del comercio, la aplicación de las medidas de ajuste, las reformas estructurales del estado que incluyen la reducción de su tamaño, la privatización de las empresas públicas, la modernización de las estructuras administrativas, del sistema aduanero y de comercio exterior y otros más, son los requisitos indispensables en las relaciones económicas internacionales de los momentos actuales. Atrás quedó el regionalismo cerrado

enclaustrado en el proteccionismo propio del modelo de sustitución de importaciones que generó ineficiencia, ineficacia, corrupción, escasa productividad y que propició mercados cautivos con muy poca proyección a los mercados externos. Este nuevo regionalismo al que he venido refiriéndome se sustenta en proyecciones de ampliación de las fronteras y los mercados, fomenta el desarrollo hacia afuera ampliando la capacidad exportadora hacia el resto del mundo, busca crear un espacio eficiente y competitivo desarrollando economías de escala y aprovechamiento de las ventajas competitivas que permitirán en el mediano plazo la inserción en la economía internacional.

Dentro de esta nueva estrategia de desarrollo que se impone, vale la pena reflexionar sobre los beneficios y perjuicios que resultarían de una aplicación a ultranza del modelo, habida cuenta que el proteccionismo no ha muerto y es muy evidente el resurgimiento de un nuevo proteccionismo por parte de los Estados Unidos, que cada vez que enfrenta problemas internos de producción y de déficit comercial, impone medidas no arancelarias restrictivas a las importaciones no solamente de la periferia, sino también del resto del mundo desarrollado, siendo múltiples los casos en que las exportaciones como en el caso ecuatoriano las rosas, productos del mar, productos agrícolas o agroindustriales y otros, se han visto afectadas por medidas antidumping u otras de carácter sanitario o fitosanitario, siendo impedidas de ingresar a ese mercado. En definitiva no hay equidad en el sistema, o sea, mientras los países pobres y subdesarrollados cumplen todas las exigencias e imposiciones para hacerse acreedores de determinados beneficios resultantes de la apertura y liberalización, el que

promueve el libre cambio les asfixia con medidas que no se compadecen con la filosofía del modelo, es decir, una cosa es la que se dice y otra la que se hace. Por esta razón, siendo partidario de una apertura y liberalización moderada, sostengo que nuestros países antes de pensar en anexarse al TLC o en conformar la Zona de Libre Comercio Hemisférica, en el corto plazo, deberían tratar de consolidar plenamente los procesos de integración subregionales, producto de muchos años de esfuerzo y costo para los países, a fin de ganar presencia y peso internacional en las negociaciones, abriéndose al mundo, pero negociando en bloque, conjugando intereses comunes que si los tenemos y que fueron la razón para integrarnos, dejando desde luego la vía bilateral como excepción para los convenios de complementación económica que sí están permitidos.

1.3 Contexto Subregional

Dentro de este contexto, me referiré al Grupo Andino, a fin de analizar cuanto se ha hecho en materia de apertura y liberalización de la economía y del comercio, cuál es la situación actual y visualizar las perspectivas del mismo dentro del nuevo entorno internacional.

El Grupo Andino nació del Acuerdo de Cartagena, celebrado el 26 de mayo de 1969, estuvo conformado en su inicio por Chile, Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, Venezuela se incorporó en 1973 y Chile se separó en 1976. Actualmente, el Perú se encuentra marginado temporal y voluntariamente de sus derechos y obligaciones para con sus socios.

El Pacto Andino, fue el resultado de la decisión de los países prenombrados, por acelerar y promover el desarrollo armónico y equilibrado de sus pueblos, debido a la lentitud y estancamiento con que se llevaban a efecto las negociaciones en el marco de la ALALC. Sus objetivos fueron: 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. Para alcanzar los objetivos del Acuerdo se establecieron los mecanismos siguientes: a) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; b) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la programación de programas industriales; c) Un Programa de liberalización; d) Un Arancel Externo Común, cuya etapa previa sería la adopción del Arancel Externo Mínimo Común; e) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial; f) La canalización de recursos internos y externos para la inversión; g) La integración física; y, h) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.⁹

El Doctor Germánico Salgado, especialista en materia de integración, divide la historia del Acuerdo de Cartagena en tres periodos: a) La etapa inicial de puesta en marcha, que va desde 1971 a 1975-1976; b) La etapa de desaceleración, de

1976 a 1981; c) La crisis de la deuda y el retroceso, de 1983 a 1987, más una etapa posterior a la que le llama **de la apertura externa y la reactivación de la integración**, a partir de 1989, que es la etapa que nos interesa en esta parte del estudio.¹⁰

En 1989, coincidente con las grandes transformaciones que se iniciaban en el mundo en lo político y económico, en esta parte del continente, concretamente en las Islas Galápagos, territorio ecuatoriano, se llevó a cabo la reunión de Presidentes de los países del área subregional andina, con la finalidad de llevar a efecto un proceso acelerado de reactivación del Grupo Andino. Antes de esta reunión se firmó el Protocolo de Quito de 1987, que cambió profundamente el Acuerdo, se constituyó en la reforma más importante (hubieron dos Protocolos modificatorios anteriores, los de Lima y Arequipa, que alargaron los plazos que no se habían podido cumplir). El protocolo tuvo como características un sesgo neoliberal, se propuso reducir las exigencias del acuerdo original, se habló de un arancel externo común sin plazo, se admitía el comercio administrado (200 a 300 productos sujetos a restricciones), y se omitió los acuerdos de complementación. Este protocolo de enorme significación en la primera fase de reactivación, abrió un compás de espera al Grupo Andino y le dio tiempo para que reaccione. Para este año (1987), América Latina tuvo un cambio de filosofía integracionista, se pensó que si no iban a la apertura, se retrasaban con el resto del mundo, a lo que

⁹ Galo Pico, *Tratados y Convenios de la Integración*, Acuerdo de Cartagena, Quito-Ecuador, edición 1992, p. 17

¹⁰ Germánico Salgado, *El Pacto Andino*, *op. cit.*, p. 321.

hay que agregar las consignas de acelerar las reformas económicas traídas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En 1989 tiene lugar la reunión del Consejo Presidencial Andino en Cartagena, en la que los Presidentes pidieron a la Comisión que preparara un “Diseño estratégico” para acelerar la integración. La aprobación de este documento tiene lugar en la referida reunión de Presidentes Andinos en Galápagos, acordándose el perfeccionamiento de la Zona de Libre Comercio para todos los miembros en 1995 y la Unión Aduanera para 1997 (Venezuela, Colombia y Perú) y 1999 para (Bolivia y Ecuador).

Posteriormente vienen otras reuniones semestrales y se apresura más la integración. En el Acta de la Paz se adelanta la ZLC para 1991, mediante una aceleración del programa de desgravación y la eliminación del comercio administrado, se elimina la nómina de reserva (lista de productos para la programación industrial), la lista de excepciones (lista de productos que no se desgravaban) se eliminaría progresivamente. En esta Acta, los países expresaron su beneplácito por la convergencia creciente entre las políticas económicas de los países andinos, en búsqueda de una mayor eficiencia y competitividad de sus economías, mediante la liberalización y apertura al comercio y a la inversión internacional. El camino escogido no era otro que aquel que conduzca a una liberalización total del intercambio común, así como a una simultánea apertura hacia el mercado latinoamericano y al intercambio internacional en general.

En el Acta de Caracas se ratificó la ZLC para 1991 y se llegó a un acuerdo para aplicar el AEC desde el primero de enero de 1992. La existencia de intereses contrapuestos en las negociaciones, hizo que no se llegase a un acuerdo entre todos y en vista de las dificultades, Colombia y Venezuela, decidieron aplicar por su cuenta e independientemente de los demás países miembros, un AEC desde el 15 de marzo de 1992. Se previó que a ésta se sumarían Ecuador y Perú el 1 de julio de 1992. En materia de inversión extranjera, la Comisión, ya había aprobado, en marzo de 1991, la Decisión 291, otorgando al inversionista extranjero los mismos derechos que al nacional.

En Agosto de 1992, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, autorizó al Perú, mediante Decisión 321, suspender su participación en la Unión Aduanera y en el proceso de armonización de políticas macroeconómicas, autorizándole a negociar acuerdos bilaterales con los demás miembros del Grupo Andino. Perú debía reinsertarse nuevamente al grupo a partir de 1994, cosa que no ocurrió. Mientras tanto, Ecuador otorgó libre acceso a su mercado a Colombia y Bolivia, el 1 de octubre de 1992 y redujo sus tarifas respecto de Venezuela en un 50%, hasta que en febrero de 1993 le liberó del restante 50%. Bolivia por su parte había liberado el intercambio para con los restantes socios en octubre de 1992.

Finalmente, la Zona de Libre Comercio se logró perfeccionar el 1 de febrero de 1993, entre Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia.

La implementación de éste régimen liberatorio del comercio, significó un incremento significativo del comercio de bienes entre los tres países, particularmente entre Colombia y Venezuela, aunque estos países ya vieron incrementado su comercio desde 1992. Ecuador aumentó sus exportaciones especialmente de automotores y de otros productos no tradicionales a Colombia; sin embargo, debemos anotar que la separación voluntaria del Perú le afectó en su balanza comercial.

El 5 de marzo de 1993, los cuatro países acordaron mediante la Decisión 335, la estructura definitiva que tendría el AEC. El acuerdo fue sobre el 95% de las partidas arancelarias y el 5% quedó para negociaciones posteriores .

Después de arduas y difíciles negociaciones tanto en el orden interno como en el externo, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante Decisión 370 del 26 de noviembre de 1994, aprobó en Quito, el Arancel Externo Común del Grupo Andino, que entró en vigencia el 1 de febrero de 1995, para Venezuela, Colombia y Ecuador, mientras tanto, Perú y Bolivia mantienen sus aranceles nacionales del 10 y 15% respectivamente. El Objetivo del AEC es establecer un margen de preferencia a favor de la producción subregional, que sea compatible con la política de apertura. El AEC (Anexo 1) contempla cuatro niveles de aranceles: 5% para materia primas o productos primarios; 10% para productos semielaborados; 15% para productos intermedios; y, 20% para productos finales, excepto para el sector automotriz que mantendrá un arancel del 40%.

El Ecuador goza de un importante beneficio (Anexo 2) en el cual tiene derecho a incluir hasta 990 subpartidas con cinco puntos menos. Para los productos no producidos en la subregión (1700 subpartidas) los países pueden diferir el AEC hasta un nivel del 5 por ciento; para el caso de materias primas y bienes de capital el diferimiento es al nivel de cero. La lista de excepciones (Anexo 4) le dan a Ecuador un tratamiento especial, pues, puede incluir 400 subpartidas; mientras que Colombia y Venezuela tienen derecho a incluir 230 cada uno. Esta lista tiene una duración de 4 años y se reduce anualmente en 50 subpartidas mediante el traslado de Colombia y Venezuela al Anexo 1 y de Ecuador al Anexo 2; en el cuarto año se elimina el residual.

Es importante mencionar que al entrar en vigencia el AEC, los países miembros pierden la facultad que tenían para reformar libremente sus aranceles nacionales, por lo que se ha creado el Consejo de Coordinación Arancelario, encargado de estudiar las modificaciones, las mismas que deberán ser presentadas a consideración y resolución de la Junta.

Con la aprobación y entrada en vigencia del Arancel Externo Común, los cuatro países han dado paso a la conformación de la Unión Aduanera Andina, aspiración vieja del Grupo Andino, que viene a constituirse en la primera de su género en el continente y que con toda seguridad constituye un paso firme hacia la conformación del mercado común.

Cumplido el objetivo de la Unión Aduanera (ZLC + AEC), el siguiente será insertarse definitivamente en la economía internacional. Para esto los países tratarán de que su producción de bienes y servicios sea competitiva mediante la aplicación de criterios de eficiencia, eficacia y productividad. Atrás quedaron los tiempos de la industria naciente sobreprotegida, por medio de un Estado paternalista que veía drenar sus recursos mediante subsidios e incentivos tributarios. En la actualidad, cuando la economía sin fronteras es la que predomina, ya no son los ofertantes los que se imponen con sus productos y precios, ahora son los consumidores, que buscan calidad, diseño y precios bajos. Ante esta circunstancia, tendrán los productores que estar al tono de los gustos y preferencias de los mismos, por su parte el gobierno debe preocuparse para que el pueblo reciba lo mejor y lo más barato de cualquier parte del mundo.

El papel del gobierno de cualquier nación debe consistir en asegurar que sus habitantes vivan bien, garantizándoles un acceso estable a los bienes y servicios de mejor calidad y precio, sin importar de donde provengan, y no proteger a ciertos sectores industriales o grupos de personas. Ante sus pueblos, los gobiernos contemporáneos deben mostrar una transparencia absoluta respecto del resto del mundo.¹¹

También el Grupo Andino ha avanzado en la armonización de políticas, como lo es el caso del régimen común a la inversión extranjera, a las empresas multinacionales andinas, a los derechos de propiedad, asuntos de fronteras,

¹¹ Kenichi Ohmae, *El Mundo Sin fronteras*, México, Mc Graw Hill, 1991, p. 13

transporte terrestre, modal, política de cielos y mares abiertos, asuntos de carácter cultural, social, financiero, político, de cooperación, así como aspectos relacionados con la doble tributación, valoración en aduanas, modernización de las legislaciones aduaneras y procedimientos del comercio exterior. Podemos afirmar por lo expuesto, que si bien el grupo Andino en la reunión de Galápagos adquirió el carácter de un modelo neoclásico-comercial, hoy supera el ámbito puramente comercial al abordar temas relacionados con la capacidad de crecimiento de las economías y de conformación de un espacio económico ampliado.

El Grupo Andino, dentro de este panorama de apertura y liberación, y ante la proliferación de agrupaciones económicas en el resto del continente y en otras latitudes, especialmente de Europa, ha iniciado negociaciones con el objeto de conformar zonas de libre comercio. También en el plano de las negociaciones bilaterales, cada uno de los países miembros han suscrito acuerdos comerciales de complementación, que si bien es cierto, no se contraponen a las normas comunitarias, si afectan el normal desarrollo del proceso. Entre los principales acercamientos cabe mencionar los efectuados con la Unión Europea con la que se ha firmado un Acuerdo Marco de Cooperación, que significa una desgravación para virtualmente todo el universo arancelario, aunque hay que destacar que persisten las trabas para el ingreso a estos mercados de determinados productos agrícolas, como lo es el caso de la implantación de cuotas para las exportaciones bananeras, así como de algunos productos del mar y determinadas manufacturas, por lo que se hace necesario una mayor cohesión del Grupo, a fin de dejar de lado

intereses particulares de cada país y poder negociar en bloque, lo que indudablemente permitiría una mayor equidad en el trato de las relaciones comerciales internacionales.

En el marco de la ALADI, se encuentran en camino las negociaciones de las preferencias arancelarias, y eventualmente la conformación de una Zona Sudamericana de Libre Comercio, propuesta por el Brasil. Se espera que próximamente todos los países miembros procedan a renegociar los acuerdos con el MERCOSUR, encontrándose en estudio la negociación en conjunto para establecer una Zona de Libre Comercio.

Todos los Países Miembros han suscrito Acuerdos de Alcance Parcial y Complementación Económica. Venezuela y Colombia, han firmado con México en el marco del Grupo de los Tres (G-3) un Tratado de Libre Comercio, al que se lo acusa por los demás socios de ser violatorio del artículo 68 del Acuerdo de Cartagena que dice: “Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo. Igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la subregión. La Comisión, previa propuesta de la Junta y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario”. Ecuador, por su parte, se encuentra en proceso de negociación para tratar de incorporarse a este importante Bloque comercial, que es muy probable, puede constituirse en la

puerta de entrada al TLC. Igualmente Colombia, Venezuela y Ecuador han suscrito Acuerdos Bilaterales con Chile para conformar zonas de libre comercio. Por su parte Colombia, Venezuela y Perú, mantienen Acuerdos Comerciales con Cuba.

El Grupo Andino, actuando en los distintos Foros Internacionales, ha mantenido posiciones conjuntas. Así tenemos, que en las negociaciones de la Ronda Uruguay se adoptó una posición común en lo que se refiere al Acuerdo sobre propiedad industrial y servicios, y más recientemente se apoyó el ingreso del Ecuador al GATT.

Finalmente, es pertinente acotar, que pese a los esfuerzos que se han hecho para reactivar la integración andina y su inserción en el contexto internacional, mediante la aplicación del modelo aperturista, falta mucho por hacerse en el interior de los países, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la continuación de la armonización de políticas en varias materias y con el cumplimiento de algunas normas comunitarias, que al no ser respetadas se convierten en obstáculos para el libre tráfico. Puedo mencionar algunos obstáculos, como los que se dan en la frontera en el transporte terrestre, disposiciones constitucionales en Colombia que impiden el ingreso de licores a su territorio, obstáculos por certificados sanitarios y fitosanitarios, entramiento aduanero en frontera, puertos y aeropuertos y otros más, que le restan transparencia al proceso; y, si a esto agregamos el aislamiento voluntario del Perú y el reciente conflicto territorial entre este País y el Ecuador, la proliferación de

acuerdos bilaterales, sumado a la tendencia de los países para unirse a otros bloques comerciales como lo ocurrido con el G-3, la posición de Bolivia de dejar el Pacto Andino para irse al MERCOSUR, todas estas situaciones le están restando credibilidad al Grupo Andino y podría afirmar que lo que se está consolidando es una Grancolombia económica.

1.4 Contexto Nacional

El Ecuador, en sus relaciones económicas y comerciales externas, ya sea como parte del Grupo Andino, o de otros bloques, o bien mediante el cumplimiento de “sugerencias” de los Organismos Internacionales que controlan las economías de los países subdesarrollados, o sencillamente obligado por las nuevas tendencias internacionales que rigen el desarrollo económico y comercial mundial, a finales de la década de los 80 y lo que va de los 90, ha entrado en un proceso de apertura y liberación de su economía y del comercio, tratando de esta manera de ponerse a tono con lo que ocurre en otros países de igual o mayor desarrollo. Concomitantemente, en el orden interno, ha emprendido acciones con miras a la modernización del Estado, entre ellas, privatización de empresas públicas, racionalización y eficiencia administrativa, desregulación, descentralización, desconcentración y simplificación, con mayor énfasis en algunas áreas sensibles y más concretamente en el campo relacionado a los servicios aduaneros y al comercio exterior.

No ha resultado fácil para un país subdesarrollado y dependiente como el nuestro, emprender por el camino de la apertura, la liberalización y la modernización, debido en gran parte, a la influencia de los poderosos grupos de presión y por otra, a las tremendas diferencias de concepciones políticas, económicas y sociales que existen entre los diferentes actores sociales, llámense éstos, gobierno, oposición, sectores productivos, clasistas, etc. La resistencia al cambio reside fundamentalmente en el temor a la pérdida de privilegios, así como por la defensa de los intereses particulares de personas, familias o grupos que tratan de sobreponerse al bien común o general en perjuicio de toda la colectividad. Las dificultades también se han hecho presente en los planos ideológico y cultural, pues, respetando el criterio y pensamiento ajeno, todavía hay personas que no toman en cuenta que el mundo ha cambiado, y que paradigmas de ayer, no tienen vigencia en los actuales momentos y que las relaciones económicas internacionales se encuentran inmersas dentro de una economía global entrelazada, cuyo paradigma el libre mercado y la apertura hacia el mundo, parecería no encontrar contendor al menos durante los años que faltan para que culmine este siglo y las primeras décadas del siguiente.

Agotado el modelo de sustitución de importaciones o de desarrollo hacia adentro, vigente en nuestro país hasta mediados de la década de los 80, conviene destacar los principales resultados obtenidos de su aplicación, de manera particular en los aspectos que se relacionan con la producción y el comercio: 1) El establecimiento de protecciones, restricciones, regulaciones, subsidios y subvenciones, etc., estimularon la producción, y la inversión, destinadas al mercado interno, e

hicieron poco atractiva la inversión y la producción destinadas a la exportación; 2) Los incentivos a la industria naciente impulsaron la infraestructura, un mayor nivel tecnológico y el surgimiento de una clase empresarial moderna, aunque en su mayor parte sus costos fueron asumidos por el Fisco y los consumidores; 3) El proceso de industrialización creó una industria liviana y capacitó la mano de obra; 4) Se crearon industrias ensambladoras de productos suntuarios con escaso valor agregado nacional, elevados precios y cuestionada calidad; 5) No llegamos a producir bienes de capital, lo que nos hizo altamente dependientes de maquinaria extranjera y tecnología; 6) Las restricciones a la inversión extranjera y la facilidad para acceder a los créditos externos, nos hizo dependientes de la deuda externa; 7) La protección y la sobreprotección industrial en algunos casos, permitió la producción local de artículos que no habrían podido fabricar sin ella, como contrapartida se incrementó el fraude y el contrabando aduanero; etc.

Si de hacer un juicio de valor se trata, respecto de lo que significó el modelo de sustitución de importaciones para el desarrollo y crecimiento del Ecuador, habría que afirmar que algo positivo quedó para el país, y que no todo fue negativo, pues, se sentaron las bases para una mejor proyección de nuestra incipiente industria. No se puede soslayar el hecho de que se creó ineficiencia, escasa productividad, atraso tecnológico, dependencia, burocratismo, corrupción y que algunos sectores, como el de la pequeña empresa, se acostumbraron al paternalismo del Estado, por lo que en la actualidad, cuando se ha optado por el modelo de desarrollo hacia afuera y aperturista, las protestas no se han hecho esperar, siendo varias las discrepancias, especialmente, en lo relacionado a las

negociaciones del Arancel Externo Común, sobre el que no existe consenso, habiendo grupos de empresarios que están en contra y otros que apoyan y opinan a favor de este importante instrumento de política económica y comercial.

A mediados de la década de los 80, la orientación económica estaba predominantemente encaminada hacia la apertura y fomento a las exportaciones, para lo cual se debía aprovechar las ventajas comparativas, incentivar la inversión extranjera y buscar la forma de insertarse en la economía global. En este proceso sirvieron de estímulo los éxitos económicos alcanzado por los tigres asiáticos (Taiwan, Corea, Hong Kong y Singapur), así como de Chile y México, el primero que inició con mucha anticipación su proceso de apertura al mundo mediante la aplicación del modelo neoliberal y el segundo que después del anuncio de su no pago de la deuda externa en 1982, inició el proceso de renegociación de la misma y reactivación de su economía con éxito.

Ecuador, a partir del Nuevo Diseño Estratégico, el mismo que le dio al Acuerdo Subregional una nueva orientación con acentuada importancia al comercio, dejando atrás los objetivos iniciales de industrialización conjunta, entró de lleno a un proceso de apertura, así tenemos que se integró a la Zona de Libre Comercio Andina, redujo gradualmente las tarifas arancelarias hasta ubicarse en un piso del 5% y un techo del 20%, con excepción de los vehículos a los que se impuso la tarifa del 40%. Posteriormente después de difíciles negociaciones aprobó con los otros países el Arancel Externo Común, pasando a ser parte de la Unión Aduanera Andina. Igualmente se realizaron importantes cambios en política cambiaria, de

comercio exterior y aduanera, se levantaron las prohibiciones de importar, se suprimieron los depósitos previos y los pagos anticipados, se eliminaron en buena medida las licencias previas y trabas de carácter administrativo, se restaron los incentivos a la producción y los subsidios a la exportación. Se expidieron algunas Leyes, entre otras, la Ley de la Maquila, la Ley de Zonas Francas, la nueva Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, la Ley de Facilitación de Exportaciones, la Ley Orgánica de Aduanas y su reglamento, etc., así como también se derogaron otras como la Ley de Reserva de Carga, la Ley de Cambios Internacionales, etc. Se entró en un proceso de modernización y privatización de los servicios aduaneros y portuarios, siendo muy factible en el futuro la creación de un Ministerio de Comercio Exterior y la expedición de una Ley de Comercio Exterior, etc.

En lo que tiene que ver con la inversión extranjera y para hacerla más atractiva, el Ecuador, respetando las normas comunitarias y el entorno internacional imperante en esta materia, eliminó las restricciones y controles, otorgando un trato igualitario al inversionista nacional y extranjero, tanto en lo relacionado a la libertad para invertir, como en los aspectos tributarios, repatriación de capitales, y otros aspectos más, lógicamente, salvando las excepciones constitucionales y legales.

También en el plano bilateral firmó acuerdos de complementación económica, comerciales y de cooperación, con varios países de la subregión y de la región, encontrándose actualmente gestionando su inserción en otras agrupaciones

económicas, como el ingreso al G-3 y su potencial incorporación al GATT / OMC, que considero será de beneficio para el País, pues en este foro internacional tendrá la oportunidad por sí mismo o formando parte de las agrupaciones, defender sus intereses y obtener las ventajas de las concesiones que se hacen entre sí los países miembros.

Nuestro País ha estado sumido por mucho tiempo en la dudas e indecisión para ingresar al GATT, como consecuencia de su política económica interna y las presiones de determinados grupos. Esta situación le ha sido perjudicial y desventajosa frente a otros países de la región y de la subregión que pertenecen a esta organización. Los casos más objetivos y actuales son los que tienen que ver con las exportaciones de banano por la imposición de cuotas y aranceles extras por parte de la Unión Europea, que protege la producción de sus ex colonias; así como las exportaciones de rosas, productos de mar y manufacturas al mercado de los Estados Unidos que bajo pretextos de dumping o incumplimiento de normas sanitarias, fitosanitarias y de calidad, nos pone obstáculos, muy a pesar de que somos beneficiarios de las preferencias arancelarias que nos otorgan respectivamente. En el plano interno, tampoco ha resultado fácil conciliar intereses y posiciones para el ingreso al GATT, varios sectores han manifestado su inconformidad por la forma como se están llevando adelante las negociaciones, particularmente por el incremento que sufrirían las tarifas a la importación de materias primas, lo que indudablemente encarecería la producción local.

En resumen, el Ecuador ya ha dado pasos firmes para su ingreso a la OMC, inclusive se adelantó a la liberalización exigida por el GATT y se han cerrado las negociaciones, habiendo sido aceptado formalmente como miembro el 31 de julio de 1995, a espera de que se complete el trámite de la votación, recogiendo los correspondientes de varios países, que no modificarán la aceptación y luego que el Congreso Nacional ratifique el Protocolo y el Ejecutivo lo publique en el Registro Oficial, pero estimo que aún le quedan varios inconvenientes por superar, por una parte el gobierno deberá sensibilizarse con los problemas estructurales que afronta nuestra débil producción nacional que necesita de políticas adecuadas para su reactivación y reconversión, y por otro lado los sectores productivos deberán aprender, aún a costa de sacrificio, a ser eficientes y eficaces en este mundo cada vez más competitivo.

Sin embargo, todo lo que se ha hecho en materia de modernización y apertura, no es suficiente, faltaría complementar algunos aspectos a fin de eliminar ineficiencias y corruptelas, se necesita decisión política para ejecutar acciones que pongan al país en el camino del desarrollo, que permitan elevar las condiciones y el nivel de vida del pueblo. La apertura comercial y económica, como característica del modelo de desarrollo, no es el fin para lograr el crecimiento económico y el desarrollo, pero si podría ser un medio para lograrlo, y aunque es previsible que los beneficios no llegarán en el corto plazo; solo con trabajo, esfuerzo y amor a la patria podremos hacer un futuro mejor para la presente y futuras generaciones.

CAPITULO SEGUNDO

LA MODERNIZACION ADUANERA EN LO INSTITUCIONAL

La nueva Ley Orgánica de Aduanas expedida mediante Decreto Ley Nro. 04, publicada en el Registro Oficial Nro. 396 de marzo 10 de 1994, constituye un paso importante y trascendental en el proceso de modernización del Estado a fin de adecuar el sistema aduanero nacional a los cambios y condiciones del comercio internacional y hacer de la aduana un servicio ágil, oportuno y eficaz, que permita la transparencia de procedimientos y una mejor recaudación de los tributos al comercio exterior.

La estructura del sistema aduanero nacional, en funcionamiento desde 1978, entrababa el normal y eficaz desenvolvimiento de la aduana en su conjunto, entorpeciendo los procedimientos y, en algunos casos, duplicando funciones, lo que dio como resultado innumerables inconvenientes a los usuarios, desorganización y falta de coordinación en su funcionamiento, pues, se trataba de un organismo multicéfalo, con autoridades y políticas distintas y, se podría afirmar hasta con intereses diferentes. En efecto, la Ley Orgánica de Aduanas anterior, en su artículo 135, señalaba que la Autoridad máxima del Ramo era el Ministro de Finanzas y ejercía su función a través de: la Dirección General de Aduanas, la Comandancia General de la Policía Militar Aduanera, la Dirección General de Tributación Aduanera y la Inspectoría General, organismo éste que no

funcionó, debiendo además mencionar a la Subsecretaría de Rentas, que reglamentariamente tenía competencia para intervenir en los asuntos aduaneros.¹²

Se trataba de organismos, que debiendo trabajar en estrecha relación, por una sola causa, más bien, parecían dependencias administrativas distintas, con competencia exclusiva, cumpliendo cada una funciones diversas, aunque aduaneras al fin, pero, con gran falta de coordinación, falta de apoyo y cooperación, lo que repercutió negativamente en el éxito de la gestión aduanera; y, si a esto agregamos el hecho de que se contaba con una jurisdicción penal aduanera independiente de la función judicial con matices políticos, resultaba por demás excepcional encontrar sentencias condenatorias para contrabandistas o defraudadores.

La deficiente organización anterior ha sido cambiada por la actual Ley, que crea el Servicio de Aduanas, consagrado como un servicio público, con una línea jerárquica definida y sólida, correspondiéndole la dirección política al Presidente de la República, quien la ejerce a través del Ministro de Finanzas y éste por medio de la Dirección Nacional. A la nueva estructura orgánica hay que agregar que mediante Acuerdo Ministerial 243 publicado en el Registro Oficial Nro. 684 de 27 de abril de 1995¹³, se creó la Subsecretaría de Aduanas con sede en Guayaquil, en la cual recae la representación legal del Servicio Aduanero, pasando a ser prácticamente la autoridad principal del servicio, situación que de alguna manera se aparta de lo dispuesto en la Ley.

¹² Ley Orgánica de Aduanas y Reglamento, DS. 2858. RO 672:15-IX-78

Con el fin de supervisar la ejecución y desarrollo del proyecto de Modernización Aduanera, el Ministro de Finanzas conformó mediante Acuerdo Ministerial 039, publicado en el registro Oficial Nro. 625 de 2 de febrero de 1995 ¹⁴, el Consejo Directivo del Proyecto de Modernización del Sistema Aduanero, teniendo como entidad ejecutora del Proyecto, a la Organización de Estados Americanos (OEA). Este organismo, desde su inicio, ha sido objeto de la injerencia política, lo que ha dado como resultado una serie de crisis en su cúpula directriz, con significativos retrasos en sus objetivos propuestos.

Es de esperar que estos cambios contribuyan a un mejor servicio e incremento de las recaudaciones tributarias, que le haría mucho bien al Fisco, para solventar el déficit, en lugar de crear cargas impositivas que perjudican a los que menos tienen.

Si la nueva estructura institucional logra deslindarse y despojarse de intereses políticos y económicos personalistas y se entrega en manos de funcionarios de alta categoría técnica y moral, que actúen con responsabilidad, pensando solo en los altos intereses del país, podrá cambiar la deteriorada imagen del servicio aduanero, cuyo rol en el desarrollo del comercio exterior y de la economía nacional es innegable.

Considero que el esfuerzo por tener un servicio aduanero moderno, ágil, eficiente, eficaz y transparente, depende de todos los sectores involucrados y si se quiere

¹³ Acuerdo Ministerial 243, RO 684: 27-IV-95

erradicar la evasión tributaria y la corrupción, estos cánceres de la sociedad tienen que ser combatidos desde los sectores público y privado. Además, creo que es insoslayable, la privatización de algunos de los servicios aduaneros, portuarios y aeroportuarios, a fin de despolitizarlos, debiendo darse una estrecha coordinación y cooperación entre las distintas instituciones que operan las operaciones de comercio exterior, a fin de evitar los distintos ilícitos que se producen en los recintos aduaneros y portuarios, como son los casos de falsificación de documentos, robo de mercancías, desaparición de contenedores, etc.

2.1 El Servicio de Aduanas: naturaleza, funciones y organización

Este trabajo tiene como objetivo analizar la nueva estructura del Servicio Aduanero Nacional, partiendo de una comparación entre la legislación aduanera vigente hasta el 10 de marzo de 1994 y la actual, para tratar de resaltar aquellos aspectos positivos y negativos de la modernización, en estos momentos de dinamismo y apertura del comercio mundial.

El Servicio de Aduanas se crea y se define en la actual Ley Orgánica de Aduanas, como un servicio público que presta la Aduana, directamente o por delegación y concesión, a través del cual el Estado ejerce la potestad aduanera, con sujeción a la Ley y sus Reglamentos.

¹⁴ Acuerdo Ministerial 039, RO 625: 2-II-95

El término Servicio de Aduanas, resulta nuevo en el léxico legal aduanero ecuatoriano, aparece más moderno y técnico, que **Aduana** como se lo mencionaba en la legislación anterior. La nueva concepción que la actual Ley da a la Aduana, es la de un **servicio aduanero público de carácter administrativo**, que engloba a toda la organización aduanera bajo una sola escala jerárquica con la dirección política del Presidente de la República, quien la ejerce a través del Ministro de Finanzas y Crédito Público, y éste por medio de la Subsecretaría de Aduanas y la Director Nacional del Servicio Aduanero, que en definitiva viene a ser la autoridad responsable del manejo de todo el complejo sistema aduanero, por así disponerlo la Ley. Sin embargo cabe resaltar, que por disposición del Acuerdo Ministerial 243, que crea la Subsecretaría de Aduanas y, por el Acuerdo 277 publicado en el Registro Oficial Nro. 697 de 17 de mayo de 1995 ¹⁵, que reglamenta y reforma el citado Acuerdo, se le asigna a esta nueva Subsecretaría algunas de las funciones que la Ley Orgánica de Aduanas le otorga al del Director Nacional del Servicio de Aduanas, situación que viene a crear conflictos en la unidad jerárquica y el cumplimiento de funciones, por cuanto los Acuerdos Ministeriales están reformando la Ley, lo que es injurídico, oponiéndose al aspirado propósito de que el Servicio Aduanero funcione como un todo, con un solo cuerpo y una sola cabeza, mediante la aplicación de políticas uniformes y coherentes.

Como cuestión novedosa, la Ley Orgánica de Aduanas, en su artículo 65, ordena que el servicio público que presta la Aduana, lo puede hacer directamente o por

¹⁵ Acuerdo Ministerial 277, RO 697: 17-V-95

delegación o concesión al Sector Privado ¹⁶, aspecto que no era factible antes, pero que concordante con la Ley de Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, hoy es posible. Es importante recalcar que la actividad por parte del sector privado, responde a la realidad actual, como una necesidad para mejorar el servicio y las recaudaciones, como ya ha ocurrido en otros países de América Latina, caso de México, con envidiables resultados.

Principales Funciones del Servicio Aduanero

1. Función de Control Aduanero

Entre las funciones generales más importantes asignadas al Servicio de Aduanas encontramos las establecidas en el artículo 66, siendo la primera y prioritaria, la de aplicar las normas relativas a los regímenes aduaneros en el tráfico internacional de mercancías. Esta disposición contempla de manera expresa la función tradicional más importante de la Aduana, cual es la de control del ingreso y salida de mercancías al o del país, así como la aplicación de prohibiciones y restricciones, y en general de todas las normas relativas al comercio internacional. Mas, hay que aclarar, que no solamente el Servicio Aduanero aplica las normas relativas a los regímenes aduaneros como se menciona en la disposición, puesto que en el comercio exterior se dan actos lícitos e ilícitos y éstos últimos se encuentran fuera de los regímenes aduaneros, sin embargo de lo cual, es obligación de la aduana ejercer control sobre ellos y reprimirlos mediante la

¹⁶ Ley Orgánica de Aduanas DL 04, RO 396: 10-III-94

aplicación de las normas punitivas, por lo que hubiera sido más apropiado que se diga directamente en este literal que el Servicio Aduanero es el encargado de aplicar las normas relativas al tráfico internacional de mercancías, prescindiendo de mencionar a los regímenes aduaneros.

2. Función de Otorgar Concesiones al Sector Privado

A más de las funciones ordinarias relacionadas con el comercio exterior, le corresponde al Servicio de Aduanas, autorizar las concesiones al sector privado para el funcionamiento de almacenes privados, depósitos aduaneros, almacenes libres, zonas francas, etc., así como la prestación de otros servicios a los que se refiere regula la LOA.

3. Función Determinadora y Recaudadora

Una tercera función del Servicio Aduanero es la de determinar y recaudar los tributos aduaneros.

La función determinadora de la obligación tributaria aduanera, está constituida por un lado, por el conjunto de actos realizados por el sujeto pasivo -propietario, consignante o consignatario-, personalmente o a través de su representante legal o agente de aduanas, que incluyen la presentación de la declaración a consumo con la autoliquidación y el pago de los tributos como formalidades esenciales; y, por otro lado, con el conjunto de actos realizados por el sujeto activo -Aduana-

tendientes a verificar la exactitud de los datos consignados en la declaración, a exigir el pago de los tributos, inspeccionar cuando sea el caso el contenido de las mercancías y a despachar o entregar las mercancías cuando se han cumplido los trámites y requisitos legales.

La función recaudadora consiste en la recaudación de los tributos en la forma y por los sistemas que la Ley y el Reglamento establecen.

En la actualidad, sin que esto signifique que la Aduana ha perdido su función recaudadora, le ha sido conferida esta función mediante convenio a los Bancos Privados, para darle mayor agilidad al proceso de desaduanización, lo cual es positivo, sin embargo de lo cual no está por demás señalar que los inescrupulosos se han aprovechado de esta facilidad para cometer ilícitos mediante la falsificación de los documentos de pago y perjudicar al fisco, situación que se da por la inexistencia de un cruce de información entre los bancos y la aduana y que debe ser corregida a la brevedad posible.

4. Función Resolutiva

Comprende la obligación de atender las peticiones, reclamos y consultas de los contribuyentes y de emitir resolución motivada en el tiempo y con las formalidades establecidas en el Código Tributario y la Ley y Reglamentos del Ramo.

5. Función Sancionadora

Es función del Servicio Aduanero prevenir, juzgar y reprimir las infracciones aduaneras.

Esta función solamente es aplicable respecto de contravenciones y faltas reglamentarias, más no de delitos aduaneros, cuya jurisdicción y competencia se radica en la Función Judicial, a través de los jueces fiscales conforme lo determina el artículo 92 de la Ley Orgánica de Aduanas. Antes de la vigencia de la nueva Ley de Aduanas, eran los Jueces Regionales de Aduana, dependientes del Ministerio de Finanzas, los encargados de juzgar los delitos de contrabando y defraudación, actuando como jueces instructores los Administradores de Aduanas, situación que ha cambiado con la nueva Ley y que será materia de análisis en el capítulo que trata de la jurisdicción penal aduanera.

6. Función de Relaciones Exteriores

El Servicio Aduanero está facultado además, para intervenir en la celebración de convenios o compromisos internacionales en materia de comercio exterior y aduanas, suscribirlos y aplicarlos en el ámbito de su competencia, lo cual es coherente por tratarse de asuntos eminentemente técnicos.

Principales objetivos del Servicio Aduanero:

El Reglamento Orgánico Funcional del Servicio Aduanero, en su artículo 2 señala los objetivos del Servicio Aduanero, siendo entre otros, los de recaudar de manera

eficaz los tributos que por concepto de transacciones al comercio exterior le corresponden al Estado ¹⁷, función que actualmente la cumple a través de la banca privada.

Otro objetivo es mantener en armonía la legislación que rige para el sistema aduanero del País con la de los principales países con los que el Ecuador mantiene relaciones de comercio exterior, lo cual demanda un alto nivel de preparación jurídica y técnica de sus funcionarios.

Un tercer objetivo es mantener y desarrollar sistemas operativos y de información automatizados que permitan brindar un servicio ágil, oportuno y eficaz a los usuarios; fijar tarifas arancelarias, acorde con las políticas económicas y los compromisos del comercio exterior adquiridos por el país con terceros.

Finalmente es objetivo del Servicio de Aduanas desarrollar económica, técnica, administrativa y organizacionalmente el servicio de aduanas y mejorar permanentemente el servicio que se da al usuario.

Estructura Orgánica del Servicio de Aduanas

La Estructura Orgánica del Servicio, está integrada por los siguientes niveles:

¹⁷ Acuerdo Ministerial 632 RO 518: 2-IX-94

1. Nivel Político, Normativo y de Control

De acuerdo con el Reglamento, este nivel está constituido por el Despacho Presidencial, el Despacho del Ministro de Finanzas, de cual dependen directamente la Subsecretaría de Aduanas y la Dirección Nacional de Fiscalización.

Este es el máximo nivel de autoridad, al cual le corresponde la dirección política del servicio de aduanas, fijar metas, controlar sus resultados y aprobar las normas generales para su funcionamiento.

2. Nivel Consultivo

Está conformado por el Comité Técnico Aduanero y la Secretaría Técnica. Es el responsable de recomendar, emitir criterios y asesorar a nivel político superior, sobre aspectos especializados en materia aduanera.

3. Nivel de Control Técnico Operativo

Constituye el primer nivel de supervisión y control al nivel operativo; y, es el encargado de organizar el funcionamiento operativo del Servicio de Aduanas, elaborar normas técnicas, manuales de operación, evaluar el cumplimiento de políticas y metas aprobadas por el nivel de conducción superior y, administrar y desarrollar los recursos humanos. Lo integran: La Dirección Nacional del

Servicio de Aduanas (DINSA), que además cuenta con los niveles directivo, de apoyo, asesor y operativo; y,

4. Nivel Operativo

Es el responsable de ejecutar, cumplir y hacer cumplir todas las normas, regulaciones y políticas en materia aduanera, así como brindar un servicio ágil, oportuno y eficaz al usuario. Se encuentra conformado por las Administraciones de Distrito y sus niveles ejecutivo, asesor, de apoyo y operativo; y, por el Servicio de Vigilancia Aduanera, con sus niveles ejecutivo, de apoyo y operativo.

2.2 La Dirección Nacional del Servicio Aduanero

Constituye el Nivel de Control Técnico Operativo y es la responsable del funcionamiento operativo del Servicio de Aduanas. Está dotada de autonomía para la administración de los recursos humanos, físicos y financieros e integrada por el despacho del Director del Servicio de Aduanas, las Administraciones de Distrito y el Servicio de Vigilancia Aduanera.

De acuerdo al artículo 140 de la derogada Ley Orgánica de Aduanas, la Dirección General de Aduanas, estaba conformada por las Administraciones de Aduanas, Juzgados Regionales y Unidades Administrativas. No formaba parte de la misma la Policía Militar Aduanera, que era un ente más bien dependiente del Ministro de Finanzas y en cierta parte del Ministerio de Defensa.

La Ley actual dio un giro importante en la organización del Servicio Aduanero, por un lado, los Juzgados Regionales de Aduanas, se separaron de la Dirección General y del Ministerio de Finanzas, siendo reemplazados por los jueces fiscales de la Función Judicial, aunque todavía no funcionan como manda la ley, mientras que, por otro lado, la Policía Militar Aduanera fue reemplazada por el Servicio de Vigilancia Aduanera, que pasó a depender de la Dirección del Servicio Nacional de Aduanas.

La Dirección del Servicio de Aduanas, tiene su sede en Guayaquil, está a cargo de un Director Nacional, de libre remoción, nombrado por el Subsecretario de Aduanas, mediante delegación del Ministro de Finanzas, por así disponerlo el literal L, artículo 5 del Acuerdo 277. Sería deseable que la designación del Director Nacional del Servicio Aduanero, recaiga en un funcionario técnico, especializado en asuntos aduaneros y de comercio exterior, sin compromisos de ninguna índole, que garantice la eficiencia del servicio y su transparencia, debiéndose además observar lo que manda la actual Ley Orgánica de Aduanas, que en su artículo 74 señala como requisito para desempeñar el cargo de Director Nacional del Servicio Aduanero el poseer título profesional a nivel universitario, aunque no se señala, ni siquiera vía reglamento, la especie o calidad de título .

Un problema que se presentaba en la Dirección General de Aduanas, y que vale la pena comentarlo, es la interposición e interferencia de funciones entre el Director y los Administradores de Aduanas. Frecuentemente, el Director se

convertía en el **super administrador**, desautorizando en algunos casos los actos administrativos de competencia exclusiva del Administrador, como sucedía cuando paralizaba un trámite y ordenaba nuevas revisiones de mercancías con su presencia o la de su delegado, o como cuando creaba los llamados filtros, para intensificar de control. Se puede entender que las causas de estas situaciones anormales que se producían, obedecían al celo en el servicio, la desconfianza del superior en el inferior o sencillamente como una demostración de poder, frente al respaldo político que cada uno tenía.

La supervisión, como facultad del Director, es saludable y necesaria y, más aún, cuando de por medio existen denuncias o sospecha del cometimiento de un ilícito, pero para esto se debe respetar la competencia de cada autoridad, actuando coordinadamente, para no atropellar las funciones y peor aún que se perjudique al usuario.

Una forma común de “intervenir” a las Administraciones de Aduana de cualquier distrito, había sido mediante la arbitraria y mal llamada “**consignación**” de mercaderías, especialmente de contenedores, que era una especie de orden verbal y en algunos casos escrita, emitida por los Directores y en ocasiones por autoridades superiores, mediante la cual restaban la autoridad del Administrador y paralizaban la actividad aduanera hasta la llegada del que dio la orden o su delegado, a fin de que pueda constatar física y directamente el contenido de una determinada importación o exportación, para que luego de inspeccionada y con su visto bueno continúe el despacho. Esta situación, que era

frecuente, dependiendo de quien sea el Director, violaba y entorpecía el procedimiento legal establecido, dando lugar a confusiones, interposición de funciones y abusos de otras autoridades, no precisamente aduaneras.

Algunas de las atribuciones que tenía el Director de Aduanas, como por ejemplo, las de resolver conflictos de competencia entre los Juzgados de Aduanas y los Administradores de Distrito; tramitar y resolver quejas contra funcionarios y empleados bajo su dependencia; emitir títulos y notas de crédito, etc., le han sido suprimidos y se le ha otorgado otras funciones más importantes en los ordenes normativo, de control, planificación, dirección y supervisión del Servicio Aduanero, que requiere de constantes cambios, para adaptarse al ritmo con que crece y se desenvuelve el comercio internacional. Se trata de dejar atrás caducos sistemas de control que pertenecían a épocas superadas de economías cerradas y sobreprotegidas, llenas de controles, rigideces y entrabamientos y, que ahora se trata de reemplazarlos por medidas de descentralización, desconcentración, desregulación, agilidad, eficiencia, transparencia, etc., que se encuentran en plena fase de implementación pero que aún no han llegado a dar los resultados óptimos esperados.

2.3 Las Administraciones Distritales

Las Administraciones de Aduanas conforman el nivel operativo de la Dirección Nacional del Servicio Aduanero y son las responsables de ejecutar, cumplir y

hacer cumplir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia aduanera.

Las Administraciones se hallan a cargo de un Administrador nombrado por el Subsecretario de Aduanas por delegación del Ministro de Finanzas, debe ser ecuatoriano y poseer título profesional a nivel universitario, exigencia que rige desde la vigencia de la nueva Ley de Aduanas, aunque como ya se mencionó, ni la ley ni el reglamento señalan la calidad o especie de título que el aspirante debe tener, entendiéndose que debería ser un técnico con conocimiento de derecho aduanero, tributario, económico, de comercio exterior, etc.

Al igual que el cargo de Director del Servicio Aduanero, los cargos de los Administradores son de libre remoción por lo que sus nombramientos continúan siendo de índole eminentemente política, con las consecuencias que tal hecho implica. Los nombramientos de funcionarios de menor jerarquía, también responden a compromisos políticos, incumpléndose el mandato legal del artículo 80 de la ley que ordena la creación de la carrera aduanera, al disponer que “para garantizar la estabilidad, profesionalización y ascenso de los miembros del Servicio de Aduanas, mientras cumplan con honestidad y capacidad sus funciones, establécese la carrera aduanera...” por tanto, es conveniente para el Servicio y para el País, que prevalezca la carrera aduanera sobre la improvisación de empleados y funcionarios, que genera desorganización, corrupción e incompetencia, además del despilfarro que significa la capacitación de personal que en cualquier momento es cesado en sus funciones. Si se quiere modernizar

seriamente la administración aduanera deben eliminarse estos males endémicos con gran voluntad y ánimo, de lo contrario las buenas intenciones de la Ley caerán en el vacío.

Las Administraciones Aduaneras, cuentan con un nivel operativo, constituido por la Subadministración Técnica del Distrito, de la cual dependen los departamentos de: operaciones aduaneras, comprobación documental, valoración y aforo físico, regímenes especiales y garantías, verificación y rectificación de tributos.

La nueva ley, suprime algunas de las tradicionales funciones de los administradores y asigna otras, entre las principales que ameritan un comentario, cito:

- a) Los Administradores dejaron de ser Jueces Instructores en los procesos penales aduaneros. La actual Ley dispone que deberán comunicar al juez competente (juez fiscal) los hechos sobre los cuales se presume el cometimiento de un delito aduanero, e intervenir como parte en los juicios que se instauren. Esta es una de las importantes reformas que será analizada en el capítulo que estudiará la jurisdicción penal aduanera, siendo importante manifestar que, cuando los Administradores ejercían la función de jueces instructores, no actuaban con la imparcialidad debida, o se convertían en ocasiones en jueces de sus propios actos, como cuando resultaban incriminados como autores, cómplices o encubridores de algún ilícito, es decir, transformándose en juez y parte, lo cual quitaba seriedad y legalidad al procedimiento.

- b) Las Administraciones ya no practican las liquidaciones tributarias que corresponden a cada importación o exportación; esta operación es realizada por el propio sujeto pasivo y excepcionalmente la realiza la Aduana.

- c) Los Administradores deben someter las mercancías, antes del despacho, al mecanismo de selección aleatoria, para determinar si se realiza el aforo físico o no. En definitiva aplicando stricto sensu la normativa aduanera, el aforo físico de oficio es la excepción y no la norma.

- d) La recaudación de los tributos al comercio exterior, ya no es una función directa de la Administración de Aduanas. La ley faculta al Ministro de Finanzas y Crédito Público, a suscribir convenios con la banca privada para tal efecto.

- e) La emisión de los títulos de crédito, ordenes de pago y notas de crédito que anteriormente correspondía al Director General de Aduanas, ahora es función del Administrador.

Por lo demás, continúa siendo atribución de las Administraciones de Aduana, por así disponerlo la ley, las funciones determinadora, verificadora, recaudatoria, sancionadora, tramitadora de reclamos en única y definitiva instancia administrativa, declarativa del decomiso administrativo, ejecutor de las

resoluciones administrativas y sentencias judiciales, entre otras, que hacen de éste órgano operativo, un eje central en el sistema aduanero nacional.

2.4 El Servicio de Vigilancia Aduanera

El Servicio de Vigilancia aduanera, es un órgano especializado de la Dirección Nacional del Servicio de Aduanas, al que corresponde investigar, prevenir y reprimir el delito aduanero. Su Director es nombrado por el Subsecretario de Aduanas mediante delegación del Ministro de Finanzas, de entre los Inspectores más antiguos del Servicio. Los miembros del Servicio de Vigilancia, están sujetos al fuero especial del que gozan los miembros de la Policía Nacional, para el caso de infracciones tipificadas en el Código Penal Policial. En el caso de infracciones tributarias son sometidos a los jueces competentes establecidos en la Ley y Código Tributario y en las infracciones comunes a los jueces comunes.

La institución a la que hago referencia, sustituyó a la Policía Militar Aduanera, que fue creada mediante Decretos Supremos 651, 652 y 653, de julio de 1972¹⁸, en reemplazo del Resguardo Aduanero.

El personal profesional de la P.M.A. estaba constituido por Oficiales y Voluntarios (Tropa), además formaban parte del cuerpo policial, conscriptos y empleados civiles. Funcionó por espacio de 22 años y su personal de Oficiales y Voluntarios, alcanzó una alta preparación profesional, que garantizaba la carrera

¹⁸ Decretos Supremos: 651,652,653, 20-VII-72

militar-aduanera, respaldada por sus Leyes de Personal y Orgánica, libre de toda injerencia política y apoyada por los mandos militares del Ejército Ecuatoriano.

Factores endógenos y exógenos incidieron en su desaparición, pero pudiera señalarse más enfáticamente que el inmovilismo de los mandos y autoridades superiores, el estancamiento en sus Leyes Orgánica y de Personal, la falta de planificación y de objetivos a mediano y largo plazo, el descontento y desafecto de las autoridades aduaneras civiles al personal militar-aduanero, la presión de grupos que actúan al margen de la Ley, sumado a la corriente modernizadora y aperturista que apunta a liberar al comercio de trabas y obstáculos, fueron determinantes para terminar con esta Institución que bien o mal, en el balance general dejó réditos para el País tanto en la aprehensión de contrabandos y el descubrimiento de fraudes aduaneros, como en su colaboración en la lucha contra el tráfico de drogas. Estimo que lo lógico y justo hubiera sido modernizar la Institución en su organización y funciones, tecnificándola, robustecerla con mejores leyes y equipamiento, y no echar por tierra todos los esfuerzos y gastos incurridos.

La nueva Ley sustituye a la P.M.A. por el Servicio de Vigilancia Aduanera, que prácticamente cumplirá las mismas funciones, con el mismo personal aunque reducido en un 80%, pero muy debilitada en su autoridad, organización e infraestructura, con una orientación más bien civil-policíaca, dependiente del Director Nacional del Servicio Aduanero.

Seguramente el pensamiento de los mentalizadores de la desaparición de esta Institución no fue otro que el de ir acoplando el Servicio Aduanero en su conjunto al proceso aperturista, ajustar los procedimientos de control aduanero a las legislaciones de los países del área andina, y quizá lo más importante, el hecho de que la autoridad aduanera esté constituida por una sola cabeza que controle todas las entidades aduaneras y, que además, exista mayor dependencia, colaboración y coordinación, entre éste organismo con la Dirección del Servicio Nacional Aduanero y las Administraciones Distritales para el mejor desempeño de la función aduanera.

La nueva ley ha eliminado la atribución que tenía la Policía Militar Aduanera para realizar inspecciones y allanamientos a locales comerciales e inclusive a domicilios particulares, sin la orden escrita de juez competente, para lo cual bastaba una orden escrita del Comandante de Distrito. Esta situación anómala, ha sido corregida, guardando conformidad con la Constitución Política y Leyes de la República.

Un aspecto importante de la reforma es la facultad que se da al Servicio de Vigilancia de ejercer control excluyente en la zona primaria, sobre las personas, mercancías y medios de transporte, función netamente aduanera y no militar. Lo común era encontrar dentro de los perímetros de los recintos aduaneros primarios a personal no aduanero, ejerciendo funciones de control y vigilancia aduanera que no les correspondía, lo que provocaba confusiones, roces, interposición de funciones y lo que es más grave irresponsabilidad en la custodia de los bienes,

pues, por más de una ocasión ha sido noticia nacional el robo y saqueo de contenedores cuando la autoridad ha delegado funciones de control y vigilancia a personal extraño al servicio.

En conclusión, es mi criterio que al eliminarse la Policía Militar Aduanera, el Estado ha desperdiciado recursos humanos y financieros al dejar de lado a una Institución que había logrado una organización en base a profesionalismo y disciplina, con resultados exitosos en la aprehensión de narcóticos y contrabandos, que no mereció el reconocimiento porque más primaron otros intereses y objetivos, que consiguieron su eliminación.

A más de un año de la eliminación de la Policía Militar aduanera, no se ha vuelto a saber de decomisos importantes de contrabandos y de aprehensión de narcóticos efectuados por el Servicio de Vigilancia Aduanera, cosa que era muy común con la anterior organización. Al contrario los escándalos por robo de mercaderías y contenedores han alarmado a la sociedad con incalculables perjuicios al Fisco.

Aspecto grave en lo social resultó al haberse dejado en la desocupación a promociones de Oficiales jóvenes que pasaron tres años en la Escuela de Formación de Oficiales de la P.M.A. a los que se les garantizó una carrera profesional permanente y estable en base a leyes y reglamentos, en la que el Estado invirtió mucho dinero, a más del esfuerzo personal y económico de cada uno y sus familias, siendo justo que se los reincorpore para que se aprovechen sus

conocimientos, capacidades y aptitudes, antes que improvisar elementos sin mística y perniciosos.

2.5 El Comité Técnico Aduanero

El Comité Técnico Aduanero, cuya vida jurídica nace del artículo 69 de la nueva Ley Orgánica de Aduanas, conforma el nivel consultivo dentro de la estructura orgánica del Servicio Aduanero.

La Ley cataloga al Comité Técnico Aduanero como un órgano permanente de consulta, con sede en la ciudad de Quito, integrado por un Director, quien lo preside, correspondiéndole ejercer esta función por delegación, al Subsecretario de Aduanas o su delegado; un vocal nombrado por el Ministro de Finanzas; un vocal designado por el Secretario General de Planificación, que debe ser funcionario del Consejo Nacional de Desarrollo, CONADE; un vocal designado por la Federación Nacional de Cámaras de Comercio; y, un vocal designado por las demás Cámaras de la Producción. Además, el Reglamento para el funcionamiento del Comité Técnico Aduanero, expedido mediante Acuerdo Ministerial 455, publicado en el Registro Oficial Nro. 481 de 12 de julio de 1994, dispone que deberán asistir en calidad de invitados permanentes, un delegado del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca y un delegado del Ministerio de Agricultura y Ganadería.¹⁹

¹⁹ Acuerdo Ministerial 455 RO 481: 12-VII-94

Como se trata de un órgano de consulta de alto nivel, donde se discuten y recomiendan aspectos importantes de comercio exterior que pesan sobre los sectores industrial y agrícola, hubiera sido preferible que los dos delegados en calidad de invitados permanentes, fueran miembros natos del Comité, con voz y voto, pues se trata de representantes de dos ministerios claves en las actividades de producción y exportación que influyen en la economía del País.

El Comité Técnico Aduanero, reemplazó al Comité Arancelario, al haber sido derogada la Ley Arancelaria, conforme se desprende de la disposición transitoria séptima del decreto Ley 04 que dispone que “hasta tanto se conforme el Comité Técnico Aduanero, continuará con funciones prorrogadas el actual Comité Arancelario, con los deberes y atribuciones previstas en esta ley”.

Para su funcionamiento, el Comité cuenta con la Secretaría Técnica y además bajo su dependencia se encontraba la Dirección de Asesoría de Política Aduanera y Convenios Internacionales, la misma que fue eliminada por el Acuerdo Ministerial 277, referido anteriormente.

Esta nueva estructura del nivel consultivo del Servicio Aduanero, responsable de dictaminar, recomendar, emitir criterios y asesorar a nivel político superior, responde, entre otras, a la necesidad de contar con un organismo altamente técnico y especializado en materia aduanera, así como a la necesidad de centralizar y racionalizar funciones de asesoría que permitan a las autoridades

del nivel político ir tomando decisiones oportunas y convenientes relacionadas con el comercio exterior y los procesos de integración.

El Comité Técnico Aduanero, tiene funciones más amplias y significativas que el anterior Comité Arancelario. Se extienden más allá de lo puramente arancelario, es así como puede, dictaminar sobre asuntos de valoración; emitir opinión sobre los proyectos de regulaciones de Junta Monetaria relativos a la adopción de medidas aduaneras del comercio exterior; emitir opinión en forma previa a la suscripción de convenios internacionales en materia aduanera e integración; recomendar el establecimiento de medidas aduaneras que contrarresten prácticas desleales del comercio exterior; recomendar al Ministro de Finanzas la adopción de políticas y medidas aduaneras locales, tendientes a armonizar el Servicio Aduanero con las prácticas aduaneras internacionales; recomendar al Ministro de Finanzas la adopción de sistemas y procedimientos para la modernización tecnológica permanente del Servicio Aduanero, entre otras.

De las funciones anotadas, se desprende, que el Comité Aduanero, no tiene ninguna potestad de decisión ni de ejecución en materia aduanera que regulen aspectos de comercio exterior. El papel que se le ha encomendado se circunscribe al de asesorar y servir de órgano de consulta al más alto nivel, pero se desconoce el alcance, importancia y carácter de sus opiniones, dictámenes y recomendaciones, puesto que, cabría preguntarse, ¿qué pasaría y qué efectos legales tendrían los decretos, regulaciones, convenios, políticas, medidas, etc., contrarios a la opinión, dictamen o recomendación del Comité o simplemente

cuando se ha soslayado sus dictámenes, opiniones o recomendaciones?. La Ley y Reglamento de Aduanas, nada dicen al respecto, por lo que podría entenderse que en nada afectaría la legalidad y eficacia de aquellas normas jurídicas que prescindieron de un dictamen previo del Comité, si no fuere así, entonces haría falta norma expresa al respecto.

Orgánicamente el Comité Técnico Aduanero, está constituido por una Secretaría Técnica. Como ya se mencionó, la Dirección de Asesoría Aduanera y Convenios Internacionales, que formaba parte de este organismo fue eliminada.

La Secretaría Técnica se encuentra bajo la responsabilidad de un Secretario, nombrado por el Subsecretario de Aduanas, por delegación del Ministro de Finanzas y Crédito público, a quien le corresponde lo siguiente: a) Preparar los estudios para el cumplimiento de las funciones del Comité Técnico Aduanero; b) Recomendar la contratación de consultores para el Comité Técnico Aduanero; c) Mantener el archivo de la Secretaría; d) Recibir, analizar y responder, la correspondencia dirigida al Comité; y, e) las demás que se le asigne.

Es importante mencionar que la Dirección de Asesoría de Política Aduanera y Convenios internacionales, eliminada de la estructura orgánica del Comité Aduanero reemplazó a la Dirección Nacional de Tributación Aduanera, la misma que constituía otra de las cabezas de aquel órgano multicéfalo de la Administración Tributaria Aduanera, que a más de cumplir funciones de asesoría,

diseñaba y aplicaba políticas en el orden aduanero y arancelario, celebraba convenios, reconocía privilegios, resolvía reclamos; entre otras atribuciones.

Entre las funciones más importantes que dentro del campo específico de la asesoría cumplía esta Dirección, cabe resaltar las relacionadas a: 1) preparar estudios de aranceles, normas de valor, nomenclatura aduanera, dumping, tarifas arancelarias, etc.; 2) presentar estudios y proyectos de ley que permitan incluir en la legislación nacional, las Decisiones y recomendaciones acordadas en convenios internacionales de integración y comerciales; 3) emitir informes sobre las regulaciones de Junta Monetaria, a fin de proponer regulaciones en materia de comercio exterior acorde con las políticas del Gobierno; 4) analizar y presentar estudios previos a la suscripción de convenios internacionales en materia arancelaria; 5) coordinar con organismos nacionales competentes el cumplimiento de los compromisos del Ecuador en el marco de los esquemas de integración; y, 6) preparar estudios periódicos sobre el aprovechamiento de los convenios de integración y establecer recomendaciones pertinentes.

Esta Dirección que cumplía funciones de asesoría, estudio, análisis y coordinación en materia arancelaria, valoración, nomenclatura arancelaria, dumping, tarifas, integración, etc., ha dejado de tener vigencia y sus funciones han pasado a ser directamente del Comité Aduanero, el mismo que siendo un ente eminentemente técnico, considero debe estar integrado por profesionales con amplia experiencia y conocimientos en las áreas de aduanas e integración, de donde salgan recomendaciones oportunas y eficaces para la adopción de las políticas que mejor

convengan al País. De manera particular, estimo importante, aquellas que se relacionan con las normas de valoración de las mercancías en aduana, cuya aplicación se dificulta por lo complejo de la materia, que hace que primen diferentes criterios de valoración en las distintas oficinas de aduana de la República, sin apego a las normas técnicas vigentes establecidas para el efecto, dando como resultado que la valoración se aplique empíricamente, al ojo del funcionario, convirtiéndose en verdadero punto débil, vulnerable para la subvaloración de las mercancías, muy a pesar del control que vienen efectuando las verificadoras internacionales.

2.6 La Subsecretaría de Aduanas

Mediante Acuerdo Ministerial 243 de 21 de Abril de 1995, publicado en el Registro Oficial Nro. 684 de 27 de Abril de 1995, se crea la Subsecretaría de Aduanas, con sede en la ciudad de Guayaquil y con el mismo nivel político, normativo y de control, en el área de su competencia, que el de la Subsecretaría de Rentas. Por otro lado, mediante el Acuerdo Ministerial 277 publicado en el registro oficial Nro. 697 de 17 de mayo de 1995, se expide el Reglamento Orgánico Funcional de la indicada Subsecretaría, mediante el cual, se crea la estructura orgánica de la Subsecretaría, con sus niveles ejecutivo y operativo; el primero, constituido por el despacho del Subsecretario; y, el segundo constituido por las siguientes unidades: a) La Subsecretaría con los departamentos: administrativo, de estudios y de control tributario; b) La Delegación de la Subsecretaría de Aduanas, con sede en Quito, con los siguientes departamentos:

administrativo, de estudios y de control tributario; c) La Secretaría del Comité Técnico Aduanero; y, d) La Dirección Nacional del Servicio de Aduanas.

La Subsecretaría de Aduanas, como podemos apreciar, por obra de los dos citados Acuerdos Ministeriales, se convierte en la cabeza del Servicio Aduanero, con funciones propias y otras asumidas por delegación del Ministro de Finanzas y Crédito Público, pero aclarando desde ya, sin que esto signifique oposición a la nueva Subsecretaría, la cual resulta muy importante en el engranaje institucional, que la Ley Orgánica de Aduanas, no ha sido reformada al respecto y por tanto los nombrados Acuerdos Ministeriales, estarían violando expresas disposiciones legales e inclusive reformando la ley, lo cual es jurídicamente inaceptable.

A la Subsecretaría de Aduanas, por mandato de los mentados Acuerdos Ministeriales 243 y 277 le corresponde por delegación el ejercicio de algunas de las atribuciones que en el ámbito aduanero le correspondían al Ministro de Finanzas y Crédito Público, a saber:

1. Cumplir y hacer cumplir la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento.
2. Dirigir y coordinar la política aduanera.
3. Supervisar y fiscalizar el funcionamiento del Servicio de Aduanas.
4. Determinar los requisitos que deben cumplir los Agentes de Aduana.
5. Elaborar proyectos de reglamentos para la aplicación de la ley.
6. Resolver la aplicación de los aspectos técnicos o de procedimiento administrativo o previstos en la ley y sus reglamentos.

7. Aprobar planes de trabajo a corto, mediano y largo plazo en armonía con las políticas y planes del Gobierno Nacional.
8. Presidir por sí o por su delegado el Comité Técnico Aduanero.
9. Representar al País en reuniones de carácter nacional e internacional en materia aduanera.
10. Controlar que se cumplan con las condiciones establecidas en los Convenios Nacionales e Internacionales adquiridos.
11. Designar los siguientes funcionarios: Delegado de la Subsecretaría de Aduanas, Secretario del Comité Técnico Aduanero, Director Nacional del Servicio de Aduanas, Administradores de Distrito y Director del Servicio de Vigilancia Aduanera.

Al haberse creado la Subsecretaría de Aduanas, le corresponde a ésta asumir por delegación del Ministro de Finanzas y Crédito Público, las funciones que venía desempeñando la Subsecretaría de Rentas en el campo aduanero, de conformidad al artículo 2 literal b del Acuerdo Ministerial 243, y artículo 19 del Acuerdo Ministerial 277, de entre las cuales menciono las principales:

1. Controlar y evaluar el adecuado funcionamiento del Servicio Nacional de Aduanas y el cumplimiento de las metas previstas.
2. Aprobar o negar los informes presentados por la Dirección Nacional del Servicio Aduanero (DINSA) tendientes a crear y suprimir distritos aduaneros.
3. Determinar las bases y proyectos de convenios a suscribirse con bancos nacionales para la recaudación de tributos aduaneros.

4. Preparar proyectos de acuerdos y contratos para el establecimiento de almacenes libres (In Bond o Duty Free), zonas francas, funcionamiento de bodegas para almacenamiento temporal de mercancías y concesiones a empresas privadas.
5. Expedir Acuerdos Ministeriales sobre el destino de las mercancías de prohibida importación que fueren declaradas en comiso definitivo.
6. Otras.

Además de las ya extensas funciones otorgadas a la recientemente creada Subsecretaría de Aduanas, los precitados Acuerdos Ministeriales 243 y 277, disponen que ésta autoridad deberá asumir las funciones establecidas en el artículo 16 del Reglamento Orgánico Funcional del Servicio de Aduanas, es decir, de las funciones que debe cumplir el Director Nacional del Servicio Aduanero. Esta disposición es contradictoria en algunos aspectos al artículo 72 de la ley Orgánica de Aduanas, que establece las funciones del Director Nacional del Servicio Aduanero, que vienen a ser en varios casos las mismas que se encuentran señaladas en el Reglamento Orgánico Funcional del Servicio de Aduanas, para el Director Nacional, por tanto, teniendo en cuenta que las normas de la ley prevalecen sobre las del Acuerdo y Reglamento, carecería de eficacia jurídica las atribuciones concedidas al Subsecretario de Aduanas, mientras no se reforme la ley, en cambio si podría ejercer aquellas funciones que no las previó la Ley para el Director Nacional, pero que sí constan en el reglamento y, que en este caso si las ejercería el Subsecretario de Aduanas, como por ejemplo: La Ley orgánica de Aduanas, no dice nada respecto a quien corresponde la representación legal del

Servicio Nacional de Aduanas, mientras que el Reglamento Orgánico Funcional indica que la debe ejercer el Director Nacional. En este caso, como el Acuerdo 243 de abril de 1995, que crea la Subsecretaría de Aduanas, le otorga al Subsecretario las funciones del artículo 16 del citado Reglamento, ha pasado a constituirse el Subsecretario de Aduanas en representante legal del Servicio de Aduanas.

La Ley señala que le corresponde al Director Nacional planificar, dirigir y supervisar la Dirección Nacional del Servicio de Aduanas, función que también describe en el Reglamento Orgánico Funcional. Al disponer el Acuerdo 243 que ésta función constante en el artículo 16 del Reglamento debe pasar a desempeñarla el Subsecretario de Aduanas, se ha producido un conflicto, por cuanto, una disposición de menor jerarquía no puede contrariar a la Ley que no ha sido reformada y, que en definitiva es la que prevalece, por consiguiente esta función importante sigue correspondiendo al Director Nacional.

La Ley señala en su artículo 72 literal L, que es el Director Nacional quien debe otorgar, suspender, o cancelar las licencias para el ejercicio de los Agentes de Aduana; aceptar y ejecutar la respectiva garantía y el Reglamento también le reconoce esa facultad; pero, al pasar a ser ésta función de competencia del Subsecretario por así establecerlo el tantas veces citado Acuerdo Ministerial 243, no cabe duda que el Acuerdo está violando la Ley, por lo que a mi criterio carece de validez y debe seguir ejerciendo esta función el Director.

Otras funciones que debe desempeñarlas el Director, de acuerdo al mismo artículo 72 de la LOA, como son las de asesorar e informar directamente al Ministro de Finanzas y Crédito Público sobre asuntos de su competencia, recomendar la creación o supresión de administraciones de distrito de aduanas y, otras más, por efecto del Acuerdo Ministerial 277, tiene que hacerlo por intermedio del Subsecretario de Aduanas, lo que significa que el Director debe someterse a la autoridad jerárquica del Subsecretario, quedando muy debilitada su autoridad en la práctica.

Como son varios los casos en que se repiten las circunstancias relatadas en los párrafos anteriores, se van a producir conflictos de competencia entre el Subsecretario de Aduanas y el Director Nacional del Servicio Aduanero, por lo que debería emprenderse por una reforma a la Ley para de esta manera evitar confusiones e interposición de funciones, que pudieran influir en la buena marcha del servicio Aduanero.

Con las reformas legales necesarias que corrijan las contradicciones existentes con la expedición de los Acuerdos Ministeriales, se debe reconocer que la creación de la Subsecretaría de Aduanas, con sede en Guayaquil, y la Delegación de la Subsecretaría de Aduanas con sede en Quito, dentro del proceso de modernización, descentralización y desconcentración de las entidades públicas, es positiva para el País y para el mejoramiento del Servicio Aduanero, que cuenta con una organización y estructura definida y con un nivel de control técnico operativo adecuado, cuyo fin no puede ser otro que procurar una mejor

recaudación de los impuestos al comercio exterior evitando la evasión y desde luego proporcionando un mejor servicio al usuario, así como recuperar nacional e internacionalmente una buena imagen de la Aduana, siempre y cuando se destierre la injerencia e influencia política.

2.7 Las Concesiones de Servicios al Sector Privado

El hecho de haber insertado en este capítulo la temática relacionada a las Concesiones al Sector Privado, responde al motivo de que, a partir de la vigencia de la nueva ley Orgánica de Aduanas y sus Reglamentos, así como de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada y su Reglamento²⁰, se van a producir cambios en la administración de determinados servicios aduaneros, que siendo tradicionalmente desempeñados por la Aduana como entidad pública, ejecutora de la potestad aduanera, pasarían mediante concesión o delegación del Estado a ser ejecutados por el Sector Privado, al que además se le ha dado la facultad de realizar actividades de control al comercio exterior ecuatoriano fuera del País.

Corresponde puntualizar las disposiciones legales que constituyen el basamento de la concesión o delegación al sector privado, para luego analizar sus aspectos positivos o negativos.

²⁰Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada . RO 349 : 31-XII-93

El artículo 65 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente, prescribe que: “el Servicio de Aduanas es un servicio público que presta la Aduana, **directamente o por delegación o concesión**, a través del cual el estado ejerce la potestad aduanera, con sujeción a las normas de esta ley, sus reglamentos y manuales de operación y procedimiento. La prestación de servicios aduaneros por parte de la iniciativa privada será resuelta por el Presidente de la República”.

El artículo 81 de la referida Ley Orgánica de Aduanas, regula la concesión para la prestación de servicios aduaneros para el sector privado, **disponiendo que la vigilancia, el control, el aforo, almacenamiento, el transporte bajo el régimen de tránsito aduanero y demás actividades correspondientes al paso de las mercancías por la frontera aduanera, podrán ser desempeñadas por empresas del sector privado**, correspondiendo al Ministro de Finanzas y Crédito público autorizar a las empresas que ofrezcan uno o más de los servicios aduaneros, mediante contrato, las condiciones en las que deben operar, debiendo los contratos, publicarse en el Registro Oficial.

Como cuestión novedosa en el sistema aduanero, se declara que se admitirá el aforo previo en el puerto de embarque, que se presumirá legítimo, siendo la empresa aforadora (verificadora internacional) la responsable solidaria con el importador o exportador. Este punto será cuestión de análisis en el capítulo correspondiente.

El artículo 66 de la citada Ley, dispone en su literal b, que corresponde al Servicio de Aduanas “autorizar las concesiones para el funcionamiento de almacenes privados, para el almacenamiento temporal, depósitos aduaneros, almacenes libres, zonas francas y de todos los servicios y facultades señalados en esta ley”.

El artículo 68 de la misma Ley, en sus literales h, j, n, señala las atribuciones del Ministro de Finanzas y Crédito público en materia de concesiones:

h) Suscribir convenios con el sistema bancario nacional para la recaudación de tributos aduaneros;

j) Contratar la asistencia técnica para la verificación del valor y demás características de las mercancías de importación o de exportación;

n) Autorizar las concesiones a las que se refieren los artículos 29 (concesión para el funcionamiento de depósitos aduaneros), 30 (concesión para el funcionamiento de almacenes libres o duty free), 35 (concesión para el funcionamiento de zonas francas), y 49 (concesión para el almacenamiento temporal).

El procedimiento para la concesión, que será materia posterior de comentario, se encuentra establecido para cada caso en el Reglamento general de la ley y en los reglamentos especiales dictados para el efecto.

Luego de haber analizado las disposiciones legales de esta nueva figura jurídica para la prestación de algunos de los servicios aduaneros, particularmente los que se relacionan con el control, vigilancia, aforo, verificación de valor, peso, calidad, origen de las mercancías en el puerto de embarque, transporte de las mercancías en tránsito, almacenamiento temporal, etc., vale la pena aclarar y para no confundirse, que algunas concesiones, como las que se refieren al funcionamiento de depósitos comerciales, públicos y privados, almacenes francos o duty free, zonas francas, ya se encontraban en vigencia desde la anterior Ley Orgánica de Aduanas y otras leyes especiales, los que, a excepción de las zonas francas, se encontraban bajo control directo de la administración aduanera, no ocurriendo lo mismo con las concesiones para los restantes servicios aduaneros mencionados, en los que la Aduana ejercería un control indirecto.

No cabe confundir lo que es la potestad aduanera con lo que es el control aduanero. La potestad es el conjunto de atribuciones y deberes que la ley otorga de **manera privativa** a los organismos de la aduana para el cumplimiento de sus funciones. Esta potestad la ejerce directamente la aduana, a través de sus órganos y funcionarios; o, indirectamente a través de los particulares, mediante delegación o concesión, quienes a su vez quedan sometidos a la fiscalización de la autoridad. En cambio, el control aduanero, que realizan los delegados o concesionarios, es una actividad física que la efectúan en lugar de los funcionarios o empleados de aduana, sin que esta situación signifique transferencia de la potestad pública del control aduanero, que como se manifestó es privativa de la aduana.

Conviene analizar por último, los aspectos positivos y negativos que resultarían tanto para los usuarios como para el País, el entregar mediante delegación o concesión al sector privado, los servicios aduaneros que se mencionan en el artículo 81 de la Ley.

Aspectos Positivos:

1. Reducir la evasión tributaria y consecuentemente obtener el incremento de las recaudaciones aduaneras.
2. Se lograría que se cumplan más efectivamente las regulaciones al comercio exterior, en lo que se relaciona a prohibiciones de importar o exportar y cumplimiento de licencias o permisos, autorizaciones previas, así como de normas técnicas.
3. Mayor eficiencia, eficacia, transparencia, mejor trato y menores costos en las operaciones de comercio exterior .
4. Protección al consumidor, garantizándole el consumo de artículos de calidad.
5. Despolitización en el nombramiento de funcionarios y empleados de menor jerarquía, con lo que se reduciría o eliminaría la corrupción, como forma permanente de la acción administrativa.
6. Reducción de los gastos presupuestarios resultantes del pago de sueldos y salarios, arrendamiento de locales, adquisición de maquinarias y equipos, etc.
7. Mayor seguridad en el almacenamiento y manipulación de las mercancías, dejando por un lado de ser oneroso para la aduana la indemnización en casos de pérdidas o deterioros de mercancías por su culpa y, por otro lado mayor

facilidad para que el usuario obtenga el resarcimiento por los mismos perjuicios.

8. Mejoraría la imagen nacional e internacional del comercio exterior ecuatoriano.
9. Se adoptan procedimientos que ya están vigentes en otros países.

Aspectos Negativos:

1. Riesgo de poner en manos privadas y extranjeras, asuntos que podrían perjudicar la seguridad del País.
2. Se puede facilitar la infiltración personas involucradas en el narcotráfico y de esta manera expandir las operaciones de este delito.
3. Demoraría tiempo hasta que la empresa privada se adapte a los requerimientos para otorgar un servicio eficiente, como lo es el contar con personal técnico especializado, instalaciones, maquinarias y equipos e infraestructura en general.
4. Falta de reglamentación adecuada y completa para que funcione la concesión o delegación de los servicios aduaneros a la empresa privada.
5. Efectos sociales de desempleo, agravando la situación ya existente en el País.
6. Si la corrupción tiene su origen en determinados sectores de usuarios del comercio exterior que inducen al funcionario a la corrupción, no existe la garantía absoluta de que empleados de rangos inferiores de la empresa privada escapen a la posibilidad de ser corrompidos.

La delegación o concesión de los servicios aduaneros a la empresa privada, que por ley le corresponde al Ministro de Finanzas y Crédito Público, pero que, por disposición del Acuerdo Ministerial 277, le corresponde al Subsecretario de Aduanas, se la está llevando positivamente, enmarcada dentro del proceso de modernización y privatizaciones, aunque de una manera parcial y lenta.

La finalidad perseguida con buenas intenciones, que no es otra que erradicar la evasión tributaria, la corrupción, el burocratismo, etc., para mejorar la práctica de los actos administrativos y operaciones que regulan el comercio exterior, no solamente es cuestión de una ley o reglamentación, hace falta decisión política para llevar adelante los objetivos que se persigue, porque el problema de la aduana es mucho más complejo y de fondo que los deseos de modernización o privatización de los servicios aduaneros.

CAPITULO TERCERO

LA MODERNIZACION ADUANERA EN LA RELACION JURIDICA DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA Y EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Aspecto de gran trascendencia de la modernización aduanera es el comprendido en los puntos materia de este capítulo, los mismos que serán analizados en base a un estudio comparativo de las disposiciones de la legislación aduanera anterior y la actual, a fin de encontrar las diferencias substanciales, que permitan sacar las conclusiones sobre los aspectos positivos y negativos de los cambios producidos, así como tener un panorama claro de los efectos que se darán en el cumplimiento de los objetivos de la modernización.

El estudio comprende la explicación de cada asunto partiendo de un análisis objetivo de la realidad en que se desenvuelve el sistema aduanero nacional en los distintos procedimientos, que comprenden desde la llegada y/o salida de las mercancías al o del territorio aduanero nacional, las diferentes situaciones que pueden darse durante el almacenamiento temporal, los distintos pasos del despacho aduanero y finalmente la entrega o salida de las mercancías para consumo, pretendiendo encontrar los vacíos que deberán ser corregidos y haciendo recomendaciones de orden práctico que podrían coadyuvar al logro de mejores resultados en la difícil gestión aduanera.

3.1 El Hecho Generador y sus Efectos Jurídicos

El Código Tributario en su artículo 15 dice que: “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la Ley para configurar cada tributo”.²¹

El artículo 9 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente manifiesta que: “El hecho generador de la obligación tributaria de los impuestos al comercio exterior es la declaración a consumo; en las tasas, es la prestación de los servicios aduaneros”.

De las disposiciones legales transcritas, es posible concluir que el hecho imponible o hecho generador de los tributos aduaneros, en las importaciones y exportaciones se realiza cuando se presenta la declaración a consumo, o sea, cuando las mercancías, por voluntad del propietario, importador o consignatario, van a ser usadas o consumidas definitivamente en el interior del país o fuera de él.

Hay que distinguir la declaración a consumo, de la declaración que se presenta por ejemplo en los regímenes aduaneros especiales o suspensivos de derechos, en los cuales no se verifica el hecho generador hasta tanto no se conozca el destino final que se va a dar a esos bienes, que pueden ser reexportados o nacionalizados mediante el cambio de régimen antes del vencimiento del plazo original y previo el cumplimiento de los requisitos legales. En este momento se estaría presentando la declaración a consumo y consecuentemente se produciría la verificación hecho imponible.

²¹ Código Tributario Ecuatoriano, 6-XII-75

Por mandato de la actual Ley, en el caso de las importaciones, el simple paso de las mercancías por la frontera, como lo manifestaba la ley de Aduanas anterior, no da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, que era la regla general, constituyendo una parte importante de la reforma por los efectos que produce, aunque si nace ipso jure el derecho de prenda especial y preferente que la aduana tiene sobre las mercancías, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras.

Tratándose de otros tributos como las tasas aduaneras, para que se produzca el hecho imponible, la ley prescinde de declaración, bastando la simple prestación del servicio para su realización.

La ley de aduanas anterior, no precisaba un concepto de hecho generador, remitiéndose tácitamente al concepto dado por el Código Tributario, mas, si contenía el concepto de obligación tributaria, puntualizando, que la misma nacía “por regla general, por el paso de la mercadería por la frontera y particularmente por la aceptación de la declaración para consumo”.

Como podemos observar, la nueva ley no hace referencia a que el presupuesto de hecho para configurar el tributo aduanero se origine por el **paso de las mercaderías por la frontera**, estableciendo para tal efecto un solo momento, el de la **presentación de la declaración a consumo**.

La escasa doctrina existente sobre derecho aduanero no coincide plenamente con lo referente al momento en que se realiza el hecho generador o imponible, existiendo varias tesis. Así: a) el cruce de las mercancías por la frontera aduanera; b) la destinación a consumo de los bienes objeto de importación o exportación; c) por la aceptación de la declaración, si no se ha presentado infracción; d) por el vencimiento del plazo para el abandono legal, o la declaración de abandono voluntario de la mercancía; e) la nacionalización de las mercancías en el caso de importación; f) el momento de aforo de las mismas; etc.

El Doctor Jorge Zavala Egas, sostiene que:

... El hecho generador es el que da nacimiento a la obligación y, en consecuencia, da origen al vínculo jurídico (obligación) entre el sujeto activo (Fisco) y el sujeto pasivo. Ese hecho generador en el caso de la obligación aduanera está constituido por el ingreso o simple salida de mercaderías al o del País, esto es que cuando y solo cuando se produzca ese hecho físico nace la obligación y, en consecuencia, nace la relación jurídica-tributaria aduanera...²²

Desde luego, éste era el criterio que primaba en la derogada ley de aduanas, que coincidía con muchas de las legislaciones aduaneras de otros países.

²² Jorge Zavala, *Ensayos Jurídicos, Derecho Aduanero: Introducción al Derecho Aduanero y Obligación Tributaria Aduanera*, Guayaquil, Edit. Edisol, 1985, p. 257.

El paso de las mercancías por la frontera aduanera, paso previo a la importación o nacionalización, es un hecho físico con carácter económico, en el que todavía no nace la obligación tributaria y consecuentemente no se ha perfeccionado la importación -la misma que comprende todo un proceso constituido por actuaciones del sujeto activo y del sujeto pasivo- sin que se conozca ciertamente el destino que se va a dar a las mercancías, por tanto, era impreciso hablar de que ha nacido la obligación tributaria como regla general. Otra cosa es el control y vigilancia a que están sometidas todas las mercancías, los medios de transporte y las personas que cruzan la frontera, puesto que desde el momento mismo de su ingreso al territorio aduanero, están sujetas al control como parte de la potestad que la aduana ejerce, teniendo obligadamente que producirse el ingreso al territorio aduanero por los lugares y vías habilitadas para el efecto.

En consecuencia, no por encontrarse bajo control aduanero se puede afirmar que se ha verificado el hecho generador y, que por tanto ha nacido la obligación tributaria, porque aun desconocemos, como ya se manifestó, el destino que se les va a dar a las mercancías, el cual únicamente es sabido cuando se presenta la declaración a consumo.

A la verificación del hecho generador de los tributos aduaneros en la importación y exportación, que como ya se manifestó, es la presentación de la declaración a consumo, le sigue la aceptación de la declaración por parte de la Aduana.

Si la aceptación se produce sin observaciones, se vuelve definitiva, sin que pueda ser enmendada ni anulada, dando lugar **al nacimiento del vínculo jurídico** entre el Estado y el sujeto pasivo, en virtud del cual, aquellas quedan obligadas a la prestación de los tributos correspondientes y más deberes formales. Es decir se ha dado lugar al nacimiento de la obligación tributaria, que constituye el efecto jurídico más relevante de la realización del hecho generador para el caso de los impuestos.

Antes de que se verifique el hecho generador y nazca la obligación tributaria aduanera, lo que la aduana tiene es una mera expectativa sobre los impuestos a recaudar, ya que el importador tiene una serie de derechos de los que puede hacer uso antes de presentar la declaración, como es el efectuar el reconocimiento de la mercancía con autorización y bajo control aduanero para verificar la exactitud de la mercancía con la información documentada recibida. También tiene derecho a reembarcar la mercancía manifestada o solicitar el abandono expreso de la misma.

Merece aclarar, que el nacimiento de la obligación tributaria aduanera, no da lugar a la exigibilidad de pago de los tributos. Al respecto, el Doctor Jorge Zavala Egas, especialista en materia aduanera y actual Subsecretario de Aduanas, dice:

... La exigibilidad de la obligación o sea el momento en que realmente nace el crédito fiscal, en el derecho aduanero, está constituido a partir de la fecha en que se establece el monto de la obligación adeudada, esto es, cuando se conoce exactamente la base imponible y la liquidación del

“quantum” de la obligación tributaria, en consecuencia, la obligación es exigible o lo que es lo mismo, el crédito existe desde que el acto de determinación tributaria ha concluido, esto es, cuando se ha efectuado la liquidación administrativa de los tributos, pues antes de este hecho ni el sujeto pasivo, puede, así quiera, pagar la obligación ni el Fisco puede, así lo juzgue conveniente, exigir el pago de la misma. La obligación solo es exigible desde que se ha efectuado la liquidación de la obligación...²³

Esta concepción ha variado al introducirse en la nueva LOA la autoliquidación por parte del sujeto pasivo, el mismo que conoce con anticipación el monto del “quantum a pagar”, a espera de que la aduana ratifique la autoliquidación.

La LOA señala, tratándose de los impuestos, que éstos son exigibles, en el caso de la autoliquidación - la ley anterior no lo admitía - dentro del día hábil siguiente a la fecha en que se aceptó la declaración a consumo y, en la liquidación de oficio - que ahora es de excepción - a partir del día hábil siguiente al de su notificación.

El siguiente y más importante efecto jurídico derivado de la verificación del hecho imponible y del nacimiento de la obligación tributaria, al haberse aceptado la declaración, es la de su extinción.

La derogada LOA, señalaba que la obligación tributaria aduanera se extinguía por: 1) pago efectivo; 2) compensación; 3) cambio de régimen, cuando es

²³ Jorge Zavala, *Ensayos Jurídicos, Derecho Aduanero: Introducción al Derecho Aduanero y*

aceptado por la aduana; 4) declaratoria de abandono; 5) pérdida o destrucción total de la mercadería; 6) remate, venta directa o adjudicación gratuita; y, 7) prescripción.

La actual LOA, dentro de los modos de extinguir la obligación tributaria aduanera, en comparación a la anterior, **ha eliminado como modo de extinguir la obligación, el cambio de régimen, cuando es aceptado por la aduana**, lo cual es correcto, por cuanto, en este caso, lo que ocurría era que se extinguía un régimen aduanero y aparecía otro que daba lugar al pago tributos, pero no perecía la obligación, la misma que persistía y solo podía extinguirse mediante el pago o por los otros modos establecidos para el efecto. Es decir, estaba por demás que siga constando como modo de extinguir la obligación tributaria aduanera el cambio de régimen, porque al final, ese cambio de régimen, de especial a consumo, desembocaba en un **pago** de tributos.

También se ha eliminado la extinción de la obligación por remate, venta directa o adjudicación gratuita, puesto que no son estos hechos los que ocasionan la extinción, sino la declaratoria del decomiso definitivo, mediante sentencia o acto administrativo ejecutoriados, siendo el remate, la venta o la adjudicación, consecuencia de los referidos actos judiciales o administrativos.

Por otro lado, la nueva Ley, aclarando asuntos que resultaban confusos en el sistema anterior, **incorpora como modos de extinción de la Obligación**

Tributaria Aduanera, la aceptación del abandono expreso de las mercancías y el decomiso administrativo de las mercancías. Se acepta el abandono expreso como acto de manifestación libre y voluntaria del importador de transferir el dominio de sus mercancías al Fisco cuando no quiere o no puede pagar los tributos, siempre que no sean mercancías de prohibida importación, debiendo ser aceptado por el Administrador de Aduanas mediante acto administrativo que declare que se ha extinguido la obligación. No se ha considerado el abandono tácito, lo cual está bien, por cuanto éste es una especie de sanción que impone la autoridad aduanera cuando se han cumplido determinados presupuestos y lo declara mediante el decomiso administrativo, que ha pasado a ser otro de los modos de extinguir la obligación tributaria aduanera.

La LOA establece que las obligaciones tributarias aduaneras se pagarán en dinero efectivo, notas de crédito y cheques certificados. No admite otras formas de pago señaladas en el Código Tributario, como pagar la obligación en especies o servicios.

En el caso del pago, los impuestos deben satisfacerse tratándose de la autoliquidación, dentro de dos días hábiles siguientes al de la aceptación de la declaración o dentro de los ocho días hábiles siguientes a la notificación cuando la liquidación ha sido practicada de oficio por la aduana, que ocurre en los casos de determinación complementaria por rectificación o error de cálculo en la declaración.

En el modo de extinción de la obligación por compensación, el Administrador de Distrito, debe compensar total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, las deudas del sujeto pasivo con los créditos que éste tuviera por pago indebido o en exceso por obligaciones fiscales, o por indemnizaciones causadas por pérdidas o daños de sus mercancías, durante el almacenamiento en las bodegas de la aduana. En todo caso el Administrador, dispone de treinta días a partir de la solicitud de reconocimiento para resolver la compensación.

Para que la obligación se extinga por pérdida o destrucción ocurrida durante el almacenamiento temporal en las bodegas de la aduana, ésta debe ser total. La pérdida o destrucción parcial, no da lugar a la extinción de la obligación, pero sí reduce el monto de la base imponible para el cálculo de los impuestos. Si el caso ocurre en las bodegas de los concesionarios, éstos deben responder a la aduana por los tributos que causan la nacionalización. Para que se haga efectiva la extinción de la obligación, el reglamento a la LOA, en su artículo 26 dispone que: “En la pérdida o destrucción total así como en la pérdida o destrucción parcial, el Administrador de Distrito levantará la respectiva acta de comprobación del hecho ocurrido durante el almacenamiento temporal de las mercancías, en bodegas administradas directamente por la Aduana o por concesionarios”.²⁴

En cuanto a la prescripción como modo de extinguir la obligación tributaria aduanera, la Ley establece que la acción de la Aduana para cobrar las obligaciones tributarias, así como la acción de pago indebido del contribuyente,

²⁴ Reglamento a la Ley Orgánica de Aduanas, Junio de 1994

prescriben en el plazo de tres años contados desde la fecha de la autoliquidación o la liquidación de oficio firme o ejecutoriada, o del pago en su caso, entendiéndose por actos firmes, de conformidad al Código Tributario, aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la ley señala y por actos ejecutoriados, aquellos actos que consisten en resoluciones de la Administración, dictadas en reclamos tributarios, respecto de los cuales no se hubiere interpuesto o no se hubiere previsto recurso ulterior, en la misma vía administrativa.

El análisis a los modos de extinción que se refieren a la aceptación del abandono expreso y al decomiso administrativo de las mercancías serán ampliados en el estudio de la modernización de los procedimientos administrativos.

Del análisis del hecho generador de la obligación tributaria aduanera y sus efectos jurídicos, se puede por tanto deducir las siguientes conclusiones:

- a) El sostener que la obligación tributaria aduanera nacía por el simple paso de las mercancías por la frontera, respondía más a situaciones de índole económica que jurídica.
- b) La adecuación de la verificación del hecho generador a la presentación de la declaración a consumo y del nacimiento de la obligación a la aceptación de la declaración, responde a situaciones de índole económica y jurídica.
- c) El hecho físico de la llegada o salida de mercancías del territorio aduanero, está sujeto al cumplimiento de formalidades y control por parte de la aduana, que

tiene el derecho de prenda preferente para garantizar el pago de los tributos en caso de que las mercancías desaparezcan o sean declaradas a consumo.

- d) Se garantizan los derechos del propietario o consignatario, al no estar obligado a responder por la obligación tributaria, en caso de que su voluntad no sea nacionalizar las mercancías.
- e) Se reconoce el derecho del propietario o consignatario a devolver y reembarcar las mercancías a su proveedor extranjero cuando no le han sido despachadas en conformidad a su pedido, sin que esté obligado a responder por la obligación tributaria.
- f) La Aduana deberá ejercer el máximo control a fin de evitar que durante el almacenamiento las mercancías sean objeto de cambio o sustitución para eludir el pago de los tributos.
- g) Para los casos de reembarque la aduana debe cerciorarse de que se cumplan las formalidades legales; que las mercancías se embarquen realmente y se transporten en el medio adecuado, cerciorándose que el destino sea el mismo de donde provinieron.
- h) Se ha eliminado modos de extinguir la obligación tributaria aduanera confusos e innecesarios, sustituyéndolos por otros que responden mejor a la realidad jurídica.

3.2 La Declaración y la Autoliquidación Aduanera

La Declaración Aduanera

Este punto se refiere a la declaración que se presenta en la Aduana para nacionalizar o desaduanizar las mercancías extranjeras que llegan al país procedentes del extranjero, y que se encuentra regulada por la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento. Esta aclaración es necesaria para evitar confusión con la declaración regulada por la Ley de Régimen Monetario, que se presenta al Banco Central del Ecuador para obtener el visto bueno (permiso) para importar y que constituye hasta ahora un requisito previo indispensable para embarcar e importar, puesto que se lo eliminará con la próxima reforma a introducirse. En las exportaciones, en cambio, la declaración es única y se la presenta para su aprobación al Banco Central del Ecuador, en el Formulario Único de Exportaciones, y una vez que el Banco la aprueba y concede el Visto Bueno, se la presenta a la Aduana para el aforo y posterior embarque de las mercancías.

El Glosario de Términos de la ALADI, nos da la siguiente definición de **declaración de mercancías**: “es la que se hace en la forma prescrita por la Aduana, por la cual las personas autorizadas por ella indican el régimen aduanero que debe darse a las mercaderías y proporcionan las informaciones necesarias para su aplicación”.

La LOA vigente, acogiendo el concepto anotado que responde a una terminología internacional de comercio exterior, expresa que mediante la declaración, el propietario, consignatario o consignante, en su caso, personalmente o a través de su representante legal presentará la información de las mercancías provenientes del extranjero o con destino a él, en la que solicitará el régimen aduanero al que se someterán.

Además, la indicada Ley dispone que en las importaciones, la declaración se presentará en la aduana de destino, **desde siete días antes hasta quince días hábiles siguientes** a la llegada de las mercancías, que en las exportaciones, la declaración se presentará en la aduana de salida, **desde siete días antes hasta quince días hábiles siguientes** al ingreso de las mercancías a la zona primaria aduanera y que en la importación y en la exportación a consumo, la declaración comprenderá la **autoliquidación** de los impuestos correspondientes.

Un aspecto importante dentro de la modernización de los procedimientos administrativos aduaneros, es el relacionado a la **declaración aduanera**, expresada en un formulario, denominado hasta ahora Documento Aduanero de Importación (D.A.I.) o pedimento de aduana, el mismo que pasará a llamarse Documento Unico de Importación (D.U.I). Este documento que constituye la base en el proceso de importación, ha sufrido importantes variaciones de forma, en cambio que el acto jurídico de declaración aduanera, ha sido motivo de importantes variaciones de fondo, las que por su trascendencia merecen ser analizadas.

Entre los aspectos de forma de los formularios para presentar la declaración aduanera, encontramos que los tradicionales pedimentos de aduana, extensos y confusos, llenos de firmas, han sido reemplazados por un documento más simple, comprensible, y lo que es más importante, de control computarizado, a los cuales se los ha denominado Documento de Importación (A), (B) y (C); y, en el caso de las exportaciones el Formulario Unico de Exportaciones. En las importaciones, los dos primeros documentos referidos (A) y (B), comprenden la declaración propiamente dicha en los que el usuario debe insertar todos los datos requeridos por la Aduana, y en el tercero (C), debe consignarse la autoliquidación de los tributos.

Como ya se indicó, el Documento Aduanero de Importación (D.A.I), tendrá nuevas variaciones y será más simplificado, pasando además a llamarse Documento Unico de Importaciones, que hará las veces de permiso de importación y de declaración aduanera.

También se autoriza el empleo de un documento de importación simplificado para casos especiales.

Entre los aspectos de fondo de la declaración aduanera, es pertinente manifestar que la actual LOA, al referirse a los sujetos pasivos, lo hace de una manera más precisa que la anterior, utilizando términos apropiados de uso en el comercio internacional, como son propietario, consignatario o consignante, que son las

personas que deben comparecer ante la Aduana con su declaración, en lugar de “toda persona natural o jurídica que realice actos de entrada y salida de mercaderías”, como se decía en la anterior Ley, que resultaba muy general y que podía interpretarse como que excluía por ejemplo a los entes económicos sin personería jurídica, y se incluía a personas naturales incapaces.

En cuanto a responsabilidad, se estipula la solidaridad del declarante, con su representante legal y/o agente de aduanas, debiendo éste último responder por la obligación tributaria, además de la responsabilidad penal en caso de delito aduanero.

Esta disposición legal resultó polémica y fue cuestionada de parte del Gremio de los Agentes Afianzados de Aduana, que la consideraban injusta y atentatoria a sus derechos justificando su oposición manifestando que es el importador o exportador el que realiza todas las transacciones comerciales, embarque, etc., y mal podrían responder por los problemas que presenten las mercancías a su llegada o salida, en casos de excesos en cantidad, naturaleza, valor y peso distinto al manifestado, etc., lo cual es verdad y que podría dar lugar a que se cometan injusticias. Pero, también hay que tener presente que el agente de aduana abona a su favor experiencia, conocimiento de su cliente y del manejo aduanero, ya que elabora la declaración con la autoliquidación y paga los impuestos; pudiendo además, de estimarlo necesario, solicitar un reconocimiento previo de las mercancías antes de presentar la declaración. Esta situación podría generar, en cambio, un tratamiento injusto para el propietario, al ser solidariamente

responsable, ya que éste puede desconocer las actuaciones del despachador después de que le ha entregado la documentación, razones por las cuales la disposición legal que tipifica la responsabilidad solidaria está bien concebida .

Otro aspecto que ha cambiado es el que se refiere a los plazos para presentar la declaración. La legislación anterior, exigía que la declaración se presente en la Administración de Aduana respectiva, dentro de 30 días hábiles a partir de la fecha de ingreso de las mercaderías a los recintos aduaneros. Ahora el plazo, en las importaciones es de siete días antes hasta quince días hábiles siguientes a la llegada de las mercancías a la aduana de destino. En las exportaciones, el plazo es el mismo, es decir, siete días antes hasta quince días hábiles siguientes al ingreso de las mercancías a la zona primaria aduanera.

Al haberse modificado los plazos para presentar la declaración aduanera, surge una interrogante: ¿qué se consigue al modificar estos plazos?

Si se trata de importaciones, al presentarse la declaración aduanera con anticipación a la llegada de las mercancías, aceptada la misma, liquidada y pagada la obligación tributaria, la única formalidad por cumplirse para la entrega y salida de las mercancías de los recintos aduaneros, sería el sometimiento al mecanismo de selección aleatoria o al aforo físico según el caso. Con esta medida se está dando facilidades al usuario, así como agilidad, ahorro de dinero y de tiempo, que en los negocios de comercio internacional son de gran importancia por la competencia y dinamia de las transacciones comerciales y todo lo que significa

financieramente rotar el capital, con su inmediata repercusión en la eficiencia del negocio. Además, la reducción del plazo para presentar la declaración aduanera, obliga al importador al pronto retiro de sus mercancías ante el peligro de que sean declaradas en abandono tácito. De esta manera, por un lado las bodegas de almacenamiento se verán descongestionadas y, por otro lado, estarán menos expuestas al deterioro y robo, muy común en los recintos primarios.

Para el caso de las exportaciones, el hecho de que se pueda adelantar la presentación de la declaración, es una facilidad para el exportador, que le permitirá que sus mercancías estén aforadas con anticipación al embarque y pueda hacer las rectificaciones oportunas, a fin de evitar contratiempos posteriores.

La Autoliquidación de la Obligación Aduanera

Otra importante innovación en la reforma aduanera, es el acto de la autoliquidación de la obligación tributaria aduanera, que con carácter obligatorio debe practicarla el sujeto pasivo, la misma que comprende “el cálculo de la base imponible determinada según las normas de valor en aduana de las mercancías y la liquidación del monto de la obligación tributaria con la aplicación de los impuestos aduaneros respectivos, de conformidad con las normas pertinentes”.

La base imponible de los impuestos arancelarios, en las importaciones es el valor CIF (costo + seguro + flete) y en las exportaciones es el valor FOB (valor de las

mercancías puestas a bordo del buque), de acuerdo a las normas de valor en aduana.

Los tributos al comercio exterior son: a) los derechos arancelarios establecidos en los respectivos aranceles; b) los impuestos establecidos en leyes especiales; y, c) las tasas por servicios aduaneros. Los impuestos aplicables son los vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo.

Tradicionalmente ha sido la administración aduanera la encargada de practicar la liquidación de la obligación tributaria en base a los datos proporcionados por el propio sujeto pasivo, es decir, de forma mixta conforme a las normas del Código Tributario.

La LOA anterior disponía en su artículo 33 reformado, que “los tributos se liquidarán según el resultado del aforo y se aplicarán las tarifas vigentes a la fecha de llegada de las mercaderías cuando se trate de importaciones o a la fecha de embarque de aquellas cuando se trate de exportaciones”.

El cambio dado es radical, partiendo de la confianza depositada en el usuario y haciendo uso de la regla de que su actuación es legal, honesta y leal a la aduana, se prescinde inicialmente del aforo físico para el cálculo de los tributos, el mismo que pasa a ser practicado por excepción cuando las mercancías van a retirarse, permitiéndose que sea el mismo sujeto pasivo quien practique la liquidación correspondiente, o sea “autoliquide” los impuestos y tasas de acuerdo a

documentos, la misma que posteriormente será verificada por la aduana para su aceptación o no. Para la aplicación de las tarifas ad-valorem se tendrán en cuenta las vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo, mas no las vigentes a la fecha de llegada o de salida de las mercancías. De igual forma el tipo de cambio para el cálculo de los valores expresados en moneda extranjera, será el vigente a la fecha de la presentación de la declaración aduanera a consumo.

Presentada la declaración aduanera a consumo y autoliquidada la obligación tributaria, ésta será objeto de comprobación por parte de la aduana. De no existir observaciones, se aceptará la declaración fechándola y otorgándole un número, luego de lo cual debe efectuarse el pago de los tributos en las instituciones bancarias autorizadas para el efecto.

Efectuado el pago, el sujeto pasivo se dirige a la Aduana para someterse al mecanismo de selección aleatoria (sistema computarizado), si éste se activa, se procederá al aforo físico. Caso contrario sin más trámite se entregarán las mercancías.

En caso de existir observaciones, la declaración se devolverá al sujeto pasivo para que la corrija dentro de los tres días hábiles siguientes.

Si el declarante no acepta las observaciones, la declaración será considerada firme; se pagarán los tributos declarados y se someterá obligadamente al aforo físico de las mercancías.

Una vez analizados los procedimientos de presentación de la declaración aduanera y de la autoliquidación de los tributos, cabe realizar un juicio de valor respecto de los aspectos positivos y negativos de la reforma.

Aspectos Positivos:

1. El permitir mayor agilidad en el despacho aduanero.
2. La eliminación de una serie de pasos intermedios originados en la presentación de la declaración y liquidación, que demoraban el trámite y daban lugar a actos indebidos.
3. El declarante puede presentar su declaración con la autoliquidación, con anticipación al ingreso de las mercancías al país en las importaciones y, en las exportaciones antes de que ingresen a la zona primaria (recintos aduaneros habilitados, interior de los puertos o aeropuertos donde se receptan mercancías con destino al interior del país o fuera de él). Es decir, se puede tener aceptada la declaración y efectuado el pago de los impuestos antes de que las mercancías lleguen al puerto de destino, a espera de que las mismas sean desembarcadas y recibidas por la Aduana, para luego someterse al “mecanismo de selección aleatoria”, y si éste no se activa, las mercancías se entregan sin más trámite. Esta situación ahorra al importador tiempo, dinero, averías y robos, todo lo cual incide en menores costos de la operación.

4. El permitir al declarante conocer con exactitud la cantidad de impuestos a pagar, se asegura de la legalidad de los mismos y evita que sus mercancías queden en abandono por no disponer de los medios de pago.
5. Mayor flexibilidad, pues da oportunidad al declarante para que la corrija en caso de errores, evitando verse incurso en infracciones aduaneras, cuestión que no ocurría antes, en que una vez presentada la declaración no podía ser modificada.
6. Mayores facilidades, agilidad, eficiencia en los procedimientos de exportación.

Aspectos Negativos:

1. El sistema tendrá dificultades para alcanzar los objetivos propuestos, si no se produce un cambio en la mentalidad y cultura tributaria de los contribuyentes.
2. Los problemas de subfacturación y subvaloración, males endémicos, que ocasionan evasión tributaria, no se solucionan con las innovaciones introducidas, si el sistema de autoliquidación no es complementado con los sistemas de control y aforo; y, si además el sistema de verificación en el puerto de embarque no es correcto, pues se estaría dejando una puerta abierta al delito aduanero, con lo que los perjuicios fiscales se incrementarían .
3. Se ha establecido la autoliquidación, sin que los sistemas de control y verificación se hayan implementado y modernizado. Es decir, todavía no se producen los cambios indispensables en cuanto a recursos humanos, materiales y financieros que se requieren para el correcto funcionamiento del sistema.

3.3 La Presunción de Buena Fe del Importador y Exportador

Los nuevos sistemas de “autoliquidación de la obligación tributaria aduanera” y de “aforo” de las mercancías, que deberán entrar en total funcionamiento en corto plazo, a fin de conseguir los objetivos que persigue la modernización aduanera emprendida, cambian significativamente el concepto sobre la Aduana tradicional.

La Aduana ha sido una institución que se ha caracterizado por su presencia fiscalista, pesquisadora, policiaca y represiva, en el cumplimiento de su función principal de control del tráfico internacional de mercancías, sin admitir que sea el propio contribuyente quien proporcione al fisco la liquidación de los impuestos que le corresponda satisfacer y peor prescindir del aforo físico de las mercancías como acto previo obligatorio al establecimiento de la base imponible, tarifa aplicable y posterior liquidación.

Los procedimientos administrativos eran tan rígidos, que ni siquiera se podía suponer la presentación de la declaración aduanera con anticipación a la llegada de las mercancías al País y más todavía, tener pagados los tributos por adelantado, con la posibilidad de obtener la entrega de las mercancías sin someterse a inspección alguna si es que no se somete al mecanismo de selección aleatoria.

La situación ha cambiado y la imagen que se trata de transmitir, es la de una institución moderna, ágil, eficiente, transparente, **con mayor acercamiento y**

confiabilidad hacia los sectores generadores del comercio exterior, buscando adaptarse a la corriente modernizadora, liberalizadora y aperturista.

El mensaje implícito de este sistema es la confianza, que se desprende de la presunción de que los actos realizados por los sujetos pasivos -propietario, consignatario o consignante- son de buena fe, confiables, legales y justos, lo que viene a constituir la regla; mientras que los actos inmorales, injustos e ilegales son la excepción. Se ha desterrado la idea de que los actos de los contribuyentes son inmorales e ilegales hasta que se demuestre lo contrario.

Con los cambios producidos se espera un giro sustancial en la conciencia del importador y exportador. La Aduana confía en ellos, como elementos importantes en el desarrollo de la economía nacional; y, si se acepta que sus actos son lícitos frente a sus obligaciones tributarias aduaneras, se aspira tener un sistema aduanero transparente que contribuya al fortalecimiento de las arcas fiscales y al desarrollo del país.

Como conclusión se puede mencionar, que la presunción de la buena fe establecida en la Ley a favor de los sujetos pasivos, es positiva, por cuanto, resultaba injusto que se dude de la honestidad de la generalidad de los usuarios y sometiéndoles obligatoriamente al sistema de aforo. La presunción de la buena fe y legalidad de procedimientos aduaneros de las personas que operan en el comercio internacional usando los servicios que presta la aduana, constituye una innovación trascendental y positiva del sistema.

3.4 La Selección Aleatoria y el Aforo Físico

Otra innovación importante en los procedimientos aduaneros administrativos como las producidas en la declaración aduanera y la autoliquidación antes señaladas, constituye la del acto de aforo de las mercancías.

Los actos administrativos de presentación de la declaración, aforo y liquidación, se encontraban indisolublemente ligados e interrelacionados en la Ley de Aduanas anterior, es decir, si no existía aforo físico, no se podía dar el paso siguiente que era el de la liquidación del impuesto.

La LOA anterior, en su artículo 33 reformado prescribía que **los tributos se liquidarán según el resultado del aforo**. Este acto era insoslayable -excepto en los casos previstos en la Ley, como por ejemplo, importaciones bajo el amparo de la Ley de Inmunidades, Franquicias y Privilegios Diplomáticos-, por cuanto cuando quedaba firme, constituía la fiel certificación y comprobación que los datos consignados en la declaración aduanera eran los reales y exactos, y más aun debía existir la constancia del importador y el exportador mediante su firma, la misma que tenía efectos de notificación.

Realizado el aforo, se daba paso al acto de liquidación del impuesto. La Ley derogada, autorizaba dos tipos de aforo, el definitivo y el provisional que se

solicitaba si faltaban documentos o cuando se requerían exámenes técnicos o surgían discrepancias con la autoridad, lo cual, actualmente ya no es necesario.

Con la modernización de los procedimientos a los que se ha hecho referencia las cosas han cambiado. **El aforo físico, acto administrativo principal y sine qua non del proceso de determinación de la obligación tributaria aduanera ha pasado a ser de excepción, secundario e inclusive se puede prescindir de él, conforme se desprende de los artículos 54 y 59 de la nueva Ley y 228 de su Reglamento, que dice que “el aforo físico es aleatorio y de oficio”.**

El aforo físico es aleatorio cuando éste se realiza en aplicación del mecanismo de selección aleatoria activado por el declarante. Este mecanismo debe funcionar en base a un sistema computarizado que considere una serie de parámetros, especialmente tipo, origen, características y valor de las mercancías; antecedentes del declarante, consignante o consignatario y medios y unidades de transporte utilizados.

El aforo físico de oficio debe practicarse por el funcionario de la Administración de Distrito designado para cada caso, también mediante un mecanismo de selección aleatorio computarizado, y consiste en el acto mediante el cual la Aduana establece la naturaleza, cantidad, valor y clasificación arancelaria, siendo obligatorio únicamente en los siguientes casos:

- a) Si efectuado el pago de los tributos, el declarante activa el mecanismo de selección aleatoria;
- b) Cuando el declarante no acepta las observaciones formuladas por la Aduana a su declaración; y,
- c) Cuando el Administrador conociere del cometimiento de un delito aduanero u observare hechos que hagan presumir el cometimiento de un delito aduanero.

De acuerdo a estos tres literales se desprende que el aforo físico pasa a constituir un acto administrativo de excepción o secundario.

La ley prevé que cuando por razones de fuerza mayor no funcione el mecanismo de selección aleatoria, el Administrador del distrito dispondrá el aforo físico.

A continuación se señalan los aspectos positivos y negativos de los cambios estudiados:

Aspectos Positivos:

1. Se pondrá fin a trabas e inconvenientes a que han sido sometidos los importadores y exportadores; y, con lo que se eliminarán sistemas endémicos de corrupción.
2. El proceso será más ágil y en vez de durar días la nacionalización o desnacionalización de las mercancías se lo podrá hacer en pocas horas.
3. Habrá un mejor control e incremento en las recaudaciones.

4. Se eliminarán costos innecesarios que afectan a los costos de las mercancías.
5. Se descongestionará el tráfico portuario.
6. El aforo en el puerto de embarque y el conocimiento anticipado de la autoridad aduanera del contenido de la mercancía y medios en que se transporta, eliminará en gran parte la posibilidad de que se cometa delitos aduaneros.

Aspectos Negativos:

1. Si no existe la transparencia adecuada en el funcionamiento del mecanismo de selección aleatoria, se estará dejando una puerta abierta y amplia para el cometimiento de ilícitos aduaneros y de otro tipo de delitos como es el caso del narcotráfico.
2. Sin embargo de que se ha previsto el mecanismo de selección aleatoria para el aforo, éste no se aplica totalmente en el país, excepto los casos de los aeropuertos de Quito y Guayaquil, mientras que en los puertos se mantiene el actual y caótico estado de cosas.
3. Hace falta decisión política para llevar adelante los cambios previstos, que son indispensables para que tengan éxito el proceso de modernización en marcha.

3.5 Las Verificadoras Internacionales

En el afán de ejercer un mayor control al comercio exterior y erradicar el ilícito aduanero e incrementar las recaudaciones aduaneras; así como, establecer un sistema más justo de sana competencia entre las personas que operan en el

comercio internacional; se ha recurrido por segunda ocasión y en esta vez de manera abierta y decidida a contratar por parte del Ministerio de Finanzas y Crédito Público a empresas verificadoras internacionales que operan en casi todos los sistemas aduaneros del mundo.

Las disposiciones legales que autorizan la contratación de estos servicios las encontramos en el artículo 21 inciso final de la LOA que dispone: “El Ministro de Finanzas, podrá contratar asistencia técnica para la verificación y certificación del valor y demás características, de las mercancías que se importen o exporten”; y, en el artículo 81 inciso cuarto de la misma Ley que indica: “Se admitirá el aforo previo en el puerto de embarque, que se presumirá legítimo. La empresa aforadora será responsable solidaria con el importador o exportador”.

El Reglamento para la aplicación del artículo 81 de la LOA, al referirse a las actividades u operaciones que pueden ser objeto de concesión a las empresas verificadoras internacionales autoriza entre otras en su artículo 2, literal a): “La supervisión de las mercancías en el puerto de embarque, para la constatación de su calidad, cantidad, precio, origen y determinación provisional de la clasificación arancelaria, valor aduanero y de los tributos aduaneros”.²⁵

El mismo Reglamento en el artículo 13 al referirse a la legitimidad del aforo en el lugar de origen expresa: “En el caso de exigibilidad de aforo en el lugar de origen de las mercancías, éste se considerará legítimo cuando una vez realizada la

verificación documental de la declaración aduanera o cuando proceda el aforo físico en forma aleatoria, se compruebe que no hay lugar a observaciones por parte de la Aduana”.

Mediante Decreto Ejecutivo 1803, publicado en el Registro Oficial Nro. 456 de 7 de junio de 1994, se expide el Reglamento Orgánico Funcional para las Empresas Verificadoras²⁶ en el que se establecen las obligaciones y pautas operativas de las partes que intervienen en el Programa de Supervisión de las Importaciones.

Por estas normas reglamentarias se dispone que los bienes que vayan a ser importados al Ecuador, con las excepciones del caso, deberán ser inspeccionados por una de las verificadoras contratadas para el efecto. Para ello, se autoriza analizar y comprobar la información declarada en los documentos pertinentes tal como partida arancelaria, valor aduanero, condición, calidad y cantidad de la mercancía; determinar la base imponible sobre la cual se calcularán los tributos que gravan la importación, entre otros.

Se dispone que la inspección de los bienes deberá efectuarse antes del embarque, en los centros de producción, en los depósitos de almacenamiento, en los puertos de embarque, según la naturaleza del producto y las condiciones de la operación comercial.

²⁵ Reglamento para la Aplicación del artículo 81 de la Ley Orgánica de Aduanas, Decreto Nro. 1801 de 1 de junio de 1994.

El valor de los bienes a ser inspeccionados deberá ser determinado de acuerdo con la aplicación estricta de los principios internacionales, valoración aduanera y otras normas complementarias emitidas por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público.

Se establece un límite de tolerancia del 10% en los precios certificados por las verificadoras, teniendo la Aduana atribuciones para ajustar los precios en casos de discrepancia y proceder a multar a las verificadoras con el equivalente a los derechos que se tratan de evadir.

Luego de recibir la factura final por parte de la empresa verificadora, y después de comprobar que la cantidad, precio y descripción de los bienes consignados en dicha factura corresponden a los resultados de la inspección, se procederá a emitir los certificados de inspección.

Este certificado de inspección debe emitirse en el plazo máximo de tres días, luego de recibir los documentos finales pertinentes, debiendo constar en papel de alta seguridad, en idioma español y de acuerdo al formato y número de copias que internacionalmente se utilice.

Los servicios de inspección, verificación, control y certificación de las importaciones serán pagadas directamente por el importador a la empresa verificadora. La tasa mínima a pagarse por estos servicios es actualmente del 1%

²⁶ Reglamento Orgánico Funcional para el funcionamiento de las Empresas Verificadoras, Decreto

del valor FOB de las importaciones, con una tarifa mínima de ciento ochenta dólares (US.\$ 180,00), siendo la forma de pago el 50% al momento de presentarse la solicitud de inspección y el 50% restante el momento de recibir el certificado.

El Ministerio de Finanzas y Crédito Público tiene la facultad para fiscalizar a las empresas verificadoras, las mismas que antes de entrar en funcionamiento deben depositar una garantía de un millón de dólares (US:\$ 1'000.000,00).

Las empresas verificadoras para poder operar tienen que estar afiliadas a la INTERNATIONAL FEDERATION OF INSPECTION AGENCIES (IFIA), con sede en Londres, siendo su plazo de la operación de dos años, renovables por iguales periodos.

En aspectos de jurisdicción y competencia, las verificadoras se rigen por las leyes del Ecuador sometiéndose a los respectivos Tribunales de Quito, debiendo fijar domicilio legal y permanente en la misma ciudad.

El Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Finanzas y Crédito Público ha celebrado contrato de Prestación de Servicios con las siguientes empresas verificadoras internacionales: **Cotecna Inspection S.A; Societé Generale de Surveillance S.A y con las Cías Asociadas Bivac International S.A y Bureau Veritas- Inspection-Valuation-Assessment and Control, Bivac B.V,**

encontrándose el extracto de los contratos publicados en el Registro Oficial Nro. 574 de 23 de noviembre de 1994.

También se halla publicado el Reglamento de Inspección y Verificación de Mercancías, por el que se ordena que no podrán ser objeto de nacionalización y deberán ser obligatoriamente reexportadas las mercancías que arriben al país sin el certificado de verificación y en caso de no hacerlo en el plazo de 15 días, se considerarán abandonadas tácitamente y pasarán a dominio del Estado.²⁷

El Reglamento en mención dispone que el Director Nacional del Servicio Aduanero dispondrá y constatará que ninguna Administración de Aduanas del país, oficinas postales de correo, entreguen mercancías con un valor mayor de tres mil dólares (US\$3.000,00) FOB sin el correspondiente certificado de inspección, sea cual fuere la clase de importación y la vía utilizada.

Se dispone además que están exentas de verificación las siguientes importaciones:

1. Aquellas cuyo valor de origen (FOB) sea inferior a tres mil dólares de los Estados Unidos de Norte América;
2. Objetos de arte, armas y material bélico destinados a las Fuerzas Armadas, (no incluye armas deportivas); periódicos, libros, revistas y demás material impreso;
3. Objetos y compras personales de viajeros;

4. Las donaciones liberadas de impuestos a favor del Sector Público;
5. Importaciones efectuadas por personal diplomático acreditado en el país y por organismos internacionales; y,
6. Paquetes de correo u otros envíos de valor reducido y muestras sin valor comercial.

Por otra parte, se ha establecido un procedimiento para el cobro de las indemnizaciones a que tiene derecho el importador, en caso de retraso en la entrega de los certificados de inspección y avisos de no conformidad, por parte de la verificadora, el mismo que se lo estableció mediante Acuerdo Ministerial Nro. 137 de fecha 7 de marzo de 1995.²⁸

Concluyendo, cabe expresar que la contratación de las verificadoras internacionales tiene un éxito relativo, siendo muchas las fallas que existen, las mismas que tiene que irse superando conforme se consolide el sistema. Resulta en sí, un buen método para evitar la subfacturación y subvaloración de las mercancías así como el cometimiento de otro tipo de delitos aduaneros por los que se elude los tributos perjudicando al fisco, sin embargo de lo cual quedan “ventanas” abiertas que dan muchas posibilidades para el ilícito.

Por tanto, el sistema de verificación deberá ser complementado con otras medidas internas para contrarrestar aquellas referidas ventanas de escape por donde queda

²⁷Reglamento de Inspección y Verificación de Mercancías, Acuerdo Ministerial Nro. 687 de 16 de septiembre de 1994

la posibilidad para que se cometan ilícitos, puesto que resulta casi imposible que se controlen todas las importaciones, particularmente aquellas que llegan por vía aérea y terrestre y en las que las verificadoras no tienen facultad para controlar, de manera especial las menores a tres mil dólares y aquellas que llegan al país con una manifestación de embarque distinta a su real contenido.

Este sistema de verificación y control ha desatado mucha polémica en el sector importador, por la demora en la expedición de los certificados, lo que ha ocasionado pérdida de tiempo, dinero y congestión en el tráfico portuario. También hay quejas porque se considera que el valor que se paga por el servicio es caro e influye directamente en los costos de operación y consecuentemente en los precios de venta.

Se espera que la aplicación de este sistema que se lo utiliza en casi todos los países, tenga éxito en el Ecuador, a fin de que contribuya a controlar la evasión, y al fomento de una limpia y sana competencia, con el objeto de que el trato sea por igual para grandes y pequeños, puesto que parecería que el origen para que determinados importadores busquen la forma de eludir impuestos, se da por la competencia que les obliga a meterse en el sistema de subvalorar las mercancías que introducen al país, caso contrario tienen que salir del mercado y sentarse a mirar como su vecino o colega vende a precios inferiores a los suyos, porque ha tenido menores costos al pagar menos impuestos.

²⁸ Procedimiento para el cobro de indemnizaciones, Acuerdo Ministerial Nro. 137 de 7 de marzo

3.6 El Despacho Aduanero en la Importación y en la Exportación

Fernández Lalanne Pedro, especialista en derecho aduanero, refiriéndose al despacho de importación dice que éste consiste:

... en el conjunto de trámites y procedimientos que, con arreglo a las disposiciones de vigor, se siguen ante las dependencias aduaneras, y por medio de los cuales se asegura la correcta verificación de las declaraciones comprometidas y la determinación de los valores de los efectos que se presentan para su ulterior ingreso a la plaza, asegurando en esa forma la percepción de la renta fiscal. En la tramitación del despacho de numerosas mercaderías, intervienen -junto con la aduana- distintas reparticiones y organismos estatales a los cuales les está encomendado el control de determinados regímenes de importación.

Los despachos se hallan sometidos a normas diferentes, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas que constituyen su objeto; así, el trámite variará si se trata de despachar maquinarias o animales; muestras y equipajes, explosivos o encomiendas, productos químicos o equipos que constituyen inversión de capital; etc. La regulación legal también diferirá según sea el tratamiento impositivo aplicable (importaciones sujetas a derechos, con menores derechos o exentas de derechos), o el trámite de los despachos

que los interesados están obligados a realizar o que desean imprimir (despacho directo, forzoso, o de depósito).²⁹

La LOA anterior, en el artículo 58 señalaba, sin dar una definición, que: “El despacho de la mercadería importada o a exportarse se hará en base a la declaración aceptada por la Administración de Aduanas ...”

La LOA vigente tampoco da una definición del despacho aduanero, también llamado desaduanamiento o nacionalización, pero se entiende que éste es un acto que comprende una serie de procedimientos que van desde la presentación de la declaración con la autoliquidación, la aceptación de la declaración, el pago de los tributos, el aforo físico mediante el sometimiento al mecanismo de selección aleatoria o en su caso al aforo físico de oficio, hasta finalmente la entrega y retiro de las mercancías, todo lo que comprende cinco pasos.

Como podemos apreciar, el trámite de despacho se ha simplificado enormemente en comparación al sistema anterior en el que el proceso de despacho comprendía 18 pasos aproximadamente a saber: presentación de la declaración, ingreso al departamento de comprobación, numeración y fijación de fecha, complementación de datos, control del Sub administrador, control del jefe de vistaforadores, designación del vistaforador, aforo, control de valoración para verificar y ajustar el valor declarado, liquidación de oficio, revisión de la liquidación por los jefes de grupo y de sección, pago de impuestos, ingreso a

²⁹ Pedro Fernández Lalanne, *Derecho Aduanero*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 601.

colecturía, pago de tasas portuarias, ubicación de la mercancía, turno para la entrega por los bodegueros, retiro de la mercancía, control por los agentes portuarios o aeroportuarios y nueva inspección por parte de la Policía Militar Aduanera.

A más de esto hay que agregar, que una vez salida las mercancías de los recintos portuarios o aduaneros, después del vía crucis que significaba todo el proceso de desaduanamiento, los importadores tenían que someterse a una serie de inspecciones en el trayecto a sus bodegas o almacenes, por parte de distintas organizaciones encargadas de otros controles, como ejemplo: la policía nacional para verificar si las mercancías no eran robadas, la Interpol para verificar si no se llevaban narcóticos; patrullas de la Policía Militar Aduanera para otras inspecciones, personal de guardas de Estanco y, finalmente, ya en las propias bodegas o almacenes nuevas inspecciones por funcionarios aduaneros.

También hay que indicar que los documentos de acompañamiento a la declaración se han reducido a: 1) Original o copia del conocimiento de embarque, guía aérea o carta de porte; 2) Factura comercial; y, 3) Los de exigibles por la Junta Monetaria.

El despacho aduanero en las exportaciones también se simplificó y unificó desde la vigencia de la Ley de Facilitación de Exportaciones y Transporte Acuático, que se contrae en primer lugar a la presentación y aceptación de la declaración a consumo en la Ventanilla Unica de Exportaciones del Banco

Central, para lo cual se debe usar el Formulario Unico de Exportación; y, en segundo lugar, con el Visto Bueno del Banco Central, deben presentarse las mercancías a la aduana para el acto único de aforo físico aleatorio o de oficio para el embarque y salida de las mercancías, para lo cual debe presentar: a) el formulario único de exportación; b) copia de la factura comercial; y, c) documento de embarque emitido por el transportista, con lo cual el despacho para la exportación se ha reducido a dos pasos.

Mediante la Ley Reformatoria de la Ley de Facilitación de Exportaciones y de Transporte Acuático, de 9 noviembre de 1994, publicada en el Registro Oficial Nro. 574 de 23 de noviembre de 1994, se eliminan las patentes de exportación para todo tipo de productos así como los impuestos a la exportación de toda mercancía y se elimina cualquier otro requisito especial para exportar.

También se indica que la Administración de Aduanas realizará el aforo de la mercadería, certificará y registrará en el Formulario Unico de exportación los datos correspondientes.

Cabe aclarar que el **despacho de las mercancías** o la entrega física de las mismas por parte de la Aduana una vez que se han cumplido todos los trámites y requisitos exigibles, es parte del llamado **despacho aduanero**, que en cambio comprende todo el conjunto de actos a realizar en las dependencias aduaneras para nacionalizar las mercancías o permitir su embarque y salida del País.

El despacho o entrega de las mercancías será autorizado por el Administrador de Distrito, en los siguientes casos:

1. Cuando no se haya activado el mecanismo de selección aleatoria;
2. Si realizado el aforo físico de oficio no aparecieren observaciones que formular a la declaración; y,
3. Cuando no aparecieren hechos que puedan presumirse constitutivos de delito aduanero.

Un aspecto a tener en cuenta en el despacho de las mercancías o entrega física de las mismas por parte de la Aduana al importador o exportador, es que ordenado el mismo, ninguna autoridad aduanera podrá disponer o realizar un nuevo reconocimiento, entendiéndose que son actos firmes y por tanto gozan de la presunción de legitimidad.

La eliminación de trámites y requisitos innecesarios que entorpecían la importación y exportación, fomentaban la corrupción y causaban gravísimos problemas a los usuarios del comercio exterior, constituye un aspecto positivo en la intención de tener una Aduana ágil y transparente. Lo lamentable es que transcurrido más de un año de la vigencia del nuevo sistema, es poco lo que se ha avanzado y aun no se instrumentan los mecanismos necesarios, así como tampoco se ponen en práctica todos los nuevos procedimientos que permitan la modernización del sistema aduanero.

3.7 El Abandono: Expreso y Tácito

El Glosario de Términos de Comercio Exterior da las siguientes definiciones de abandono:

Abandono de Mercancías. Acto de pasar las mercancías a propiedad del Fisco.

Abandono Legal. Condición por la cual las mercancías pasan a situación de remate por el vencimiento de los términos para ser despachadas o retiradas de la Aduana.

Abandono Tácito o Presuntivo de las Mercancías. Acto de pasar las mercancías a propiedad del Fisco, por el vencimiento de ciertos plazos o el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas en la Legislación Aduanera.

Abandono Voluntario. Manifestación escrita hecha por quien tenga facultad para hacerlo, cediendo las mercancías a la Aduana, sujeta a la aceptación de ésta.

Partiendo de los conceptos y la casuística que sobre el abandono expreso y tácito se mencionaban en la anterior LOA y se mencionan en la actual, conviene establecer los principales cambios introducidos:

1. La LOA derogada tipificaba las dos formas de abandono, es decir el expreso y tácito, como formas de extinguir la obligación tributaria aduanera, cuestión que no ocurre con la legislación nueva, en la que únicamente el abandono expreso da lugar a esta situación, mientras que el abandono tácito en cambio da lugar al decomiso administrativo, que ha pasado a ser otro modo de extinguir la obligación.

2. De acuerdo al sistema antiguo, las mercancías de prohibida importación declaradas en abandono debían transferirse a las instituciones que el Ministerio de Finanzas determinaba, de conformidad a la ley. En el sistema vigente, las mercancías de prohibida importación declaradas en abandono tácito, deben ser reexportadas al exterior y si dicho reembarque no se cumple, se da lugar al decomiso administrativo. No se puede aceptar el abandono expreso de las mercancías que a la fecha de llegada al país fueren de prohibida importación, las mismas que deben reexportarse obligatoriamente.

3. Los plazos y términos para declarar el abandono tácito se han modificado en los dos sistemas de la siguiente manera:
 - a) En el anterior, si no se presentaba la declaración aduanera en 30 días hábiles a partir de la fecha de llegada de las mercancías, se declaraba el abandono tácito, en el actual el término es de 15 días hábiles desde el ingreso de las mercancías a la zona primaria, para importación o exportación.

- b) En el anterior, el plazo para pagar los tributos era de 20 días a partir de la notificación de la liquidación, en el actual el término es de 2 días hábiles desde que la declaración quedó firme, conforme al artículo 11 de la ley.
- c) En cuanto al término que tiene el declarante para presentarse al aforo físico no ha cambiado de los 5 días establecidos. Lo que se ha modificado es el momento en que debe presentarse. En el sistema anterior, se indicaba que ese término correría desde que la declaración fue aceptada, en el sistema actual se indica desde el día fijado para el efecto.
- d) En la nueva Ley se dispone además, que la falta de retiro de las mercancías del almacenamiento temporal luego de 5 días hábiles de autorizada su entrega o embarque, dará lugar a la declaratoria del abandono tácito.
- e) El artículo 243 del reglamento a la LOA anterior, disponía que el Administrador de Aduanas, el primer día hábil de cada mes debía proceder a declarar oficialmente el abandono de las mercancías que se encontraban en tal situación, **debiendo notificar** de este acto al importador o exportador y por tanto que se ha extinguido la obligación tributaria. El actual Reglamento de la LOA dispone que los responsables de los almacenes temporales, tanto de la Aduana como de concesionarios privados, deben remitir reportes diarios al Administrador de Distrito, de las mercancías que hayan caído en abandono tácito.

La LOA vigente en su artículo 60 dispone confusamente refiriéndose al abandono tácito, que la Aduana lo declarará de oficio y **sin necesidad de notificar** al propietario, consignante o consignatario. Esta situación es aclarada en el artículo

243 del Reglamento que dice que no se requerirá de **notificación previa**, es decir, de aviso previo de que se va a proceder a declarar en abandono tácito. Se debe tener en cuenta que la declaratoria de abandono de oficio es un acto administrativo que debe ser emitido por escrito y motivado de acuerdo al Código Tributario, y además tiene que ser notificado, por principio de orden legal y constitucional que debe ser cumplido por la autoridad para que el propietario, consignatario o consignante, pueda hacer uso de su derecho de defensa y para que el acto administrativo surta efecto.

En cuanto a los efectos jurídicos que se derivan de la declaratoria del abandono expreso y tácito, hay que mencionar que el abandono expreso, extingue la obligación tributaria. La renuncia debe ser presentada por el propietario o su apoderado dentro de los 15 días hábiles de haber llegado las mercancías al país ante el Administrador de Aduanas del Distrito, debiéndose reconocer la firma y rúbrica.

Otro efecto del abandono expreso es que es irrevocable y se perfecciona con la aceptación escrita mediante resolución, que tiene el carácter de acto administrativo ejecutoriado y no podrá ser objeto de recurso administrativo o contencioso.

En el abandono tácito, el propietario tiene que comparecer dentro de treinta días de notificado el abandono. Si no comparece el Administrador está facultado para declarar el decomiso administrativo de las mercancías y su remate en subasta

pública para con su producto cancelar los tributos, intereses, multas y más gastos ocasionados. El remanente, en caso de haberlo, será entregado al propietario de ser conocido, caso contrario, se depositará en la Cuenta Corriente Unica del Tesoro Nacional. Si el producto del remate no cubre la deuda, se emitirá el título de crédito por la diferencia. El propietario tiene derecho a recuperar las mercancías declaradas en abandono hasta antes del remate, pagando los tributos correspondientes.

Una vez conocidas las principales diferencias y efectos jurídicos del abandono en la legislación aduanera anterior y la actual, se puede concluir manifestando que la figura legal del abandono es por un lado, un derecho que tiene la Aduana para recaudar los tributos aduaneros así como para obligar al usuario al pronto retiro de las mercancías, a fin de que no exista congestión de mercancías durante el almacenamiento temporal, y para evitar entre otros aspectos, que por el transcurso del tiempo se produzcan averías, robos y el cometimiento de ilícitos aduaneros; por otro lado, también es un derecho del propietario para dimitir a favor de la Aduana la propiedad de las mercancías cuando no quiera o no pueda satisfacer los tributos aduaneros, aunque se puede decir que la declaratoria de abandono es un acto forzoso que afecta la actividad comercial del contribuyente y su patrimonio.

La Aduana debe tomar las precauciones de seguridad en las bodegas de almacenamiento bajo su custodia por cuanto los delincuentes tributarios pueden sustituir dolosamente el contenido de las mercancías para dejar de tributar o pagar

menos impuestos, hecho delictuoso que en algunos casos se comete con la complicidad de empleados encargados de la custodia de las mercancías.

3.8 El Decomiso Administrativo

En la legislación aduanera actual se distinguen dos tipos de decomiso: a) el decomiso administrativo de mercancías regulado por el artículo 20 de la LOA, en concordancia con los artículos 61 y 62 del mismo cuerpo legal, y por los artículos 27, 28, 29, 30, 31 y 32 del Reglamento a la misma ley; y, el decomiso judicial aplicable para el caso de sanciones al delito aduanero, tipificado en el artículo 89 de la LOA.

La legislación aduanera anterior, no hacía referencia al decomiso administrativo, sino al **decomiso preventivo** en los casos de los artículos 131 y 137 del Reglamento a la LOA, cuando en el acto del aforo se encontraban diferencias que hacían presumir la existencia de un acto de defraudación y cuando se encontraban mercancías de prohibida importación; y, al comiso judicial para del caso de delito, de acuerdo al artículo 117 de la LOA.

Hernán Gómez Piedrahita, experto aduanero colombiano, al referirse al decomiso administrativo manifiesta sobre el mismo: “Es el acto mediante el cual, el Administrador de Aduanas, declara de propiedad de la nación una mercancía,

como consecuencia de la configuración de una falta administrativa, en los casos así previstos...”³⁰

El artículo 20 de la LOA, indica que el decomiso administrativo es la pérdida de la propiedad de las mercancías por declaratoria del Administrador del Distrito, en resolución firme o ejecutoriada, dictada en los siguientes casos:

- a) Mercancías abandonadas o rezagadas en la zona primaria, cuando se desconozca su propietario, consignatario o consignante;
- b) Mercancías entregadas a la Aduana al momento del desembarque y que no consten en el manifiesto de carga;
- c) Mercancías náufragas;
- d) Mercancías que hayan sido objeto de hurto o robo en los recintos aduaneros, o a bordo de los medios de transporte, cuando luego de recuperadas se ignore quién es su propietario, consignatario o consignante; y,
- e) Mercancías de prohibida importación, que no hayan sido reembarcadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley.

El decomiso administrativo, para que tenga eficacia jurídica, debe ser notificado al propietario, al cual se le concede treinta días de plazo para que comparezca a hacer valer sus derechos, de no hacerlo, las mercancías se rematarán y de existir un remanente a su favor le será restituido. Si comparece dentro del plazo señalado, las mercancías le serán devueltas, previo el pago de los tributos y más

³⁰ Hernán Gómez Piedrahita, *Derecho Aduanero*, Bogotá-Colombia, Ediciones Librería del

gastos a que hubiere lugar, excepto en el caso de mercaderías de prohibida importación, las que deben ser reembarcadas en el plazo de quince días a más de la sanción pecuniaria por la contravención. Si no se reembarcan se hace efectivo el decomiso y las mercancías deberán ser puestas a órdenes del Ministro de Finanzas y Crédito Público, para que disponga su destino.

El decomiso administrativo ha sido incorporado en la nueva LOA como un modo de extinguir la obligación tributaria aduanera, en lugar de otros modos previstos, como lo era el caso del abandono tácito y/o por remate, venta directa o adjudicación gratuita de la mercancías, por cuanto estos dos modos citados eran más bien una consecuencia jurídica del decomiso, lo cual es correcto, por estar más acorde a la realidad jurídica.

Este nuevo modo de extinguir la obligación tributaria aduanera es positivo, porque mediante el decomiso administrativo se evita que se dé lugar a juicios penales aduaneros que congestionan innecesariamente el trabajo de los Jueces y la Aduana recuperará en forma oportuna y ágil los tributos que se dejaron de pagar, antes que esperar una sentencia que declare el decomiso definitivo que generalmente dura largos años con los consecuentes efectos negativos por pérdidas o deterioro de las mercancías, como ocurría antes con las mercancías que llegaban a su destino sin manifestar.

También resulta positivo el hecho que el Administrador de Aduanas declare el decomiso administrativo y pueda la Aduana acceder a la propiedad de las mercancías recuperadas que fueren robadas de los recintos aduaneros o medios de transporte, cuando se desconozca al propietario, cuestión que sucede con mucha frecuencia ocasionándose grandes perjuicios al Fisco. El caso es importante por cuanto, en el evento de que el robo sea descubierto fuera de los recintos aduaneros, los jueces penales comunes se declaran competentes para conocer y juzgar el delito, sin que las mercancías sean entregadas a la Aduana con las consecuencias ya manifestadas.

3.9 Los Regímenes Aduaneros

Acogiendo los principios y las recomendaciones de los organismos multilaterales que rigen los aspectos aduaneros y de comercio internacional, cuyo objetivo es que los países adapten sus legislaciones aduaneras a las nuevas realidades de la economía y del intercambio comercial, la nueva Ley clasifica, ordena y define de manera clara y precisa los regímenes aduaneros, cosa que no ocurría en el sistema anterior, además de que ha incorporado nuevos regímenes especiales que favorecen las actividades productivas y de comercio exterior.

La LOA, distingue tres tipos de regímenes aduaneros :

1. Regímenes Comunes

Tienen el carácter de definitivos y son:

a) Importación a consumo

Régimen por el cual las mercancías extranjeras son nacionalizadas y puestas a libre disposición para su uso y consumo definitivo.

b) Exportación a consumo

Régimen por el cual las mercancías nacionales o nacionalizadas, salen del territorio aduanero para sus uso o consumo definitivo en el exterior.

2. Regímenes Especiales

Se caracterizan por ser suspensivos, liberatorios o devolutivos de los tributos aduaneros, según corresponda; y son:

a) Admisión temporal con reexportación en el mismo estado

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos, que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, para ser utilizadas en un fin determinado durante cierto plazo y reexportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal del uso.

b) Admisión temporal para perfeccionamiento activo

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, durante un plazo determinado, para ser reexportadas luego de un proceso de transformación, elaboración o reparación.

c) Tránsito Aduanero

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos, por el cual las mercancías son transportadas bajo control aduanero, de una oficina de aduana a otra del país, o con destino al exterior.

c) Depósito aduanero

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos por el cual las mercancías permanecen almacenadas por un plazo determinado, en lugares autorizados y bajo control de la aduana, en espera de su destino ulterior. Son comerciales e industriales.

d) Almacén libre (In Bond o Duty Free)

Es el régimen liberatorio que permite, en puertos y aeropuertos internacionales, el almacenamiento y venta a pasajeros que entran o salen del país, de mercancías nacionales o extranjeras, exentas del pago de impuestos aduaneros.

e) Exportación temporal para perfeccionamiento activo

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos que permite la salida del territorio nacional de mercancías nacionales o nacionalizadas, durante cierto plazo, para ser reimportadas luego de un proceso de transformación, elaboración o reparación.

f) Exportación temporal con reimportación en el mismo estado

Es el régimen suspensivo del pago de impuestos que permite la salida del territorio aduanero de mercancías nacionales o nacionalizadas para ser utilizadas en el extranjero, durante cierto plazo y con un fin determinado, y reimportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal por el uso.

h) Devolución condicionada (drawback)

Es el régimen por el cual se permite obtener la devolución total o parcial de los impuestos pagados por la importación de ciertas mercancías que se exporten dentro de los plazos autorizados.

i) Reposición con franquicia arancelaria

Es el régimen compensatorio por el cual se permiten importar mercancías idénticas o equivalentes, sin el pago de impuestos, en reposición de mercancías

importadas a consumo, que retornan al exterior después de haber sido sometidas a un proceso de transformación en el país, o se utilizaron para producir, acondicionar o envasar mercancías que se exportaron.

j) Zona franca

Es el régimen liberatorio por el cual en ejercicio del principio de extraterritorialidad, se permite el ingreso de mercancías, libre del pago de impuestos, a espacios autorizados y delimitados del territorio nacional. Las mercancías ingresadas a Zona Franca, no están sujetas al control de la aduana en el interior de la misma. Las Zonas Francas son comerciales e industriales.

3. Regímenes Particulares o de Excepción

a) Tráfico postal internacional y courier

Es el régimen que permite la importación o exportación a consumo de los envíos o paquetes postales.

b) Tráfico fronterizo

Es el régimen que de acuerdo a los compromisos internacionales, permite el intercambio de mercancías destinadas al consumo doméstico entre las poblaciones fronterizas, libre de formalidades y del pago de impuestos aduaneros.

c) Zona de libre comercio

Es el régimen que permite el intercambio de mercancías, libre del pago de impuestos aduaneros y sujetos a las formalidades aduaneras previstas en los respectivos convenios internacionales.

Resulta demasiado extenso explicar a detalle en qué consisten y cómo opera cada uno de estos regímenes aduaneros, tema que no es objeto de este trabajo, y porque además los mismos están con claridad explicados en la ley y el reglamento, pero conviene hacer un comentario sucinto respecto a los nuevos y más importantes regímenes especiales que han sido incorporados, para concluir determinando los efectos que producirían en su aplicación para la economía y el comercio exterior del País.

La admisión temporal para perfeccionamiento activo, no estaba conceptuada de esta manera, sino simplemente como admisión temporal, lo cual dio lugar a que sea reglamentada y aclarada mediante decretos y leyes especiales que amparaban la internación temporal de mercancías extranjeras que luego eran transformadas o incorporadas en productos nacionales con fines de exportación. Con la inclusión del perfeccionamiento activo se sabe con toda precisión que bajo este régimen aduanero especial se pueden ingresar al país las mercancías extranjeras que van a sufrir una transformación, elaboración o reparación, para

luego ser reexportadas, como es el caso de la maquila, regida por la ley del mismo nombre.

Este régimen incentiva y fomenta las actividades productivas y de comercio exterior, creando empleo, capacitando la mano de obra nacional, alentando la inversión extranjera y transferencia de tecnología, y el ingreso de divisas. Como aspecto negativo del mismo encontramos que cuando no se efectúa un control adecuado por los organismos competentes puede dar lugar al cometimiento de delitos aduaneros, cuando las mercancías llegan en exceso o no se les da el uso y destino para el que fueron ingresadas o finalmente las mercancías no se exportan y se quedan ilegalmente en el país.

Los depósitos aduaneros que ya estaban previstos en la legislación anterior, pero con ciertas limitaciones, ahora han tomado más importancia y pueden ser concesionados a cualquier persona jurídica, pública o privada, nacional o extranjera. Indudablemente este régimen, contribuye a dar un servicio ágil, mejor y seguro al usuario que el que presta la aduana o las entidades portuarias. Pero, cabe también señalar como aspecto negativo, que si el control por parte del servicio aduanero no es efectivo y riguroso a los concesionarios, queda abierta una puerta para que se cometa delito aduanero mediante la sustitución dolosa de mercancías, ingreso en cantidades superiores a las permitidas, retiro ilegal, etc.

La devolución condicionada de tributos o drawback ya constaba en la Ley aduanera anterior, pero, no tenía una aplicación práctica. Es un régimen que

fomenta las exportaciones con los efectos positivos que de ello se deriva para el país. Se espera que el sector productivo y exportador encuentren en este régimen que no ha sido bien difundido, un mecanismo adecuado para fomentar sus actividades, teniendo como contrapartida la devolución de los impuestos pagados por las importaciones de las mercancías que se sometan al proceso de transformación o que se incorporen a otras que deben ser exportadas.

La reposición con franquicia arancelaria se trata de un novedoso régimen compensatorio del pago de impuestos por reposición de importaciones a consumo que retornan al exterior, luego de haber sido sometidas a un proceso de transformación en el país, o que se utilizaron para producir, acondicionar o envasar mercancías que se exportan. Este régimen es muy importante para el fomento de las exportaciones y debe ser mejor difundido para que tenga éxito y sea bien aprovechado en el esfuerzo de que el país pueda competir con el exterior.

Las Zonas Francas, que ya estaban reguladas por la LOA y por ley especial, son muy difundidas en otros países y contribuyen positivamente en el conjunto de la economía del país, especialmente creando empleo y contribuyendo al desarrollo de zonas deprimidas del territorio nacional, lamentablemente la falta de interés de los inversionistas, problemas de índole laboral, social y político, y otros más, han impedido su implantación y funcionamiento, lo que ha incidido de alguna manera en el atraso por el que atraviesa el País.

El Tráfico Fronterizo y la Zona de Libre Comercio son nuevos regímenes liberatorios, el primero, aunque ya estaba regulado reglamentariamente, se trata de una medida de carácter social para incentivar el intercambio comercial de productos de consumo doméstico, libre de impuestos a fin de favorecer a los habitantes de los sectores fronterizos; y, el segundo es un régimen liberatorio que implica a todo el sector del comercio exterior ecuatoriano, regulado por el Acuerdo de Cartagena, dentro del proceso de apertura comercial, aunque actualmente, se halla conformado la Unión Aduanera que es otra etapa superior de integración que no consta en la Ley Orgánica de Aduanas. Este régimen, beneficioso para el país para expandir su comercio exterior, cuyos resultados positivos ya se han visto en el corto plazo, podrá ser más beneficioso en el mediano y largo plazo una vez que el país sea más competitivo.

3.10 Los Reclamos Administrativos Aduaneros

El reclamo administrativo aduanero es un derecho reconocido a favor de los contribuyentes obligados a satisfacer la obligación tributaria aduanera, cuando resulten directamente afectados por indebida o errónea aplicación de la LOA y sus Reglamentos.

En el procedimiento para presentar los reclamos administrativos aduaneros se han producido reformas importantes que van a favorecer a los contribuyentes en la búsqueda de agilidad y eficiencia administrativa. Entre estas reformas se mencionan las siguientes:

- a) El Administrador de Distrito, autoridad competente ante quien debe interponerse el reclamo, se ha convertido en autoridad de **única y definitiva instancia administrativa**. Con esta reforma se elimina el recurso de apelación establecido en el Código Tributario y anterior LOA, que había que interponerlo ante el Juez Regional de Aduanas.
- b) La resolución del Administrador de Aduanas, que debe dictarla en el plazo de treinta días desde la presentación del reclamo más el plazo concedido para la prueba que no puede ser mayor de quince días, pone **término a la fase administrativa**, sin perjuicio a los recursos de reposición y revisión, así como a la acción contenciosa a que hubiera lugar de conformidad con el Código Tributario. Cabe aclarar, que por disposición del inciso final del artículo 38 de la Ley de Modernización, no es exigible para iniciar la acción de impugnación el agotamiento de la vía administrativa, quedando este derecho facultativo para el contribuyente, que puede ejercer la acción de impugnación contra las resoluciones de única y última instancia administrativa, directamente ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal.
- c) El artículo 83 de la actual LOA, reformó los artículos 102 (denegación tácita) y 127 (denegación presunta) del Código Tributario, disponiendo que la falta de resolución del Administrador de Distrito, dentro del plazo de los treinta días, causará la aceptación tácita, la misma que tendrá el carácter de ejecutoriada, excluyendo el deber del Administrador de dictar resolución

expresa. En todo caso, el Director Nacional del Servicio Aduanero, está en la obligación de imponer una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, al administrador o a los funcionarios responsables de la aceptación tácita.

- d) Se ha eliminado la competencia del Director General de Aduanas para conocer y resolver reclamaciones, como las contempladas en el inciso final del numeral quinto del artículo 293 del anterior Reglamento a la LOA. También se ha eliminado la competencia de este funcionario para resolver los conflictos de competencia entre los juzgados regionales y los Administradores de Aduana, conforme lo mandaba el numeral tres del artículo 141 de la anterior ley.

Por disponerlo el literal II) del artículo 72, de la actual LOA, el Director del Servicio Aduanero, tiene competencia para absolver consultas respecto de la aplicación de la Ley y Reglamento de Aduanas, con sujeción a los artículos 128 al 131 del Código Tributario.

Estas reformas positivas reflejan la intención de modernizar en su conjunto la administración pública y de manera particular la compleja administración tributaria aduanera, en materia de procedimientos de reclamos administrativos.

El trámite de reclamación administrativa resultaba oneroso para el contribuyente, hasta esperar una resolución y proseguir con la acción contenciosa, sumado al congestionamiento de trámites que entorpecían la pronta solución de las

controversias. Sin embargo, la presunción de la aceptación tácita resulta peligrosa, en vista de los intereses económicos que se discuten en los reclamos aduaneros; no será difícil a futuro que con frecuencia se dé el silencio administrativo para favorecer intencionalmente a los reclamantes, dado que la multa para el funcionario negligente es insignificante frente a los perjuicios que se pueden causar al fisco y más aun si se considera que la aceptación tácita del reclamo excluye al administrador de la responsabilidad de dictar resolución expresa y por su carácter de acto ejecutoriado se convierte en definitivo.

CAPITULO CUARTO

LA MODERNIZACION ADUANERA Y LA NUEVA CONCEPCION DEL DELITO Y ESTRUCTURA DE LA JURISDICCION PENAL

La modernización de la legislación aduanera, no podía dejar de lado los aspectos relacionados al ilícito y a la estructura de la jurisdicción penal aduanera, situación que era insoslayable para mejorar la administración de justicia en este campo, motivo por el cual la reforma es plenamente justificada y será analizada en este capítulo, el mismo que comprende el estudio de la LOA anterior en relación a la actual, destacándose los puntos más sobresalientes que las diferencias y complementando el análisis con el cuestionamiento de algunas disposiciones legales que a mi criterio deberán ser objeto de una posterior reforma.

4.1 El Delito Aduanero y su Naturaleza Jurídica

Antes de entrar a realizar un breve análisis del delito aduanero y su naturaleza jurídica, conviene conocer primeramente algunas definiciones del delito en general dadas por diferentes autores y tratadistas del derecho penal:

Enrique Cury: “El delito es la acción u omisión, típica, antijurídica y culpable”.

Beling: “Delito es la acción típica, antijurídica y culpable, reprimida con una sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de penalidad”.

Carrara: “Delito constituye la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.

Ferri: “Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado”.

Lizt: “Delito es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con pena”.³¹

Si trasladamos estas definiciones al Derecho Penal Aduanero, hemos de aceptar que son completamente adaptables a los delitos tributarios en el área aduanera, pues existe una acción típica que conlleva un propósito, que no es otro que el de eludir el control aduanero para evadir el pago de impuestos incumpliendo las normas regulatorias y restricciones impuestas al comercio exterior (bien jurídico protegido); por tanto esta acción es antijurídica y atribuible a un sujeto imputable.

En consecuencia en el delito aduanero, se encuentran los siguientes elementos de análisis:

- a) Un hecho material positivo o negativo, atribuible o ejecutado por un sujeto;
- b) Que el hecho sea violatorio de la ley;
- c) Que tal hecho pueda producir un perjuicio al Fisco; y,
- d) Que el hecho se realice libremente, requiriéndose el elemento **intencional** exteriorizado por la sustracción de mercancías o artículos al control aduanero, que se ejecute por clandestinidad, ocultación, simulación, falsedad o engaño; esto es, de manera subrepticia, que es lo que le diferencia de las demás infracciones aduaneras (contravenciones y faltas reglamentarias) en las que no se exige el elemento intencional (subjetivo), bastando la posibilidad de la transgresión de la norma (elemento objetivo).

Los elementos del delito aduanero, no pueden ser otros que los mismos del delito penal común. Así tenemos que, primeramente existe la acción o la omisión sobre la cual descansa la estructura del delito. Esta acción tiene que encontrarse tipificada en la norma positiva, o sea, la conducta delictiva que el legislador ha previsto en la ley como infracción. Establecida la acción y la tipicidad, la primera como elemento sustancial del delito y la segunda como elemento formal del mismo, aparece otro elemento del delito que es la antijuridicidad, es decir, aquella acción típica que es contraria a derecho cuyo ilícito corresponde calificarlo al juez. La acción típica y antijurídica solo importará al derecho penal si tal acto es

³¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Ed.

o puede ser atribuible a un sujeto imputable. De aquí nace la culpabilidad y una vez establecida la culpa de un sujeto estamos frente a la imputabilidad, calidad de atribuir a un sujeto la comisión de un hecho punible que ejercitó voluntariamente.

Conocidas las características del delito aduanero y las del delito penal común, estaríamos en condiciones de determinar su naturaleza jurídica, para lo cual cabe hacer la siguiente pregunta: ¿se asimila al delito común y preceptos que regulan su represión y, por tanto, debe estar sometido a las disposiciones del derecho penal común, o bien constituye una categoría especial?

Contestando la pregunta se puede afirmar que, las normas que regulan el delito aduanero son de naturaleza penal que en razón de su especificidad están contenidas en leyes especiales, que rigen el ordenamiento aduanero y persiguen finalidades punitivas, aunque algunas legislaciones penales lo ubican en el contexto del Código Penal común.

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de los autores se inclinan por la naturaleza penal del delito aduanero, la doctrina ha adoptado distintas posiciones a más de la penal, tratando de ubicarla en tendencias administrativas o especiales derivadas del derecho penal común.

En la legislación penal aduanera de nuestro País, los delitos aduaneros -el contrabando y la defraudación-, se encontraban tipificados en dos cuerpos legales,

fuera del derecho penal común; por una parte, en el Libro IV del Código Tributario; y, por otra, en la Ley Orgánica de Aduanas.

Con la expedición de la nueva LOA, se elimina la tradicional clasificación y tipificación de los delitos aduaneros, el contrabando y defraudación, existentes en los referidos cuerpos legales y se da paso a un nuevo y único tipo penal denominado **el delito aduanero**. De esta manera, se derogan las disposiciones del Código Tributario relacionadas a las infracciones aduaneras, que pasan a estar contenidas exclusivamente en la actual Ley de Aduanas.

4.2 Concepción Actual y la Nueva Tipicidad

Como ya se manifestó, la actual LOA, derogó varias normas del Código Tributario, relativas al contrabando y la defraudación, creando en su lugar un nuevo y único tipo penal llamado simplemente “delito aduanero”, en el cual encontramos implícitas las características de los dos tipos penales referidos, situación que se desprende del concepto contenido en el artículo 87 que dice: “El delito aduanero consiste en el ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancías, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación.”

Del concepto transcrito se puede colegir, que el espíritu de la nueva ley radica en tipificar aquella conducta antijurídica que atenta exclusivamente al legal y lícito tráfico internacional de mercancías. Es decir, se considera al delito aduanero, únicamente desde el punto de vista del comercio internacional.

Conviene analizar brevemente las razones para que se haya eliminado las figuras del contrabando y de la defraudación, para dar paso al nuevo tipo penal, para lo cual haremos primeramente una distinción entre las principales semejanzas y diferencias que existían entre el contrabando y la defraudación:

Semejanzas:

1. Tanto el contrabando como la defraudación estaban constituidos por la realización de maniobras dolosas, con el fin de evadir el pago de la obligación tributaria y el cumplimiento de regulaciones y restricciones al comercio exterior, aunque los procedimientos eran diferentes.
2. Ambos delitos conllevaban actos injurídicos que directa o indirectamente conducían a ocultar, desnaturalizar o falsear la realidad del hecho imponible (defraudación); u, ocultar e impedir la intervención y control de la autoridad aduanera (contrabando).
3. Las penas de decomiso y multa afectaban por igual al contrabando y a la defraudación, con la misma drasticidad.

Diferencias:

1. Mediante el contrabando se perseguía la evasión total del control y el pago de los tributos de las importaciones y las exportaciones; en la defraudación, según la fórmula empleada, la evasión podía ser total o parcial.
2. En el contrabando se requería que exista “clandestinidad” que forzosamente precisaba burlar o evitar el control aduanero; mientras que, en la defraudación no se evitaba el control aduanero, sino que se inducía a engaño a la autoridad.
3. La “clandestinidad” y el “ocultamiento” en el contrabando era total, porque se efectuaba a espaldas y sin posible intervención de la autoridad. En la defraudación era relativo, porque la autoridad estaba presente o podía estar en cualquier momento.
4. El contrabando se lo realizaba siempre por lugares o vías habilitadas, fuera de la potestad aduanera. La defraudación se la cometía siempre por las zonas primarias o recintos habilitados por la aduana.
5. Para que exista defraudación se precisaba la presentación de una declaración aduanera, en el contrabando no.

6. En la defraudación existía la posibilidad en la mayoría de los casos de que se la cometa con la complicidad de funcionarios aduaneros, en el contrabando la posibilidad era más remota.
7. El contrabando era penado con prisión, mientras que la defraudación no, excepto los casos de defraudación agravada así como los de sobrefacturación y subfacturación, reprimida por otros cuerpos legales.

Si tratamos de encontrar las razones para que haya desaparecido de la legislación penal aduanera la tradicional clasificación de los delitos de contrabando y defraudación, se podría afirmar que éstas fueron las siguientes:

1. La tipificación anterior de los dos delitos era bastante confusa. En efecto, casos de contrabando se los confundía con defraudación y viceversa, lo que dificultaba el juzgamiento a los infractores, que fácilmente enderezaban la defensa por el delito que merecía menor pena.
2. Tanto en el contrabando como en la defraudación estaba presente el ánimo de perjudicar al fisco e incumplir normas que protegían la economía nacional, la salud, seguridad, buenas costumbres, etc., a más de que propiciaban la corrupción administrativa.
3. La drástica reducción de los aranceles así como la eliminación de trabas por efecto de la apertura y liberalización comercial, permite suponer que el

comercio clandestino se reducirá substancialmente, puesto que no es lógico que los delincuentes arriesguen grandes capitales por evadir bajos impuestos, aunque el ilícito vía subfacturación puede incrementar al incorporarse a la formalidad comerciantes que antes actuaban al margen de la ley y que pretenderán ingresar sus mercancías por las aduanas, satisfaciendo menos impuestos.

4. El defraudador aduanero se encontraba en ventaja en relación al contrabandista, puesto estaba en la mayoría de casos protegido por la misma autoridad, consecuentemente actuaba con más libertad y seguridad a sabiendas de que no iba a ser descubierto, además de que no estaba supeditado a las penas de prisión. Al contrario, el contrabandista actuaba a riesgo propio, con el peligro de perder todo a más de su libertad, situación de desigualdad que con la nueva tipificación desaparece.

Se estima que éstas fueron las razones que llevaron a que se despenalice las dos figuras delictivas y se las reúna en un solo tipo penal conforme a los artículos 87 y 88 de la actual LOA, con lo que se pretende dar un trato igual al contrabandista y defraudador, puesto que ambos persiguen la violación de un mismo bien jurídico protegido por la ley, que no es otro, que el debido control del ingreso y salida de mercancías al o del territorio nacional para garantizar el cobro de los tributos y el cumplimiento de normas que rigen el comercio exterior.

De esta manera, quedan comprendidos dentro de la misma tipificación y sujetos a la misma sanción (prisión, decomiso y multa):

- Quienes actúen ilícita y clandestinamente para causar perjuicio al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributos (antiguos contrabandistas); y,
- Quienes realicen todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, para causar un perjuicio al fisco evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación (antiguos defraudadores).

Los casos que se encuentran tipificados en el artículo 88 de la LOA como presunciones constitutivas de delito aduanero son los siguientes:

- a) La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él, efectuadas sin el control de la aduana;

Comentario:

Este caso se refiere al hecho físico del ingreso o salida de mercancías al o del territorio nacional, aunque no estén gravadas en el arancel.

Toda mercancía que se importa o exporta debe someterse a la potestad aduanera y al cumplimiento de las formalidades que de ella se derivan, a fin de evitar caer en el ilícito y ser objeto de aprehensión.

b) La carga o descarga de mercancías sin el control de la aduana.

Comentario:

Cuando las mercancías extranjeras han ingresado al territorio aduanero, las operaciones de carga y descarga han de realizarse en las zonas primarias bajo control de la aduana. En el tráfico marítimo y aéreo debe existir primero la declaración de “libre plática” (autorización que conceden las autoridades) y, solo a partir de ese momento se procede a la recepción de las mercancías. La ley prevé el caso de que la carga o descarga esté bajo el control de entidades ajenas a la aduana, sea por concesión o delegación, caso en el cual, la responsabilidad por el control recaerá en esas entidades, sin perjuicio del control que la aduana puede ejercer.

c) El lanzamiento de las mercancías de un medio de transporte internacional, eludiendo el control aduanero.

Comentario:

Este es un caso típico de clandestinidad y muy frecuente particularmente en el transporte marítimo, sea que los medios de transporte se hallen en la zona primaria o en la secundaria. De modo regular los buques, cuando no ingresan a puerto (zona primaria) por falta de espacio en los muelles, se quedan a espera en “cuarentena” (zona secundaria), lugar al que acuden comerciantes para adquirir las mercancías extranjeras fuera del control aduanero bajo el sistema de lanzamiento, hecho que también se da en alta mar y cuando los buques se encuentran en los muelles autorizados.

- d) La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y la aduana de destino.

Comentario:

Las mercancías extranjeras que ingresan al territorio aduanero por una aduana distinta a la de destino final, o en aquellos casos en que la oficina aduanera está ubicada a distancia del punto de entrada, deben ser trasladadas bien sea en tránsito o bajo custodia, teniendo que llegar a su destino sin alteración, modificación, cambio o faltante. Puede suceder que durante el trayecto las mercancías sean sustituidas unas por otras o sustraídas para perjudicar al fisco, razón por la cual se ha previsto esta situación en la ley tipificándola como delito.

- e) La utilización no autorizada de una plaza, puerto o camino no habilitado para el tráfico internacional de mercancías, salvo los casos fortuitos y de fuerza mayor.

Comentario:

Las mercancías que provienen del exterior o se dirigen hacia él, tienen que utilizar los lugares y vías habilitados para el efecto y bajo control aduanero.

Los delincuentes aduaneros (contrabandistas), generalmente operan utilizando caminos no habilitados, así como playas, muelles y pistas de aterrizaje clandestinas o abandonadas a fin de eludir el control de la aduana. En el evento de darse estos hechos, automáticamente se configura el delito flagrante, salvo los casos de naufragio o arribo forzoso, que se los considera como casos fortuitos o de fuerza mayor.

- f) El abandono de las mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras.

Comentario:

Por fronteras no solo debe entenderse las terrestres, sino también los perímetros de los aeropuertos y puertos internacionales.

Suele ocurrir que los delincuentes aduaneros al ser descubiertos o ante el peligro de serlo, abandonan las mercancías que han pretendido ingresarlas ilegalmente, dando lugar a que la aduana proceda a su aprehensión.

No se debe confundir este hecho de abandono fraudulento de mercancías con la declaratoria de abandono expreso o tácito que ocurre en las zonas primarias cuando las mercancías han sido receptadas por la aduana, pero que el propietario no puede o no quiere pagar los impuestos causados, dando lugar en este caso el decomiso administrativo y no el decomiso por delito.

g) La venta o transferencia de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa.

Comentario:

La ley prohíbe que las mercancías extranjeras que han ingresado al país bajo un régimen suspensivo del pago de derechos o con exoneración total o parcial, puedan darse en venta o sean transferidas sin la autorización previa.

Las mercancías extranjeras ingresadas al país para ser objeto de venta o transferencia, tiene que ser nacionalizadas, vale decir, tienen que pagarse los impuestos correspondientes y cumplir las formalidades establecidas; solo cumplido este requisito las mercancías cambian su estatus jurídico de extranjeras a nacionales quedando a libre disposición de su propietario. Tratándose de

mercancías que han ingresado bajo régimen suspensivo o de exención de la obligación tributaria aduanera, solo pueden ser objeto de venta o transferencia mediante el cambio de régimen legalmente aceptado o la autorización previa según el caso, de lo contrario la violación a esta norma da lugar al cometimiento de un delito aduanero.

h) La tenencia o movilización de mercancías sin la documentación que acredite su legal importación.

Comentario:

La ley quiere cerrar cualquier vía de escape para el delincuente aduanero. Se quiere que dentro de cualquier tiempo y lugar con el fin de que se acredite legal importación, la aduana pueda exigir la documentación de respaldo de toda mercancía extranjera que se encuentre en poder cualquier persona o circulando dentro del territorio nacional.

Sin embargo, esta disposición puede resultar arbitraria en determinadas circunstancias, atento al hecho de que quien adquiere de buena fe una mercancía a comerciantes plenamente identificados en el mercado nacional y recibe una factura, ésta le servirá como documento suficiente de respaldo para justificar su tenencia y propiedad, más no estaría en la obligación de demostrar su legal importación, situación que le corresponde al importador. Se entiende en todo caso que quien pretenda movilizar mercancías extranjeras por el territorio

nacional deberá proveerse de los documentos de importación para no verse incurso en la presunción de delito, cosa que nos parece exagerada y absurda para la generalidad de las personas. Lo correcto sería, a fin de evitar abusos e injusticias, que se restituya la excepción legal que contemplaba el artículo 370 del Código Tributario que fue derogada cuando se expidió la nueva LOA, el mismo que prescribía que: “...Igualmente, no se considerará contrabando la tenencia, posesión o movilización por parte de comerciantes, de mercaderías extranjeras, cualquiera que fuere su valor, siempre que se demuestre que han sido adquiridas a comerciantes identificados en mercados públicos o en establecimientos comerciales conocidos que operen en cualquier lugar de la República, sin perjuicio de la acción que podrán intentar las autoridades aduaneras, dentro de los plazos de prescripción, contra el vendedor que no comprobare satisfactoriamente la internación o procedencia legal de las mercaderías, acción que perseguirá el descubrimiento del delito que se hubiere cometido y su sanción”.

- i) La tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional.

Comentario:

Toda mercancía extranjera a bordo de aeronaves, buques y vehículos de transporte internacional de carga o pasajeros, exceptuando las dispensas legales, debe estar amparada en el manifiesto general de carga, documento que debe ser entregado a la aduana al momento de la recepción del medio de transporte y antes de la

declaración de libre plática. Si con posterioridad a la recepción se efectuare una inspección por parte de la aduana y se encontrare mercancías no amparadas en ningún documento para el puerto de descarga o en tránsito a otros puertos, hállese ocultos o no, se procederá a su aprehensión inmediata e iniciación de la acción penal correspondiente.

- j) La falsa declaración aduanera respecto al tipo, naturaleza, acondicionamiento, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos exceda del diez por ciento.

Comentario:

Esta presunción correspondía a un caso típico de defraudación en la legislación aduanera anterior. Se puede afirmar que se trata del delito que con más frecuencia se da en la importación y exportación de mercancías. La falsa declaración constituye un acto doloso, bien sea para pagar menos impuestos o para eludir la política monetaria haciendo caso de información falsa relacionada al valor, cantidad, peso, naturaleza, origen, etc., o para introducir o sacar artículos prohibidos o que requieren autorizaciones especiales.

La ley establece un límite de tolerancia del 10% para los casos de excesos en la declaración, límite que casi no es tomado en cuenta y es de muy poca aplicación práctica, especialmente en lo que al valor se refiere por cuanto la aduana efectúa reliquidaciones por excesos en las declaraciones que superan ese 10% de

tolerancia, desconociéndose que se hayan iniciado juicios aduaneros por esta causa.

k) La falsificación o adulteración de los documentos que deben ser acompañados a la declaración aduanera.

Comentario:

La presunción se refiere a la falsificación de los documentos de acompañamiento de la declaración, que son: a) el original o copia negociable del conocimiento de embarque, guía aérea o carta de porte; b) la factura comercial; y, c) otros documentos exigidos por la Junta Monetaria. No se ha considerado la falsificación de la propia declaración aduanera, que es diferente a presentar una declaración inexacta, por lo que parecería que el literal está mal redactado. En todo caso, conocido por parte de la autoridad aduanera un caso de falsificación de documentos debe poner el asunto en conocimiento de los jueces comunes.

l) La sustitución de mercancías para el aforo físico.

Comentario:

Este hecho doloso se puede dar cuando el infractor por su cuenta o en complicidad con los encargados de la custodia de las mercancías, con el fin de pagar menos impuestos, sustituye o cambia las mercancías que van a ser objeto de

aforo físico por otras de menor valor, peso, cantidad o naturaleza, induciendo a engaño al funcionario aduanero. También se puede dar el caso de que se pretenda ingresar o sacar mercancías de prohibida importación o exportación, así como las sometidas a autorizaciones especiales.

m) La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte.

Comentario:

Esta figura delictiva no se encontraba tipificada como delito en la legislación aduanera anterior sin embargo de ser un hecho que ocurría y ocurre con mucha frecuencia tanto durante el almacenamiento temporal como en las operaciones de tránsito. Solo la autoridad aduanera y nadie más puede disponer la rotura de los sellos o precintos colocados en las unidades de transporte que provengan del exterior con mercancías de importación, por tanto, todo acto violatorio debe ser sancionado con la aplicación estricta de la ley. Se espera que con la aplicación de esta norma represiva al menos se logre disminuir la cantidad de ilícitos que se cometen mediante la rotura o violación de sellos o precintos de seguridad cuyo fin no es otro que el de la sustracción o el cambio y sustitución dolosa de mercancías.

- n) La ejecución de actos idóneos inequívocamente dirigidos a realizar los actos a que se refieren los literales anteriores, si estos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor.

Comentario:

Esta presunción se refiere a la tentativa, la misma que no aparecía expresamente tipificada como delito en la LOA anterior, aunque se hace referencia a ella en el artículo 352 del Código Tributario.

La razón para incluirla en el listado de presunciones radica en que el delito aduanero es considerado de actividad y queda configurado y consumado con solo iniciarlo, tiene la característica de ser instantáneo, por tanto se lo asimila al delito consumado.

Se perfecciona con la sola realización de actos idóneos que conduzcan inequívocamente al cometimiento del delito. Por ejemplo, cuando una nave cruza la frontera marítima nacional con la intención de eludir el control aduanero pretendiendo ingresar clandestinamente mercancías extranjeras por una playa o puerto no habilitado y es sorprendida en alta mar por la autoridad aduanera, ha realizado todos los actos idóneos que conducen inequívocamente a la realización del delito aduanero, aunque el desembarco físico en tierra firme no se haya producido.

4.3 La Sanción Penal

Carlos Giuliani Fonrouge refiriéndose a la sanción penal dice: “Las penalidades aduaneras son represivas, aflictivas, sancionadoras, de índole penal”.³²

Raúl Varela manifiesta que: “La penalidad en materia aduanera reviste un carácter peculiar, ya que sin perder su condición represiva y ejemplarizadora, se transforma en resarcitoria al permitir la indemnización del daño causado y aun hasta posible”.³³

Coincidiendo con el criterio de varios tratadistas del derecho penal aduanero, manifestamos que la naturaleza jurídica de la sanción aduanera es de carácter penal y administrativa con efectos económicos.

Es de naturaleza penal y personal la prisión que busca infligir un dolor espiritual al delincuente, y que por tal motivo merezca el reproche de la sociedad; y, la multa, que busca el resarcimiento del perjuicio causado al fisco y una disminución en el patrimonio del infractor.

Es de naturaleza administrativa con carácter impersonal y real el decomiso, que constituye la pérdida de la propiedad sobre las mercancías, los medios que sirvieron para cometer el delito, inclusive los medios de transporte cuando son de

³² Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Depalma, 1962, t.II, p. 559.

propiedad del autor o cómplice del delito, que pasan a poder del Estado, siendo su fin castigar el patrimonio del delincuente.

La actual LOA en su artículo 89 establece las sanciones para el delito aduanero con carácter de acumulativas, cualquiera que sea el valor de las mercancías, sin consideración alguna a la cuantía de los tributos que se pretendieron evadir, o sea, lo contrario a la ley anterior en la que las penas de prisión y multa se regulaban en relación principalmente de los tributos evadidos o que se pretendían evadir.

Las penas que la LOA ha previsto para el delito aduanero son:

- a) Prisión de dos a cinco años;
- b) Decomiso de las mercancías materia del delito y de los objetos utilizados para su cometimiento, inclusive los medios de transporte, siempre que sean de propiedad del autor o cómplice de la infracción; y,
- c) Multa equivalente al valor en aduana de las mercancías objeto del delito.

La ley anterior establecía como pena para el delito de contrabando la prisión de un mes hasta cinco años dependiendo de la cuantía de los tributos evadidos o que se pretendieron evadir, para lo cual se distinguían cuatro escalas de prisión: 1) tres a cinco años, cuando la cuantía de los derechos pasaban de quinientos mil sucres; 2) dos a cuatro años, cuando la cuantía de los derechos era de doscientos mil hasta quinientos mil cien; 3) uno a dos años, cuando la cuantía de los derechos era de

³³ Raúl Varela, *Cuestiones de Derecho Aduanero*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Pannedille,

cien mil hasta doscientos mil sucres; y, 4) Prisión de un mes hasta un año, cuando la cuantía de los derechos era inferior a cien mil sucres.

Para la defraudación no corrían las penas de prisión, siendo aplicables únicamente las penas de multa de acuerdo a los derechos evadidos o que se pretendieron evadir y el decomiso. Para el caso de defraudación agravada de acuerdo al artículo 384 del Código Tributario, cuando se la comete con la complicidad de los funcionarios públicos, se establecía para éstos la pena de prisión de dos a seis meses a más de la suspensión o destitución del cargo, según el caso.

La nueva LOA ha endurecido las penas de prisión y los accesorios para el delito aduanero y el delito agravado, con un mínimo de dos años y un máximo de cinco, que como ya se ha manifestado comprende tanto los actos de contrabando y fraude que se hallaban separados y con distinto tratamiento en la anterior ley.

En cuanto a la sanción de decomiso se mantiene igual sin ninguna modificación.

En cuanto a la sanción pecuniaria que actualmente se aplica en relación al valor de las mercancías materia del delito, cualquiera que sea la cuantía de los derechos evadidos o que se pretendieron evadir, resulta más drástica, real, objetiva y práctica, si tomamos en consideración que los derechos de aduana se han reducido substancialmente, resultando más grave para el delincuente pagar la multa por la

totalidad del valor en aduana de las mercancías en lugar de los derechos evadidos o que se pretendieron evadir.

En todo caso conviene aclarar que las penas establecidas se aplican sin perjuicio del cobro de los tributos respectivos.

Resulta necesario resaltar como aspecto novedoso de la actual ley, el hecho de que tratándose de mercancías de prohibida importación que han sido objeto de delito, se da la facultad al juez para que disponga el reembarque de las mismas a costa del encausado dentro de los quince días de producido el hecho; es decir, se está librando al delincuente del decomiso de las mercancías, lo que indudablemente constituye un premio por su actitud.

Esta disposición que consta en el penúltimo inciso del artículo 89 de la LOA, no está clara y da lugar a confusión. En efecto, no se hace una distinción en el sentido de que si las mercancías aprehendidas han ingresado ilegal y clandestinamente al país o han ingresado por la zona primaria bajo control y potestad aduanera. Tratándose del primer caso, no habría lugar al reembarque, por la forma en que se realizó el acto delictivo y sería igual al caso de aprehensión de mercancía de permitida importación y más aun cabe preguntarse que pasaría si en una aprehensión de la misma naturaleza se encontrara mercancías de permitida y de prohibida importación, significaría de acuerdo a la norma que las de permitido ingreso serían decomisadas y las de prohibida importación serían

reembarcadas, lo cual constituye un absurdo y un gravísimo error jurídico, de llegar a ocurrir.

Lo que si cabría y así debería decir expresamente en el artículo analizado, es que cuando las mercancías de prohibida importación han ingresado al país por la zona primaria bajo control aduanero y comprobada la buena fe del importador, estas podrán ser reembarcadas, lo cual es correcto y comprensible tomando en cuenta las distintas situaciones que se pueden presentar en el despacho de las mercancías por el proveedor extranjero o embarcador. Además se debería considerar que las prohibiciones no solo se dan por motivos económicos, sino también por motivos de seguridad, salud, moral, etc.

Tratándose de mercancías de prohibida exportación que han sido objeto de aprehensión se dispone, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, la devolución al propietario, por lo que caben las mismas consideraciones expuestas.

Queda la duda en cuanto a que si producidos estos hechos, una vez que las mercancías han sido reembarcadas o devueltas a su propietario, el juicio continuará y si se aplicarán las penas de prisión y multa a los infractores.

Debe presumirse que para llevar adelante estas modificaciones se deben haber tomado en cuenta otros aspectos que los puramente represivos, a fin de no conducir a la quiebra a las empresas y que no se produzcan efectos de índole

social como sería el desempleo o que los costos de las penas no se trasladen al consumidor.

Las expectativas por lo que sucederá en el futuro sobre la aplicación de las penas y la nueva tipificación del delito aduanero para la represión y juzgamiento de los delincuentes aduaneros es aun incierta. Serán positivos los cambios introducidos si las funciones de control se llevan con eficacia y transparencia y si los órganos judiciales actúan con verticalidad sin injerencia política o compromisos económicos, caso contrario, ocurrirá lo que hasta ahora viene aconteciendo, se escandaliza sensacionalmente por el descubrimiento de ilícitos aduaneros pero su sanción y procesamiento de detenidos son intrascendentes.

4.4 La Extinción de la Acción Penal

A más de los modos generales de extinción de la acción penal aduanera contenidos en el artículo 364 del Código Tributario, la LOA vigente introduce en su artículo 91 una novedosa forma de extinción de la acción penal que resulta confusa, injusta y hasta inconstitucional.

Por esta disposición la ley faculta al propietario de las mercancías (autor del delito aduanero) a que previo el pago de una multa equivalente al doble del valor en aduana de las mercancías materia del ilícito, las pueda liberar y por efecto de este pago se extinga la acción penal en su contra.

Lo injusto, inconstitucional y violatorio de principios penales de orden universal de esta norma se la encuentra en el hecho de que la acción penal se extingue una vez pagada la multa y los tributos únicamente respecto del propietario de las mercancías que vendría a ser el autor del delito más no para los cómplices y encubridores, para quienes la acción penal deberá continuar. La norma comentada estaría afectando el principio de igualdad establecido en el artículo 19, numeral 5 de la Constitución que en su primer inciso dice: “Se prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social **o posición económica** o nacimiento”.

En efecto, si bien es verdad que por esta disposición legal se trata de infligir una fuerte multa y con ello castigar el patrimonio del autor, librándole de las penas de prisión y decomiso, también es cierto que se está favoreciendo al delincuente que por su posición económica está en condiciones de pagar la multa, mientras que, se discrimina al resto de infractores calificados de cómplices y encubridores, que en algunos casos son personas humildes de escasos recursos y por ende de distinta posición económica del autor, que en la casi generalidad de casos participan o coadyuvan por necesidad en la realización del hecho punible, siendo de justicia que la acción se extinga para ellos, teniendo en consideración además que ha desaparecido el cuerpo del delito al haberse devuelto las mercancías al autor del delito y, porque ya no existe perjuicio fiscal al haberse extinguido la obligación tributaria por el pago de los tributos, condición indispensable para que opere y surta efecto el pago de la multa.

Lo justo sería que la multa se la pague solidariamente entre los infractores, tomando en cuenta su grado de participación en el ilícito, o en su defecto ésta sea en menor proporción para los cómplices y encubridores.

La disposición legal exceptúa la aplicación del pago de la multa para extinguir la acción penal tratándose de los casos de reincidencia y participación en el delito de funcionarios o empleados del Servicio Aduanero, lo cual está correcto, en el primer caso por constituir una agravante y en segundo para precautelar el principio de fidelidad que el empleado público debe al Estado que ha confiado en ellos en el ejercicio honesto de la función pública.

El artículo 91 continúa prescribiendo que el juez declarará el sobreseimiento definitivo del propietario que solicitó el pago de la multa y la satisfizo. Esta disposición en la práctica resulta confusa e inaplicable por cuanto el Código Tributario establece un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos aduaneros en el que no se ha previsto el sobreseimiento definitivo ni el provisional, así como tampoco las etapas del proceso penal común y la nueva ley de aduanas no dice nada respecto de la forma como se los ha de dictar. Si se pretende aplicar el Código de Procedimiento Penal en forma supletoria como lo dispone el artículo 393 del Código Tributario daría lugar a muchas dudas y confusiones, como es el caso de la interposición de recursos y sus efectos, en que no se sabría ante que autoridad superior habría de proponerlos ni bajo que presupuestos, etc.

En base a las observaciones relatadas, sería conveniente que se proponga una reforma a la LOA y al Código Tributario a fin de subsanar los vacíos existentes y no dejar en la obscuridad y duda la aplicación de las normas jurídicas en perjuicio de un ágil y eficaz sistema de juzgamiento.

4.5 La Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

El artículo 393 del Código Tributario dice que la jurisdicción penal tributaria es la potestad pública de juzgar privativamente las infracciones tributarias y hacer ejecutar lo juzgado, que dicho procedimiento se sujetará a las normas del indicado cuerpo legal y solo supletoriamente a las del Código de Procedimiento Penal.

Los artículos 394 y 397 del referido Código, reformado por la actual LOA, manifestaban que ejercían jurisdicción penal tributaria en materia aduanera los Administradores de Aduana, los Jueces Regionales de Aduana y el Tribunal Fiscal. Esta estructura de la jurisdicción y competencia penal aduanera cambió substancialmente, primero con la eliminación del Tribunal Fiscal, sustituido por los Tribunales Fiscales Distritales, que pasaron a depender de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la reforma a la Constitución Política y, luego con la expedición de la nueva LOA, la cual eliminó la facultad de los Administradores para instruir sumarios por delitos aduaneros y el reemplazo de los Jueces Regionales de Aduanas por los Jueces Fiscales, dependientes de la Función Judicial, a los cuales se otorgó la competencia para iniciar los sumarios y dictar sentencia.

Estos cambios resultaban imperativos en vista de los obstáculos e inconvenientes que se presentaban en la administración de justicia penal aduanera, duramente cuestionada debido a la desorganización, politización e ineficacia en que se desenvolvía, cuyas autoridades dependían orgánicamente del Ministerio de Finanzas, y mantenían una total independencia de la Función Judicial, lo cual vulneraba la corrección y legalidad de procedimientos, en perjuicio del Estado, cuyos esfuerzos quedaban burlados por la expedición de resoluciones administrativas y autos resolutorios ilegales en la mayoría de los casos acomodados a los intereses de los infractores.

Sin embargo de las modificaciones introducidas aun falta mucho por hacerse en materia de reformas al Código Tributario como a la LOA, al primero en lo que se refiere a los asuntos de procedimiento del proceso penal aduanero y a la segunda en relación con algunos preceptos confusos e inconstitucionales que ya fueron comentados.

4.5.1 El Administrador de Aduanas

El numeral 6 del artículo 147 de la derogada LOA, establecía en materia de competencia que correspondía al Administrador de Aduanas instruir los sumarios por delitos aduaneros y la obligación de remitirlos al Juzgado Regional respectivo para su correspondiente sentencia o resolución. Igualmente, el reformado artículo 395 del Código Tributario disponía que el Administrador de Aduanas sea juez

instructor de los sumarios que correspondan por delitos aduaneros cometidos dentro de su jurisdicción.

Esta organización persistió por casi tres décadas dando lugar a serios tropiezos en la administración de justicia penal aduanera que bien merece comentarlos:

1. Los Administradores de Aduanas, en cumplimiento de los preceptos legales de los artículos 405 y 413 del Código Tributario, en determinados casos y antes de instruir el sumario de ley disponían la realización de una investigación previa pre-procesal con el objeto de examinar si los hechos llegados a su conocimiento como constitutivos de delito aduanero eran o no punibles.

El problema se centra en el hecho de que el Código Tributario ordena que esta investigación debe durar dos días. En la práctica, este plazo nunca se cumplía y las investigaciones duraban meses y hasta años para su resolución y se convertían en verdaderos sumarios administrativos en los cuales se practicaban diligencias que solo podían ordenarse en el autocabeza de proceso y practicadas en el sumario que es la verdadera etapa investigativa como son la declaración indagatoria, la presentación de pruebas escritas y su reconocimiento judicial, inspecciones a locales y libros contables, etc., luego de lo cual se dictaba la resolución declarando que no se ha cometido ningún delito y como consecuencia se ordenaba la devolución de las mercancías aprehendidas o bien se dictaba el auto cabeza de proceso para dar recién inicio al juicio penal, decretando el decomiso provisional.

Esta situación dio lugar al mal uso y abuso de la investigación por parte de la autoridad administrativa con graves perjuicios tanto para el fisco cuanto para el propietario de las mercancías, ya que un gran porcentaje de las aprehensiones constitutivas de flagrantes delitos aduaneros, se diluían en la etapa investigativa, mediante resolución dictada por el Administrador en la cual se concluía que no se ha cometido ningún delito y se ordenaba la devolución de las mercancías, con lo que quedaba burlada la acción represiva del Estado, siendo realmente mínimos los casos en que se dictaba el autocabeza de proceso y se remitían los juicios al Juzgado Regional. Por otro lado, cuando las mercancías eran devueltas al propietario, después de algún tiempo de la aprehensión, éstas se habían deteriorado, desaparecido o sencillamente su valor se había reducido por efectos de la inflación o por otros motivos.

Como la obligatoriedad de la realización de la investigación previa por parte del juez instructor no ha desaparecido y actualmente le corresponde efectuarla al Juez Fiscal, sería conveniente sugerir una reforma al Código Tributario a efecto de que esta investigación sea eliminada o bien su plazo de duración se amplíe a por lo menos ocho días hasta un límite de treinta, debiendo ser la misma debidamente reglamentada. También sería conveniente, a fin de garantizar el debido proceso, que se instituya el recurso de apelación de esta resolución ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal o que por lo menos suba en consulta al mismo Organismo Jurisdiccional cuando se ordene la devolución de las mercancías.

2. Los Administradores de Aduanas, resultaban ser en ocasiones juez de sus propios actos y mal podían sindicarse ellos mismos o sindicarse a los funcionarios de su confianza cuando resultaban ser autores, cómplices o encubridores de algún ilícito, motivo por el cual, muchos delitos quedaban en la impunidad.

Por las razones expuestas, las reformas introducidas otorgando la competencia para juzgar los delitos aduaneros a la Función Judicial son perfectamente válidas. Ahora, el Administrador ha dejado de ser juez instructor y pasa a ser parte procesal para que defienda los intereses fiscales. Su obligación se limita actualmente a comunicar al Juez Fiscal competente los hechos constitutivos de delito, para que éste inicie el sumario y expida la sentencia correspondiente.

4.5.2 El Juez Fiscal

La LOA derogada en sus artículos 142,143 y 144, regulaba los aspectos de constitución y sede, jurisdicción y competencia, de los Juzgados Regionales de Aduanas, los mismos que eran dependientes de la Función Ejecutiva, siendo eliminados por la actual ley que los sustituye por los Juzgados Fiscales, dependientes de la Función Judicial, con la misma sede y jurisdicción de los Tribunales Distritales Fiscales, según lo dispone la disposición transitoria tercera de la nueva LOA.

Correspondía a los Jueces Regionales de Aduana, resolver en primera instancia, los juicios que por infracciones aduaneras hubieren instruido los Administradores

de Aduana de su jurisdicción y, además, resolver en última instancia administrativa, las apelaciones de los interesados y contribuyentes, en los reclamos administrativos sobre aforo, indebida o errónea aplicación de las Leyes y Reglamentos Aduaneros y de los Convenios Internacionales.

Los Administradores de Aduanas, como ya se manifestó, por la entrada en vigor de la nueva Ley, pierden la competencia para instruir los sumarios por delitos aduaneros, la misma que pasa a radicar en los Jueces Fiscales, conservando la facultad para resolver reclamos administrativos y para juzgar y resolver las infracciones tipificadas como contravenciones y faltas reglamentarias.

Por las reformas introducidas, al haberse eliminado el recurso de apelación por reclamos administrativos aduaneros, el Juez Fiscal, ha perdido competencia para conocer en apelación las reclamaciones por las resoluciones dictadas por el Administrador de Aduanas, las mismas que ponen término a la fase administrativa, siendo susceptibles de los recursos de reposición y de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar.

Sin embargo de que la LOA vigente en la ya citada disposición transitoria tercera, dispone que en el plazo de noventa días, la Función Judicial organizará los juzgados fiscales, esto no ha sucedido a pesar de haber transcurrido más de un año de la vigencia de la misma, lo cual sin lugar a dudas está acarreado conflictos y mantiene paralizada a la administración de la justicia penal aduanera, sin que se puedan iniciar procesos por delitos ni concluir los que se encuentran en trámite

por cuanto la jurisdicción y la competencia no ha sido prorrogada y nada dice al respecto la nueva LOA, por tanto, mal haría el juez regional al entrar a conocer o continuar tramitando causas penales a sabiendas de que carece de facultad legal para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que solo nace de la ley y, en el caso presente ha sido eliminada.

Por lo expuesto, es necesario que la Corte Suprema de Justicia implemente con la urgencia debida los juzgados fiscales o en su defecto, el Congreso Nacional, efectúe una reforma inmediata a la LOA devolviendo la jurisdicción y competencia a los juzgados regionales, a fin de que no se paralice la administración de justicia, que resulta nefasto frente a los graves perjuicios que se pueden ocasionar al fisco y al procesado, al primero por las consecuencias jurídicas derivadas de la prescripción de la acción penal; y, al segundo, por el perjuicio económico en caso de hacerse acreedor a una sentencia absolutoria.

4.5.3 El Tribunal Distrital de lo Fiscal

El Tribunal Distrital de lo Fiscal, que reemplazó al Tribunal Fiscal, es el órgano judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, al que corresponde conocer en segunda instancia los juicios penales aduaneros iniciados por los jueces fiscales de su respectiva jurisdicción, según se desprende de las disposiciones legales de los artículos 92 de la actual LOA y 394 reformado del Código Tributario.

El Tribunal Distrital Fiscal, es competente para conocer en materia aduanera de los recursos de apelación y de nulidad de la sentencia de primera instancia dictada por los jueces fiscales en los casos contemplados en los artículos 422 y 423 del Código Tributario. También es competente para conocer las consultas que eleve el juez fiscal en el caso del artículo 424 del mismo cuerpo legal.

El artículo 430 del mismo cuerpo legal en su inciso segundo dispone que la sentencia de segunda instancia será definitiva y no se admitirá recurso alguno. Se entiende que este inciso ha sido reformado tácitamente por la Ley de Casación que instituye el recurso de casación para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.

4.5.4 La Corte Suprema de Justicia

Mediante las reformas introducidas a la Constitución Política mediante las cuales se crea las Salas Especializadas, entre ellas la Sala de lo Fiscal y la expedición de la Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial Nro. 192 de 18 de Mayo de 1993, se instituye el Recurso de Casación que involucra a la materia aduanera, según se desprende de su artículo primero que dice: “COMPETENCIA.- El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como tribunal de casación **en todas las materias**, a través de sus salas especializadas, cualquiera que sea el grado del juez o tribunal en que haya quedado ejecutoriada la sentencia o auto recurridos”.

Igualmente, el literal a) del artículo 2 de la referida ley establece que procede el recurso de casación de “las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos dictados por las cortes superiores, **los tribunales distritales** u otros tribunales de apelación”.

El texto de las dos disposiciones legales citadas es sumamente claro, por tanto, no cabe duda que el recurso de casación en materia penal aduanera es perfectamente aplicable y así lo ha declarado y aceptado la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos que han subido a su conocimiento y de las entrevistas y consultas efectuadas tanto en el Tribunal Distrital de lo Fiscal como en la Corte Suprema.

El recurso de casación que se hallaba previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario, (artículos 328 a 335) y que fue derogado por la Ley de Casación, no era aplicable a la materia penal aduanera por no estar expresamente previsto y, así lo confirmaba el inciso segundo del artículo 430 del Código Tributario que prescribía que la sentencia de segunda instancia era definitiva y no se admitirá recurso alguno, pero, este inciso ha dejado de tener vigencia por lo preceptuado en la referida Ley de Casación, que como ya se manifestó lo admite en todos las materias y específicamente de las sentencias y autos que pongan fin a los procesos dictados por los tribunales distritales.

CAPITULO QUINTO

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE LOS PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEGISLACION ADUANERA ECUATORIANA EN RELACION A LA LEGISLACION ADUANERA DE CHILE, PERU Y COLOMBIA

El propósito que conlleva este capítulo, no es otro que el de tener un conocimiento y apreciación de lo que en materia de modernización aduanera se ha efectuado en Chile, Perú y Colombia, por tratarse de países con realidades más o menos similares a la nuestra.

Para el efecto, debido a lo extenso de la materia, se seleccionó algunos aspectos de la modernización, en los tres campos en que se centró el estudio en la legislación aduanera ecuatoriana, es decir, en lo institucional en cuanto se relaciona a la organización y estructura de los servicios aduaneros, en los procedimientos y en lo penal aduanero.

5.1 Con Chile

La Legislación Aduanera Chilena se encuentra contenida en la Ordenanza de Aduanas expedida mediante Decreto con Fuerza de Ley Nro. 30, publicado en el Diario Oficial de 13 de Abril de 1983. Este Decreto ha sido modificado en varias

oportunidades, siendo la última reforma la llevada a cabo por la Ley Nro. 19.155, publicada en el Diario Oficial de 13 de agosto de 1992.

En este texto se encuentran las normas relativas al procedimiento que deberá seguir el Servicio Nacional de Aduanas, para cumplir la función fiscalizadora y de control del comercio exterior que le asigna la ley. Este Servicio Público depende del Poder Ejecutivo pues es ejercido a través del Ministerio de Hacienda.

A continuación señalo las principales disposiciones legales del referido Decreto reformado, a fin de hacer una relación del funcionamiento del Servicio Aduanero Chileno, con el modelo ecuatoriano, en lo referente a lo institucional, a los procedimientos administrativos y a la jurisdicción penal aduanera.

En lo Institucional

El Servicio Aduanero

El Servicio Aduanero en la República de Chile, al igual que en el Ecuador, se encuentra concebido como un servicio público, de administración autónoma y con personería jurídica propia, dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda. Al Servicio se lo denomina como “Institución Fiscalizadora”, su sede se encuentra en la ciudad de Valparaíso, puerto principal de Chile, al igual que en nuestro País, en el que su sede principal se encuentra en la ciudad de Guayaquil, primer puerto nacional.

En cuanto a la función principal que cumple este Servicio es igual al nuestro y no es otro que el de vigilar y fiscalizar el paso de las mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos (zona primaria y secundaria); intervenir en el tráfico internacional para efectos de la recaudación de los impuestos a la importación y exportación; y, de generar las estadísticas de este tráfico, sin perjuicio a las demás funciones (ref. artículo 1 de la Ordenanza de Aduanas).

El orden jerárquico del Servicio Aduanero Chileno comprende:

1. El Presidente de la República
2. El Ministro de Hacienda
3. El Director Nacional de Aduanas
4. Los Directores Regionales
5. Los Administradores de Aduanas
6. La Junta Nacional de Aduanas
7. Los Tribunales Aduaneros

Del texto de la Ordenanza aparece que el Servicio Aduanero de Chile, no cuenta con un cuerpo Policial Aduanero, pero en cambio posee un Cuerpo de Investigaciones para asuntos especiales; y, además cuenta con la colaboración del Cuerpo de Carabineros.

Merece recordar que la estructura del Servicio Aduanero Ecuatoriano es la siguiente:

1. El Presidente de la República
2. El Ministerio de Finanzas y Crédito Público
3. El Subsecretario de Aduanas
4. El Director Nacional de Aduanas
5. Los Administradores de Aduanas
6. El Servicio de Vigilancia Aduanera

Además es parte del Servicio el Comité Técnico Aduanero, que es un órgano permanente de consulta.

La LOA ecuatoriana, al referirse a la estructura, organización y funciones del Servicio Aduanero lo hace de una manera ordenada, precisa y detallada (Artículos 65 a 78), al contrario la Ordenanza Chilena no define su estructura y organización con precisión y, se va refiriendo a ella a lo largo de su texto, sin que exista una norma expresa, dejando más bien que sea la reglamentación la que se ocupe de detallar el esquema organizativo del sistema.

En los Procedimientos Administrativos

El Hecho Generador y sus Efectos Jurídicos

La Ordenanza de Aduanas de Chile no indica expresamente como lo hace la LOA ecuatoriana el momento en que se realiza el hecho generador, sin embargo del texto del artículo 91 de la ordenanza se desprende que el hecho fáctico se produce por el paso de las mercancías por los límites del territorio chileno, en efecto, el mentado artículo 91 dice: “Se entiende por destinación aduanera la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que, expresada en la forma prescrita en el presente título, indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que pase o haga pasar a través de los límites del territorio nacional”.³⁴

La LOA del Ecuador es más precisa y en ella claramente se indica que el hecho generador se produce por la presentación de la declaración a consumo y como consecuencia de ello se produce el nacimiento de la obligación tributaria y sus efectos de pago y despacho. Además, nuestra LOA dejó de lado el criterio del paso de las mercancías por la frontera como condición para que se realice el hecho imponible, condición que la legislación chilena conserva.

³⁴ Ordenanza de Aduanas de la República de Chile del 13 de Agosto de 1992.

La Declaración y la Autoliquidación

La legislación aduanera chilena tratándose de los procedimientos para el despacho de las mercancías mantiene vigente procesos similares a los que existían en nuestra LOA anterior, con ligeras modificaciones.

La Ordenanza de Aduanas no hace ninguna referencia a la posibilidad de presentar la declaración con anticipación a la llegada o salida de las mercancías al o del país, con la autoliquidación de la obligación tributaria aduanera, como lo hace la ley ecuatoriana.

Las formalidades exigibles establecen que una vez presentada la declaración y aceptada por la Aduana, se procederá a su numeración, volviéndose la misma definitiva, luego de lo cual la Aduana efectuará el aforo documental o examen físico si es del caso, para posteriormente realizar el cálculo de la liquidación en base a los datos consignados, con lo cual queda legalizada la declaración, luego se procede a notificar al interesado la liquidación del monto de los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que se deben pagar mediante el “Giro Comprobante de Pago”, una vez efectuado éste en las instituciones bancarias autorizadas y agotados los trámites administrativos legales, se procede a expedir la orden de retiro de las mercancías de los lugares de almacenamiento (ref. artículos 91 a 127 de la Ordenanza de Aduanas).

Como podemos observar, nuestra LOA enmarcada dentro del proceso de modernización aduanera, se ha adelantado a la legislación chilena en el aspecto comentado, la misma que continúa efectuando el control de los procedimientos aduaneros con rigor y sentido policiaco, mientras en nuestro País se ha dado apertura y confianza al contribuyente, presumiéndose que sus actos son de buena fe para con el fisco, por lo que se dio paso a la aceptación de la declaración anticipada y a la autoliquidación de la obligación tributaria aduanera, obviándose una serie de pasos intermedios que por lo menos en estas latitudes entorpecían los procedimientos y fomentaban la corrupción, aunque como ya se ha comentado, estos adelantos no constituyen una real transformación y modernización de la Aduana, pues subsisten los errores y trabas que en buena parte responden a la indebida aplicación de la ley.

El Aforo

En materia de aforo, los procedimientos observados por el Servicio Aduanero chileno y el ecuatoriano son diferentes.

El acto del aforo según la Ordenanza de Aduana es un requisito indispensable dentro del despacho aduanero y tiene que realizarse obligatoriamente después de aceptada la declaración aduanera, para dar paso al cálculo y liquidación de los tributos exigibles.

El aforo de acuerdo al artículo 108 de la Ordenanza solo puede ser efectuado por los funcionarios aduaneros especialmente facultados para ese objeto, y comprende el examen de la declaración respecto de la clasificación arancelaria, la fijación de la cuota de derechos si los hubiere, y su valuación para la aplicación de los impuestos y tasas de cualquier especie que pudieren corresponderle. Es decir, se trata de un aforo documental, o lo que es lo mismo, aforo en base a documentos; excepcionalmente, de acuerdo a las instrucciones que dicte el Director Nacional de Aduanas, se podrá disponer un examen físico de las mercancías para comprobar la efectividad de los datos contenidos en la declaración.

En la legislación nuestra en cambio, el acto del aforo físico se vuelve de excepción y únicamente debe procederse a la inspección si se activa el mecanismo de selección aleatoria, caso contrario las mercancías serán entregadas prescindiendo de él, desde luego, previamente ya se ha efectuado la comprobación documentaria o aforo en base a documentos. Sin embargo, es de lamentar que este mecanismo todavía no funciona íntegramente en todo el Ecuador y que el aforo, especialmente en los puertos, se lo continúa realizando en forma parecida a como se lo efectúa en Chile. Cabe mencionar que en el Ecuador, también existe la posibilidad de que el aforo sea realizado por el sector privado, mediante la concesión del servicio, cosa que la ordenanza de Chile no admite y expresamente manifiesta que el aforo debe ser realizado por el funcionario aduanero debidamente autorizado.

Las Concesiones al Sector Privado

La Ordenanza de Aduanas de Chile nada dice respecto de las concesiones de los servicios aduaneros al sector privado, como expresamente si lo señala la LOA del Ecuador, únicamente acepta el almacenamiento de las mercancías por los particulares al manifestar en el artículo 80 que “La instalación y explotación de recintos de depósito aduanero se entregará a particulares mediante licitación, en las condiciones que señale el reglamento”.

Inclusive de la definición del Servicio Aduanero chileno que trae el Artículo 1 de la Ordenanza, no aparece que diga que la Aduana prestará los servicios directamente o, a través de concesiones o delegación como lo manifiesta la LOA ecuatoriana en su artículo 65 y más concretamente en el Artículo 81 en el que admite que puede concesionarse al sector privado la vigilancia, el aforo, el almacenamiento y demás actividades.

Las Verificadoras Internacionales

En Chile, al igual que en el Ecuador, operan las verificadoras internacionales con la finalidad de certificar en el puerto de embarque el valor, cantidad, naturaleza, peso, origen, etc., de las mercancías que se van a importar.

Se conoce que el sistema de verificación en Chile es muy eficaz, mientras que en el Ecuador el éxito de estas empresas es relativo por varias limitaciones, entre otras, de índole reglamentario y organización.

En la Estructura de la Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

Tipicidad y Sanción

La Ordenanza de Aduanas de Chile en su artículo 176 dispone que las infracciones aduaneras pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de los delitos de fraude y contrabando.

Las infracciones **reglamentarias** están constituidas por la presentación de declaraciones erróneas a los manifiestos y demás documentos, así como por la violación de actos e incumplimiento de disposiciones de carácter administrativo y operacional.

Define al **fraude** como “todo acto que elude o frustra las disposiciones aduaneras con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquier forma”; y,

Al **contrabando**, como “el hecho de introducir o extraer del territorio nacional mercancías eludiendo el pago de derechos, impuestos y tasas y demás gravámenes que pudiera corresponderle o el ejercicio de la potestad que sobre ella tiene la Aduana con arreglo a esta Ordenanza y los Reglamentos. Es también contrabando

el hecho de hacer pasar mercancías extranjeras de un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país en la forma indicada anteriormente e introducir o extraer del territorio nacional mercancías cuya importación o exportación se encuentre prohibida”.

La Ordenanza, tipifica en sus artículos 185 y 187 una serie de conductas antijurídicas constitutivas de los delitos de contrabando y fraude, que se asimilan a la tipificación que contenía la derogada LOA de nuestro País.

Comparando la clasificación de las infracciones y su tipicidad entre las dos legislaciones penales aduaneras encontramos que hay diferencia. En efecto, la Ordenanza de Chile mantiene la tradicional clasificación de los delitos aduaneros en fraude y contrabando, aunque la definición de fraude no es muy clara, ya que en ella solo se indican los efectos que produce y, que vienen a ser los mismos del contrabando. También encontramos que existe alguna confusión en la tipificación de los dos delitos, puesto que actos que son constitutivos de fraude aparecen como contrabando y viceversa, tal como ocurría en la anterior Ley de Aduanas ecuatoriana.

La LOA del Ecuador en cambio, con sentido más práctico y objetivo, a pesar de que mantiene la clasificación de las infracciones en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias, eliminó la división de los delitos en defraudación y contrabando, creando un solo tipo penal llamado “delito aduanero” como ya fue comentado en el capítulo pertinente, lo cual responde a la realidad y necesidad de

evitar confusiones y dar un mismo tratamiento al defraudador y contrabandista que persiguen los mismos objetivos dolosos de perjudicar al fisco, a la economía y a la sociedad .

En cuanto a la **sanción penal**, si bien ambas legislaciones mantiene las penas de prisión, decomiso y multa, tanto para el delito aduanero en el Ecuador, como para el fraude y contrabando en Chile, varía la forma y la drasticidad con que se las aplica, principalmente las penas de prisión y multa.

Mientras la ordenanza de Chile regula con penas de presidio menor o mayor y multa de una a cinco veces en forma progresiva considerando el valor de las mercancías si ese valor excede o no de las (25) Unidades Tributarias; la LOA del Ecuador, establece las penas de prisión de dos a cinco años y multa equivalente al valor en aduana de las mercancías objeto del delito, sin ninguna otra relación o consideración. La LOA anterior por el contrario si graduaba las penas de prisión y multa de acuerdo a la cuantía de los derechos evadidos o que se pretendieron evadir.

En resumen encontramos que la legislación penal aduanera ecuatoriana ha dado avances importantes y se ha modernizado en materia de tipificación del delito y la sanción penal, en tanto que la chilena conserva una estructura parecida a la anterior LOA.

La Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

Los asuntos penales aduaneros de acuerdo a la Ordenanza de Aduanas de Chile (Artículos 195 a 222) se ventilan en los Tribunales Aduaneros, los mismos que tienen la siguiente jurisdicción y competencia:

1. Los Administradores de Aduana

- a) En única instancia cuando la liquidación de las multas o la cuantía del juicio no exceda de 2,5 Unidades Tributarias Mensuales.
- b) En primera instancia de los mismos juicios cuando la liquidación de las multas o la cuantía de ellos sea superior a la suma antes indicada y no exceda de 100 Unidades Tributarias Mensuales.
- c) En primera instancia los juicios por fraude y contrabando, cuando el valor de las mercancías no exceda de 50 Unidades Tributarias Mensuales.

2. El Director Nacional de Aduanas

- a) En segunda instancia por infracciones reglamentarias que los Administradores conocen en primera;
- b) En primera instancia de los juicios cuya cuantía exceda de 100 Unidades Tributarias Mensuales.
- c) Le corresponde conocer en consulta las sentencia de los Administradores en los casos de fraude y contrabando, cuando no son apeladas.

3. La Junta General de Aduanas

Conoce en segunda instancia de los juicios que el Director Nacional de Aduanas conoce en primera instancia.

4. La Corte de Apelaciones

Le corresponde conocer las apelaciones de las sentencias dictadas por los Administradores en el lugar que ejerza sus funciones, en los casos de fraude y contrabando.

5. Los Tribunales Ordinarios de Justicia

Les corresponde conocer de los juicios de fraude y contrabando cuando el valor de las mercancías exceda de 50 Unidades Tributarias Mensuales.

La Ordenanza dispone en el Artículo 218, que para el juzgamiento de los delitos de fraude y contrabando se deberá observar el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal, debiendo intervenir como representante del Ministerio Público el Acusador Público del Consejo de Defensa del Estado, o a falta de éste, el funcionario del Servicio de Aduanas que designe el Administrador.

Una vez que se ha hecho una revisión breve del funcionamiento de la jurisdicción y competencia en la legislación penal aduanera chilena, estamos en condiciones de establecer las diferencias que existen entre las dos legislaciones comparadas.

1. La LOA del Ecuador, establece dos Organos que ejercen jurisdicción y competencia en materia penal aduanera:

a) El Juzgado Fiscal, dependiente de la Función Judicial, le corresponde conocer en primera instancia los juicios por delito aduanero.

b) El Tribunal Distrital Fiscal, dependiente de la Función Judicial, conoce en segunda instancia por apelación y consulta de las sentencias dictadas por el Juez Fiscal.

c) La Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de la Ley de Casación, conoce del Recurso de Casación cuando ha sido interpuesto de las sentencias del Tribunal Distrital de lo Fiscal.

2. En el caso ecuatoriano, desde que entró en vigencia la nueva LOA, el Administrador de Aduana carece de jurisdicción y competencia para conocer y juzgar los casos de delito aduanero, mientras que en Chile el Administrador tiene esta facultad.

3. Los Organos que ejercen jurisdicción y competencia en materia penal aduanera en el Ecuador, de acuerdo a la actual LOA, son dependientes de la función judicial, sin injerencia del ejecutivo; en Chile observamos que se mantiene una estructura mixta, es decir, intervienen autoridades administrativas dependientes del Ministerio de Hacienda y autoridades judiciales, bajo control de la Función Judicial.

4. En el Ecuador, para el juzgamiento del delito aduanero debe observarse el procedimiento establecido en el Código Tributario y solo supletoriamente el Código de Procedimiento Penal, en cambio que en Chile, rigen las normas del Código de Procedimiento Penal.

5. El Acusador Público en el Ecuador, es un representante del Ministerio Fiscal, en Chile, lo es el Acusador Público del Consejo de Defensa del Estado.

5.2 Con Perú

Perú cuenta con una legislación aduanera moderna tendiente a racionalizar y simplificar los procedimientos aduaneros, a partir de la promulgación y publicación de la nueva Ley General de Aduanas y su Reglamento, mediante Decreto Legislativo Nro. 722 del 11 de noviembre de 1991 y Decreto Supremo 058, publicados en el Diario Oficial el 28 de marzo de 1992 y más modificaciones

realizadas, principalmente las constantes en el Decreto Ley 26014 de 12 de diciembre de 1992.³⁵

A continuación una relación de los principales cambios introducidos en esta legislación en comparación con la ecuatoriana.

En lo Institucional

El Servicio Aduanero

Del contenido del artículo primero de la Ley General de Aduanas del Perú, se desprende que la Aduana, al igual que en los casos chileno y ecuatoriano, es el organismo encargado de intervenir en el tráfico internacional de mercancías, vigilando su paso a través de las fronteras aduaneras; aplicando las normas sobre comercio exterior, en especial, la relativa a la importación, exportación y demás regímenes aduaneros, determinando el valor imponible de la mercancía de conformidad con las normas de valoración, clasificación arancelaria y recaudando los gravámenes que los afectan, aplicando y controlando las exenciones y franquicias que los benefician, formulando las estadísticas; previniendo y reprimiendo las infracciones aduaneras, así como la defraudación de rentas de aduana y del contrabando y el tráfico ilícito de bienes; y, cumpliendo en síntesis todas las funciones de administración, fiscalización y control.

³⁵ Ley General de Aduanas de la República de Perú de Diciembre de 1992 con sus modificaciones.

Al igual que en Ecuador y en Chile, la Aduana peruana se encuentra concebida como un Servicio Aduanero, aunque con una estructura más simplificada. Se encuentra integrada de la siguiente manera:

- a) La Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD), representada por el Superintendente Nacional de Aduanas, que actúa como órgano rector y normativo, y al que además le corresponde la creación de las Aduanas y Puestos de Control, así como su cierre temporal o definitivo, fusión o traslado de los mismos de acuerdo a las necesidades del servicio; y,
- b) Las Aduanas de la República, bajo la dirección, supervisión, control y responsabilidad de sus Administradores, que actúan como órganos rectores, siendo competentes para conocer y resolver en primera instancia las operaciones aduaneras y sus consecuencias técnicas, administrativas y contables, en las zonas primarias y secundarias de su jurisdicción.

El Servicio Aduanero peruano ejerce la función de Policía Aduanera, a través de la Policía Fiscal que actúa como órgano auxiliar encargado de efectuar las investigaciones y pesquisas que le encomiende la Superintendencia Nacional de Aduanas, en la zona primaria, la misma que debe dar cuenta del resultado de sus investigaciones y pesquisas, solicitadas por Aduanas. Está prohibido a la Policía Fiscal asumir las funciones de acotación, recaudación y demás atribuciones privativas de la Superintendencia Nacional de Aduanas (Art. 10 de la Ley

General de Aduanas). En el Ecuador, también existe el Servicio de Vigilancia Aduanero como cuerpo armado auxiliar de la Dirección General de Aduanas, encargado de la prevención y represión del delito aduanero.

En los Procedimientos Administrativos

El Hecho Generador y sus Efectos Jurídicos

La legislación aduanera peruana no indica expresamente como lo hace la LOA ecuatoriana el momento en que se realiza el hecho generador de la obligación tributaria aduanera, la cual señala que éste se realiza por la presentación de la declaración a consumo, mientras que la obligación tributaria nace en el momento de la aceptación de la declaración. La Ley General de Aduanas del Perú se limita a indicar directamente en el artículo 11 que el nacimiento de la obligación tributaria se origina: a) en la importación, en la fecha de numeración de la declaración; b) en la exportación, en la fecha de término del embarque, excepto en el tráfico postal en que la obligación se origina en la fecha de numeración de la declaración; c) en el traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común, al momento de solicitar la declaración de traslado.

La Declaración Aduanera y la Autoliquidación

La legislación aduanera del Perú mantiene similares disposiciones legales que la LOA del Ecuador respecto a la destinación aduanera mediante la presentación de

la declaración aduanera y a la autoliquidación por parte del sujeto pasivo. Existe diferencia en cuanto a los plazos de presentación de la declaración, siendo en el Perú de 30 días a partir de la llegada de las mercancías y no admite la presentación de la declaración anticipadamente a la llegada de las mismas como sucede en el Ecuador en que la declaración se puede presentar en las importaciones desde siete días antes, hasta quince días hábiles siguientes a la llegada de las mismas; y, en las exportaciones desde siete días antes hasta quince días hábiles siguientes a la fecha de ingreso de las mercancías a la zona primaria (artículos 72 de la ley peruana y 53 de la ley ecuatoriana).

También es diferente en los dos países el momento de la exigibilidad de pago del pago de los impuestos, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 19 de la ley peruana y 11 de la ley ecuatoriana. En cuanto a los impuestos a las exportaciones ambos países las mantienen exentas como una medida para fomentarlas.

El Aforo

En materia de aforo el procedimiento adoptado por los dos países coincide en algunos aspectos y difiere en otros. La Ley peruana establece expresamente el aforo documental, manifestando en su artículo 86 que: “El aforo de las mercancías será exclusivamente documentario y será efectuado por el técnico aduanero designado en función de los datos consignados en las declaraciones y sus documentos adjuntos”. Este artículo es aclarado por el artículo 117 del Reglamento a la Ley que dice: “El aforo documentario, es el sistema que permite

a la autoridad aduanera autorizar el levante (entrega) de las mercancías, con la solo revisión de la declaración de importación y documentos pertinentes y hoja de autoliquidación debidamente cancelada”. En la LOA ecuatoriana y su Reglamento no aparece que se hable de manera expresa del aforo documentario, limitándose a señalar únicamente del aforo físico que puede ser de oficio o aleatorio; pero se sobreentiende que al llevarse a efecto la comprobación y revisión de la declaración y la autoliquidación antes de someterse al mecanismo de selección aleatoria se produce tácitamente un real aforo documentario, puesto que en caso de encontrarse diferencias no se autorizaría el siguiente paso.

También del artículo 87 de la Ley peruana se desprende que existe el aforo físico aleatorio en un porcentaje del quince por ciento de las declaraciones presentadas luego de que se han pagado los tributos correspondientes. La LOA ecuatoriana no señala porcentajes para el aforo físico aleatorio, sino que éste se realiza en los casos de activarse el mecanismo de selección aleatoria o cuando existen presunciones de cometimiento de algún ilícito.

La Ley peruana además admite el aforo mixto, que es el sistema por el cual el declarante solicita a la Aduana el reconocimiento físico de las mercancías, después del aforo documentario.

Las Concesiones al Sector Privado

Tanto en la legislación aduanera peruana como en la ecuatoriana se admite la posibilidad de que los servicios aduaneros sean prestados por el sector privado mediante el sistema de delegación. En efecto, el artículo 254 de la Ley General de Aduanas del Perú dice: “El Estado promueve la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la delegación de funciones al sector privado. El principio de buena fe y la presunción de veracidad son la base para todo trámite administrativo de comercio exterior. Por su parte la LOA del Ecuador en el artículo 65, nos indica que el Servicio Aduanero es un servicio público que se presta directamente o por delegación o concesión.... y, más específicamente en artículo 81 inciso primero manifiesta que: “Las facultades señaladas en esta Ley a la administración pública, podrán ser desempeñadas por empresas del sector privado. Así, la vigilancia, el control, el aforo, el almacenamiento, el transporte bajo el régimen de tránsito aduanero y demás actividades correspondientes al paso de las mercancías por la frontera aduanera”.

La Ley ecuatoriana resulta más explícita al mencionar los servicios principales que pueden ser objeto de delegación o concesión, mientras que la ley peruana se refiere a la delegación de una manera general y, no indica de manera particular los servicios que pueden delegarse a la empresa privada. Inclusive, da la idea de que la Ley peruana no acepta la delegación del servicio de aforo como sí lo hace la ecuatoriana, lo cual se desprende de las varias disposiciones legales en las que se

dice que este acto administrativo tiene que ser realizado por un técnico aduanero designado con intervención del despachador de Aduana con posterioridad al pago de los derechos, antes del retiro de las mercancías y en los lugares habilitados especialmente para el efecto.

Las Verificadoras Internacionales

La Reglamentación aduanera de Perú y Ecuador, establece que las importaciones que lleguen a los territorios de los respectivos países, deben estar provistas del correspondiente certificado de inspección otorgado por una de las empresas verificadoras, que en ambos países son las mismas: Bureau Veritas (BIVAC), Cotecna Inspection, Societé Generale de Surveillance; y, Specialist Services International Limited (S.S.I).

El objetivo que se persigue en ambos países es el mismo y consiste en evitar las subfacturaciones y establecer que las mercancías correspondan al objeto de la transacción comercial, control del valor, la correcta descripción y clasificación arancelaria, y el origen de las mercancías.

Existen diferencias en cuanto al valor de las mercancías exentas del certificado de inspección, siendo más drástico en Perú donde se exige que toda mercancía que supere los dos mil dólares deben llegar provistas del certificado de inspección, mientras que en el Ecuador se exige sobre los tres mil dólares.

En la Estructura de la Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

Tipicidad y Sanción

La legislación peruana preceptúa que las infracciones aduaneras son de carácter reglamentario (infracciones administrativas) o constitutivas de los delitos de fraude y contrabando.

El artículo 308 del Reglamento a la Ley General de Aduanas dice: “Corresponde a la justicia penal ordinaria la instrucción, juzgamiento y aplicación de las sanciones por delitos aduaneros”

De acuerdo a lo que prescriben el artículo precedente y el artículo 186, podemos concluir que este cuerpo legal únicamente tipifica y sanciona aquellas conductas antijurídicas que son constitutivas de infracciones administrativas o reglamentarias, en las que el juzgador solo toma en cuenta los hechos materiales que las constituyen, y no el elemento subjetivo o intencional, lo cual aparece claramente de lo que manifiesta el artículo 185 de la misma Ley General de Aduanas, que refiriéndose a la infracción aduanera dice: “Se incurre en infracción administrativa aduanera cuando por acción u omisión, desprovista de dolo, se incumplen las disposiciones de la presente ley, su reglamento y demás normas cuya aplicación corresponde a la Aduana”, en tanto que los delitos de fraude y contrabando se hallan tipificados y sancionados por el Código Penal común.

En el Ecuador al contrario la LOA, tipifica todas las infracciones aduaneras, sean estas constitutivas de faltas reglamentarias, contravenciones o los delitos, por tanto, se encuentran fuera del derecho penal común.

Por otro lado, la tipificación que hace la Ley peruana respecto de las infracciones administrativas en sus artículos 197 y 204, comparándola con el caso ecuatoriano, encontramos que muchas de esas conductas tipificadas como simples faltas reglamentarias en el Perú, en nuestra legislación son constitutivas de delito aduanero, por lo cual se puede manifestar que la LOA del Ecuador, mantiene una mejor ordenación de las infracciones y una clara distinción de lo que es una falta reglamentaria de la casuística del delito.

En lo que se refiere a la sanción aduanera, encontramos que la Ley peruana aplica las penas de recargo, multa y comiso para las diferentes infracciones administrativas, mientras que las penas privativas de la libertad son aplicadas para los delitos de fraude y contrabando. Como ya conocemos, en el caso ecuatoriano la LOA, sanciona con multa las faltas reglamentarias y contravenciones, mientras que con decomiso y prisión los casos de delito.

En la Jurisdicción Penal Aduanera

En el ámbito de la jurisdicción penal aduanera, las legislaciones aduaneras de Perú y Ecuador, difieren substancialmente. En el Perú, la instrucción, juzgamiento y aplicación de las sanciones por delitos aduaneros, corresponde a la

justicia penal ordinaria, según lo especifica el artículo 308 del Reglamento a la Ley General de Aduanas. En el Ecuador, la administración de justicia penal aduanera de acuerdo a la nueva LOA, corresponde a los Jueces Fiscales y al Tribunal Distrital de lo Fiscal, los mismos que ejercen jurisdicción y competencia privativa en materia aduanera, independientemente de la justicia penal ordinaria.

5.3 Con Colombia

Colombia cuenta con una nueva legislación aduanera a partir del 27 de noviembre de 1992, fecha en la cual se expidió el Decreto 1909 ³⁶ que modificó substancialmente los esquemas hasta entonces vigentes en materia institucional, de procedimientos, despenalización del contrabando y otros.

La filosofía de esta nueva legislación aduanera se fundamenta en la modernización de la economía y del Estado, la cual tiene entre sus componentes básicos, una menor intervención del estado en el proceso económico, simplificación de procedimientos, trámites, autorizaciones o vistos buenos, y eliminación de obstáculos, que permitan hacer más ágil y eficiente el servicio aduanero. En síntesis brindar al sector productivo óptimas condiciones para desempeñarse y poder competir con éxito en el mercado internacional.

El proceso de modernización de la Aduana en Colombia, que se inició con antelación al ecuatoriano, ha resultado, hasta la fecha, ser más efectivo y práctico

que el nuestro, pues, han cumplido casi en su totalidad los objetivos propuestos, y hoy los colombianos cuentan con una Aduana mucho más eficiente y transparente, a diferencia de lo que sucede en la Aduana ecuatoriana, en que la mayoría de las disposiciones legales que modifican el sistema se cumplen a medias o sencillamente no se cumplen quedando los buenos propósitos, en simples enunciados de cambio.

Al igual como se procedió en los casos chileno y peruano, a continuación se realizará un breve estudio comparativo entre la legislación aduanera colombiana y la ecuatoriana, en los aspectos que se han considerado como los más importantes dentro del proceso de modernización emprendido por estos dos países.

En lo Institucional

El Servicio Aduanero

En Colombia, la Ley Nro. 6 expedida en el año de 1992, transformó la Dirección General de Aduanas en Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda, con la denominación de Dirección de Aduanas Nacionales, concebida como una entidad de carácter técnico, con mayor autonomía para el manejo administrativo y de personal.

³⁶ Ley General de Aduanas de la República de Colombia de Noviembre de 1992 con sus modificaciones.

Entre los principales objetivos de la modernización institucional en éste País, se planteó: a) contar con un cuerpo de funcionarios altamente calificados y realizar un saneamiento administrativo dentro de la misma; y, b) fortalecer la carrera aduanera y la capacitación de los funcionarios, dotándolos de una adecuada remuneración.

Es importante mencionar que en Colombia, por sobre la instancia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de la Dirección de Aduanas Nacionales, se encuentra el Consejo Superior de Comercio Exterior, como instancia última de la planeación y órgano rector de la política de comercio exterior, cuestión que no sucede en nuestro País, donde el manejo del comercio exterior es un caos, siendo varios los organismos, ministerios y entidades del sector público de donde emanan regulaciones y disposiciones, lo cual dificulta y crea conflictos en el comercio exterior; no siendo hasta recientemente que se ha empezado a desarrollar la iniciativa de crear el Ministerio de Comercio Exterior ecuatoriano, el mismo que aglutinaría y consolidaría todo este conjunto de dependencias y normas dispersas. El proyecto de Ley que tornaría en realidad esta acertada propuesta, se encuentra en el Congreso Nacional, por su trascendencia se espera que ésta reciba la atención e importancia del caso.

En Colombia también existe unidad entre las políticas y estrategias de las diferentes entidades del Estado que tiene relación con el comercio exterior, las cuales son aprobadas por el Consejo Superior, pero cada institución asume la responsabilidad por los aspectos particulares de su competencia, para

administrarlos y ejecutarlos dentro de las políticas generales definidas. La responsabilidad e iniciativa básica para desarrollar los nuevos planteamientos y las políticas para la Aduana radican en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con su orientación deben darse las reglamentaciones de la Dirección de Aduanas Nacionales.

En el Ecuador, con la creación de la Subsecretaría de Aduanas, se cuenta con un organismo rector de las políticas y estrategias aduaneras, y cabeza del proceso modernizador, el mismo que se encuentra actualmente en la fase de planificación, observándose que existe especial interés en eliminar el desorden, incoherencias, ilícitos, corrupción, politización, confusión e interposición de funciones, inobservancia de normas legales, etc., todo lo cual hace avizorar muchos obstáculos que salvar en el propósito de cumplir con los objetivos previstos.

En los Procedimientos Aduaneros

El Hecho Generador y sus Efectos Jurídicos

En la legislación aduanera de Colombia, el hecho generador que da nacimiento a la obligación tributaria aduanera está constituido por la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio nacional. La obligación aduanera comprende la presentación de la declaración, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de conservar los documentos que soporten la operación, atender las solicitudes de

información y pruebas, y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes (Decreto 1909 de 1992, artículo 2). Sin embargo, se debe tener en cuenta que hay regímenes, como los de tránsito e importación temporal, en los cuales no nace la obligación aduanera de pagar tributos por la simple introducción de mercancías al territorio nacional, sino que ésta se halla suspensa hasta que el propietario voluntariamente decida cambiar de destinación de régimen suspensivo a régimen de consumo.

La nueva LOA del Ecuador, como ya fue materia de comentario anterior adoptó una nueva posición respecto de la realización del hecho generador y su consecuencia jurídica, el nacimiento de la obligación aduanera. La LOA, no acepta que sea el simple paso de las mercancías por la frontera o la introducción física de las mismas (hecho económico) el que da origen al hecho generador de la obligación aduanera, sino que dispone que sea la presentación y aceptación de la declaración (hechos jurídicos) los que dan origen tanto al hecho generador cuanto al nacimiento de la obligación tributaria aduanera, lo cual se considera que es más acertado en vista de los derechos que tiene el importador cuando la mercancía ha llegado al país y se desconoce su voluntad de declararla o no a un régimen de consumo. En lo que respecta a los efectos posteriores al nacimiento, que son los de pago y levante (entrega) no existen diferencias entre las dos legislaciones más que el simple significado de los términos.

La Declaración y la Autoliquidación

La Aduana Colombiana confiere un tratamiento especial al proceso de nacionalización de las mercancías, lo cual no hace más que confirmar los propósitos de una real transformación y modernización de la Aduana, así tenemos:

Tratándose de la declaración y la autoliquidación de la obligación aduanera, el cambio ha sido revolucionario. Se ha implementado un procedimiento muy sencillo y además de muy ágil, en efecto, el usuario elabora la declaración autoliquidada, la presenta a un banco privado y cancela los tributos, el banco le coloca un sticker con un número y le devuelve al usuario el original de la declaración y la copia del importador; después de éste paso, se dirige a la Aduana o al depósito autorizado y le entrega a un funcionario para que la digite en el sistema de la Aduana, una vez digitada el funcionario verifica si arrojó inspección física (aforo) o levante (entrega), si arrojó inspección física le entrega al inspector para que realice la inspección y si arrojó levante, verifica que no se dé causal de rechazo, y procede a autorizar la entrega de la mercancía colocando en la declaración el número de levante que le dio el sistema y su firma con el número de identificación. En ese momento, el interesado puede proceder a retirar la mercancía del lugar donde se encuentre y a disponer de ella.

La Ley de Aduanas de Colombia además tipifica varios tipos de declaración aduanera, lo que viene a constituir otra innovación no contemplada en las

legislaciones aduaneras de nuestro País, Chile y Perú. En efecto, la Ley referida señala los siguientes tipos de declaración aduanera que puede presentar el usuario:

1. Declaración Normal
2. Declaración de Corrección
3. Declaración Anticipada
4. Declaración de Modificación
5. Declaración de Legalización

En cuanto a la declaración normal y anticipada, viene a ser la misma que utilizamos en el Ecuador. Es decir, **la normal** la presenta el usuario una vez que las mercancías han llegado al territorio nacional dentro de los plazos establecidos, en Colombia este plazo es de dos meses desde su ingreso al territorio nacional, mientras que en el Ecuador es de quince días hábiles después de la llegada al País. **La anticipada**, es aquella que presenta el usuario antes de que las mercancías lleguen al País. En Colombia, esta declaración se la puede presentar con una antelación de quince días y corre para todo tipo de mercancías. En Ecuador, se la puede presentar hasta siete días antes e igualmente corre par todo tipo de mercancías. Esta innovación en los dos países constituye, sin lugar a dudas, un gran avance en materia de agilización de trámites aduaneros. Se trata de la entrega directa al importador o declarante. Para ello basta con que se haya presentado la declaración anticipada, autoliquidada y pagado los tributos correspondientes.

El adelanto importante que lleva Colombia en relación a Ecuador, se halla en las declaraciones de corrección, modificación y la de legalización.

Mediante **la declaración de corrección**, el importador podrá corregir su declaración siempre que ésta no haya quedado firme, presentado una nueva declaración para corregir la anterior en lo referente a los tributos autoliquidados y la sanción a que haya lugar. El plazo para presentar esta declaración es de dos años y la Ley colombiana no pone límite al número de declaraciones de corrección que se pueden presentar, lo que lleva a que el importador tenga la libertad para corregir su declaración cuantas veces lo considere necesario dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración a corregir. En el Ecuador no existe la posibilidad de que el importador corrija la declaración, por cuanto cuando ésta es aceptada por la Aduana queda firme y es definitiva, lo que sí puede ocurrir es que la Aduana haciendo uso de su derecho revisor la corrija dentro de los plazos de caducidad, debiendo notificar al importador los montos que se deben pagar por efectos de la revisión.

Este tipo de declaración de corrección vigente en Colombia, representa un cambio de mentalidad en la función aduanera, con lo cual se le quita al contrabando la connotación de hecho criminal, pudiendo los contribuyentes colaborar con las autoridades aduaneras, disminuyendo para éstas la obligación de actuar como entidad policiva y represiva, además de que constituye un reconocimiento de que el importador puede actuar de buena fe frente a eventuales errores que haya cometido en la importación.

La Declaración de Modificación, es similar a la declaración por cambio de régimen especial a consumo que se utiliza en Ecuador, pero tiene su diferencia, en Colombia, además de utilizarla para pasar de un régimen especial o suspensivo a otro definitivo o de consumo, se la utiliza para cambiar una importación temporal de corto plazo a una importación temporal de largo plazo, mientras que en nuestro País para extender los plazos de una importación temporal no se exige nueva declaración, sino únicamente una solicitud de prórroga de plazo.

La Declaración de Legalización, al igual que la de corrección, como ya se dijo, constituye un gran avance en la legislación aduanera colombiana. Por esta declaración, se da la posibilidad al usuario que se encuentra fuera del margen de la ley, de legalizar voluntariamente sus mercancías introducidas ilegalmente al país y, así, evitarse consecuencias mucho más gravosas. El artículo 82 del Decreto 1909/92 dice: “La mercancía aprehendida podrá ser rescatada, mediante la presentación de la declaración de legalización, en la cual se cancele, por concepto de rescate, el cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros correspondientes...”. En Ecuador, no existe este tipo de declaración, sino que se da la oportunidad al que ha cometido delito aduanero, a que dentro del proceso penal aduanero, pueda pagar una multa equivalente al doble del valor de las mercancías objeto del ilícito con lo cual obtendría la extinción de la acción penal.

Como podemos ver, lo que la legislación aduanera colombiana persigue es evitar la iniciación de un juicio contra el infractor y los consecuentes problemas a la justicia y al delincuente, además de que pretende de que no solo los importadores sino el pueblo en general tome conciencia de lo importante que es para la economía nacional que se cumpla con el pago de los tributos aduaneros, de manera que todos los industriales y comerciantes del país compitan en iguales condiciones.

El Aforo

Tanto en la legislación aduanera de Colombia como en la de Ecuador, antes de sus reformas existía la presunción de mala fe de los usuarios; pues, la acción de control se fundamentaba en el aforo físico de las mercancías. Se pretendía verificar la totalidad de las importaciones mediante inspecciones que la administración no estaba en capacidad de realizar, perjudicando y desestimulando a quienes cumplían sus obligaciones.

En Colombia, con la implementación de su nuevo sistema se ha racionalizado y simplificado muy significativamente los regímenes aduaneros principalmente mediante la supresión de trámites y procedimientos que dificultaban el ágil despacho, eliminación de la concepción de aduanamiento y desaduanamiento físico de las mercancías, a fin de que el usuario pueda disponer de inmediato de las mercancías, mediante mecanismos ágiles, de autoliquidaciones y verificación

aleatoria, reservándose siempre la Aduana la facultad de verificación y control posterior.

Resulta lamentable que habiendo implementado ambos países en sus nuevas legislaciones sistemas similares de control y verificación de las mercancías, donde ya no encontramos de manera obligatoria las etapas de aforo y liquidación oficial de tributos que eran considerados tanto por buena parte de doctrinarios como por la legislación aduanera internacional como la esencia de la función aduanera; en Colombia, se ha cumplido integralmente la reforma llegándose incluso a aplicar el sistema de selección aleatoria para aforo físico, muy eficaz y práctico y que elimina en alto porcentaje la subfacturación y la introducción ilegal de mercancías que perjudicaban no solo a la economía del país sino también a la industria, la salud, seguridad, etc. En el Ecuador, si bien es verdad que la LOA trae revolucionarias reformas en materia de aforo, autoliquidación y otras más, en cuanto al aforo se refiere, la reforma se la cumple parcialmente, continuando vigentes los sistemas tradicionales de aforo físico, a excepción del Aeropuerto de Guayaquil y de la Aduana del Distrito de Quito, que fue la primera en modernizarse y en la que sí se aplica el sistema con buenos resultados, sin embargo, en el resto del País, por donde ingresa más del ochenta por ciento (80%) de las importaciones, no se logra complementar las nuevas modalidades de control.

Se espera que pronto en nuestro País se cumpla lo que manda la Ley y pasemos del control policivo a uno más hacendario, en donde exista una mayor

colaboración tanto de los usuarios como de los funcionarios aduaneros y se ponga en funcionamiento un sistema que es sencillo y práctico que con toda seguridad cambiará la mala imagen de la gestión aduanera para reconvertirse en un elemento dinamizador de la economía.

Las Concesiones al Sector Privado

La Legislación colombiana al igual que la ecuatoriana admite la posibilidad de que los nuevos mecanismos de control se afianzaran en una mayor participación del sector privado dentro de las operaciones aduaneras de recepción de las declaraciones y manejo de las mercancías, con el fin de lograr una especialización en el servicio, privatizando algunas operaciones que por su naturaleza algunas son inherentes a las funciones propias de la Aduana y otras no.

Las Verificadoras Internacionales

Según el artículo 61 del Decreto 1909/92, la Dirección de Aduanas Nacionales de Colombia, tiene competencia para realizar las investigaciones y hacer los controles necesarios para así asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras. Por tanto, la Dirección de Aduanas Nacionales es la única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen dentro del país.

El artículo 62 del mencionado Decreto en su literal c) faculta a la Dirección de Aduanas Nacionales a realizar las acciones necesarias para verificar la exactitud de las declaraciones y demás documentos presentados a la autoridad aduanera.

La LOA del Ecuador expresamente admite el aforo en el puerto de embarque, por lo que se faculta al Servicio Aduanero a contratar a empresas verificadoras internacionales para el control de las importaciones que llegan al país, conforme ya ha sido comentado anteriormente.

En la Estructura de la Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

Tipicidad y Sanción

En Colombia, el Decreto 1750 de 1991 reformó totalmente el régimen penal aduanero, despenalizando el contrabando que dejó de tener la categoría de delito y que pasó a ser una infracción eminentemente administrativa, con sanción económica, lo cual pretende incentivar a los usuarios del comercio exterior al pago de los tributos, dejando de lado los aspectos puramente represivos y punitivos que le habían caracterizado a esa legislación, pasando a dotarle de un espíritu más bien fiscalista.

El artículo 1ro del citado Decreto dice: “A partir del 1ro de noviembre de 1991, eliminase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el Estatuto

Penal Aduanero. A partir de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones aduaneras:

a) Contrabando: incurrirá en **infracción administrativa de contrabando** quien realice una cualquiera de las siguientes conductas:

1. Importar o exportar mercancías de prohibida importación o exportación.
2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas y declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados.
3. Sustraer del control de la Aduana mercancía que no haya sido despachada para consumo o respecto de la cual no se haya autorizado Régimen Aduanero alguno.
4. Otros.

b) Infracciones especiales: incurrirán en infracción administrativa especial quien realice una cualquiera de las siguientes conductas:

1. Cambiar la destinación de las mercancías despachada para consumo restringido, a lugares, personas o fines distintos de los autorizados.
2. Tener o poseer mercancía importada temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país.
3. Alterar la identificación de mercancías que no se encuentren en libre circulación.

Por otro lado, el artículo 67 del decreto 1909 manifiesta: “Cuando una infracción a las normas aduaneras se realice mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas, o engañosas u otros hechos que tipifiquen delito por sí solos o se realicen en concurso con otros hechos punibles, se aplicarán las sanciones administrativas que procedan, sin perjuicio de las investigaciones penales que corresponda adelantar”.

Las sanciones establecidas por la legislación colombiana para las infracciones administrativas de contrabando son: a) de multa equivalente a la mitad del valor de las mercancías decomisadas, para el caso de infracción administrativa de contrabando; b) multa equivalente a una suma que se fijará entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos mensuales, para el caso de infracciones especiales; c) decomiso, para el caso de mercancía extranjera que haya sido aprehendida por la aduana y no ha sido legalizada por el usuario; y, el decomiso para los casos de abandono tipificado en la legislación. Además se establecen como sanciones accesorias las siguientes: 1) Prohibición de ejercer el comercio; 2) Clausura y cierre del establecimiento comercial; 3) Prohibición de ejercer profesión u oficio relacionado con el comercio exterior; y, 4) Pérdida del empleo o cargo público.

Es importante mencionar lo que dispone el artículo 82 del decreto 1909/92 por el cual se manifiesta que: “La mercancía aprehendida podrá ser rescatada, mediante la presentación de la declaración de legalización, en la cual se cancele, por concepto de rescate, el cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros correspondientes. Igualmente, podrá

ser rescatada la mercancía declarada en abandono, siempre que la resolución que lo disponga no se encuentre ejecutoriada.

Expedida la Resolución que ordene el decomiso y siempre que no se encuentre ejecutoriada, podrá rescatarse la mercancía presentando la Declaración de Legalización, en la cual se cancele además de los tributos, el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la misma, por concepto de rescate.

Cuando la declaración de legalización se presente voluntariamente sin intervención de la autoridad aduanera, deberán liquidarse en la misma, además de los tributos aduaneros que correspondan, el treinta por ciento (30%) del valor de la mercancía...”

De las normas transcritas de la legislación colombiana, podemos colegir que existen diferencias substanciales en materia de jurisdicción y competencia, con la legislación ecuatoriana.

La legislación colombiana ha dejado atrás criterios policivos, represivos y punitivos para juzgar y sancionar las infracciones tributarias aduaneras, primando más bien un criterio fiscalista y hacendario, tratando de acercar con incentivos al evasor, a fin de que comprenda el perjuicio que para el fisco y la economía nacional representa el eludir el pago y el control de los tributos y más regulaciones del comercio exterior, hechos que en las anteriores legislaciones habían sido considerados como criminales sancionados inclusive con penas de

reclusión, pero que en la actualidad, con las nuevas tendencias mundiales de dinamización, apertura y modernización de las economías y el comercio han hecho posible una revisión de las legislaciones penales aduaneras, llegándose a la despenalización del contrabando, siendo Colombia, uno de los países pioneros en América Latina al adoptar políticas revolucionarios en el campo penal aduanero.

En el Ecuador, en cambio, conforme ya se lo ha manifestado al hacer el estudio comparado de las legislaciones aduaneras de Chile y Perú, si bien es verdad que se ha avanzado en la modernización y nueva concepción del delito aduanero y las sanciones, así como en los aspectos de jurisdicción y competencia, despenalizando los delitos de contrabando y fraude, pero creando una nueva figura penal llamada “delito aduanero”; y, modificando la estructura del funcionamiento de la jurisdicción y competencia penal aduanera, hay que reconocer que los avances dados en Ecuador son menos significativos que los dados en Colombia, puesto que en nuestro país todavía se mantienen vigentes en materia penal aduanera principios de carácter represivo y punitivos con connotaciones de hechos graves delictivos sancionados con penas de prisión, decomiso y multa elevada, que no han logrado amedrentar a los delincuentes aduaneros, por lo que sería oportuno sugerir una revisión profunda de nuestra legislación a fin de adaptarla a los nuevos criterios y conceptos de tipificación y sanción de las infracciones aduaneras y muy especialmente la introducción en nuestra LOA los tipos de declaración de corrección y legalización, a fin lograr influir en la conducta del infractor e incorporarlo a la formalidad y legalidad de procedimientos.

En la Estructura de la Jurisdicción y Competencia Penal Aduanera

En Colombia, al derogarse el Estatuto Penal Aduanero, cambió radicalmente la estructura de la jurisdicción y competencia penal aduanera, la misma que tenía la siguiente configuración: 1) La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; 2) El Tribunal Superior de Aduanas; 3) Los Jueces Superiores de Aduana; 4) Los Jueces de Instrucción Penal Aduanera; 5) Otros funcionarios de instrucción.

Al haberse despenalizado el contrabando y catalogado como infracción administrativa, desapareció la jurisdicción penal aduanera, creándose en su lugar la jurisdicción y competencia administrativa que radica en los Administradores de Aduanas y en la Dirección de Aduanas Nacionales.

En Ecuador, por el contrario, con la expedición de la nueva LOA, desapareció la competencia que mantenía el Administrador de Aduanas para iniciar los juicios aduaneros, la misma que pasó a radicarse en los jueces fiscales en primera instancia, en el Tribunal Distrital de lo Fiscal en segunda instancia, y en la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia por aplicación del Recurso de Casación. En definitiva, en el Ecuador, la jurisdicción y competencia penal aduanera tiene el carácter de estrictamente judicial para el caso de juzgamiento y sanción del delito aduanero, mientras que para los casos de infracciones menores como las

contravenciones y faltas reglamentarias, la jurisdicción y competencia pertenece a la esfera administrativa.

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES

Las conclusiones a que se ha llegado una vez terminada esta tesis, nos permite determinar cuales son los aspectos positivos o favorables así como los aspectos negativos o factores adversos que resultarán para el país con motivo de la modernización aduanera emprendida dentro del proceso de apertura comercial y económica, aclarando desde luego, que pueden existir algunos aspectos que involuntariamente los he omitido de mencionar y que tendrían alguna relevancia.

6.1 Aspectos Positivos o Favorables

1. La apertura y liberalización del comercio y la economía permitirá al Ecuador insertarse en el contexto de la economía internacional, situación que en el mediano y largo plazo conllevará al fortalecimiento de su economía.
2. El modelo aperturista obligará al Ecuador a ser más competitivo, para lo cual deberá incrementar la producción, productividad, eficiencia, calidad, el ahorro interno, y además fomentar la inversión interna y externa.
3. El ingreso del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio (O.M.C) le permitirá defender directamente sus intereses comerciales frente a los demás países miembros y alcanzar mejor presencia internacional.

4. La modernización permite el desarrollo y fortalecimiento institucional.
5. La simplificación de procedimientos, facilita y dinamiza el comercio exterior.
6. La modernización aduanera y la implantación de sistemas eficaces de control.
Disminuirá de la evasión tributaria.
7. Como consecuencia de lo anterior, se incrementarán los ingresos tributarios.
8. La implementación correcta de la reforma aduanera, disminuirá la corrupción.
9. Las concesiones al sector privado, permitirá el mejoramiento de servicios y optimización de recursos.
10. La nueva concepción del delito aduanero, clarifica la tipificación de las infracciones.
11. La nueva estructura de la jurisdicción penal aduanera, dará mayor transparencia a la aplicación de la justicia.

6.2. Aspectos Negativos o Factores Adversos

1. La apertura comercial indiscriminada afecta a la cultura, y demás manifestaciones sociales, políticas y económicas del país.
2. La canalización de créditos externos a áreas no productivas genera un incremento de la deuda pública y dependencia del país.
3. La nueva estructura institucional no ha logrado eliminar la injerencia política en áreas técnicas.
4. Debilitamiento en el control del ilícito aduanero por la eliminación de la Policía Militar Aduanera.
5. La no implementación de la carrera aduanera impide la profesionalización del personal aduanero, así como la eliminación de la corrupción.
6. La aplicación parcial y falta de vigencia de los diferentes mecanismos establecidos por la nueva legislación, en los distintos distritos aduaneros, retrasa la modernización.
7. Existencia de resistencia al cambio por parte de sectores con intereses creados, que pretenden mantener vigente el anterior sistema.

8. No se han modernizado ni privatizado las áreas de almacenamiento portuario y aeroportuario, las mismas que continúan operando con graves deficiencias e inseguridad para las mercancías.

9. Pese a que la LOA expresamente establece la constitución de los juzgados fiscales, hasta el momento estos no han sido implementado, hecho que genera un grave perjuicio a la administración de justicia en el área aduanera.

10. Sin embargo de que los cambios implementados en los procedimientos administrativos y operativos constituyen un significativo avance en comparación con la legislación aduanera anterior, aún mantienen un desfase o retraso en algunas áreas, en relación con las legislaciones de otros países.

BIBLIOGRAFIA

Abarca, Alfredo Ernesto, *Procedimientos Aduaneros*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

Anabalón Ramírez, Carlos, *Derecho Aduanero Ecuatoriano*, Quito, Ed. Centro de Capacitación del Ministerio de Finanzas, 1980.

Basaldua, Ricardo Xavier, *Introducción al Derecho Aduanero, Concepto y Contenido*, Buenos Aires, Gráfica Paternor S.R.L, 1988.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1979.

Chain L., Guillermo, *Comercio Exterior, Teoría y Práctica*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987.

Echegaray, Miguel Federico, *El Delito de Contrabando*, Buenos Aires, Víctor de Zavalía-Editor, 1971.

Fernández Lalanne, Pedro, *Procedimientos Penales Aduaneros*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976.

Fernández Lalanne, Pedro, *Derecho Aduanero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1966.

Gómez P., Hernán, *Derecho Aduanero*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988.

González, Carlos, *Ordenanza de Aduanas*, Santiago de Chile, Ediciones PUBLILEY, 2da. Edición, 1994.

Giuliani Fonrouge, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962.

Lazcano Escobar, Pedro Fernando, *Derecho Aduanero*, Chile, Editorial Jurídica, 1989.

Meisel Lanner, Roberto, *Derecho Aduanero Comparado*, Colombia, Ed. Librería del Profesional, 1991.

Ohmae, Kenichi, *El Mundo Sin Fronteras*, México, Mc Graw Hill, 1991.

Olguin A., Eugenio, *Delito Tributario*, Colombia, Ediar-Conosur Ltda., 2a. ed., 1985.

Pico, Galo, *Tratados y Convenios de la Integración*, Quito, Impreseñal, 1992.

Pico, Galo, *Derecho Andino*, Quito, Impreseñal, 2a. ed., 1992.

Reyes Díaz-Leal, Eduardo, *Aduanas: Operación en México*, México, Universidad en Asuntos Internacionales, 1994.

Salgado, Germánico, *El Grupo Andino: Entre dos concepciones de la Integración Económica*, Quito, Folleto distribuido en la Universidad Andina Simón Bolívar, 1994.

Salgado, Germánico, *El Pacto Andino*, Quito, Folleto distribuido en la Universidad Andina Simón Bolívar, 1994.

Salgado, Wilma, *El Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, Quito, Banco Central del Ecuador, ed. 1991.

Sánchez, Alberti, *La Aduana ante las Comunidades Europeas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 1984.

SECOFI (Secretaría de Comercio y Fomento Industrial), *Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres*, México, 1994.

Serrano Gómez, Alfonso, *El Fraude Tributario (Delito Fiscal)*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

Suárez, Celestino, y Cecilio Tamarit, *Nuevas Tendencias en el Comercio Internacional, Política Comercial y Negociaciones Multilaterales*, ICE, 1994.

Tarantino, Jacinto, *El Delito Tributario*, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavala, 1976.

Términos Usuales del Comercio Internacional, Quito, Editeca, 1988.

Varela, Raúl Vicente, *Cuestiones de Derecho Aduanero*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.

Yip, George S., *Globalización*, Colombia, Editorial Norma, 1993.

Zavala Egas, Jorge, *Doctrina sobre Derecho Aduanero del H. Tribunal Fiscal de la República del Ecuador*, Guayaquil, Edics. Madisa, 1977.

Zavala Egas, Jorge, *Ensayos Jurídicos: Derecho Aduanero: Introducción al Derecho Aduanero y Obligación Tributaria Aduanera*, Guayaquil, Edisol, 1985.

Constitución Política de la República del Ecuador

Código Tributario

Código Penal

Código de Procedimiento Penal

Código de Procedimiento Civil
Ley Orgánica de Aduanas
Ley Orgánica de la Ex-Policía Militar Aduanera
Ley de Personal de la Ex-Policía Militar Aduanera
Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada
Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado
Ley de Facilitación de las Exportaciones
Ley Reformatoria de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático
Ley de Aduanas de Colombia
Ley General de Aduanas de Perú
Ordenanza de Aduanas de Chile
Reglamento Orgánico Funcional del Servicio de Aduanas
Reglamento Ley Orgánica de Aduanas
Reglamento para la Aplicación del Artículo 81 de la Ley Orgánica de Aduanas
Reglamento para el Funcionamiento del Comité Técnico Aduanero
Reglamento de Inspección y Verificación de Mercancías
Reglamento de Inspección y Verificación de Mercancías
Reglamento Orgánico de Administración de Personal del Servicio de Vigilancia Aduanera
Reglamento Orgánico Funcional para el Funcionamiento de las Empresas Verificadoras
Reglamento para el Cobro de Indemnizaciones por parte de las Empresas Verificadoras
Acuerdo Ministerial para la Conformación del Consejo Directivo del Proyecto de Modernización del Sistema Aduanero
Acuerdos Ministeriales de Creación y Reglamentación de la Subsecretaría de Aduanas
Regulaciones de la Junta Monetaria
Revista América Economía
Revista Ekos

Revista Visión

Prensa Nacional

Semanario Martes Económico, Diario El Comercio

Semanario Mundo Económico, Diario El Universo

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEC	Arancel Externo Común
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALCSA	Area de Libre Comercio Sudamericana
AMF	Acuerdo Multifibras
APEC	Foro de Cooperación Económica para Asia y el Pacífico
ASEAN	Asociación de las Naciones del Pacífico
BM	Banco Mundial
CE	Comunidad Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GRAN	Grupo Andino
G3	Grupo de los Tres
LOA	Ley Orgánica de Aduanas
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OMC	Organización Mundial (Multilateral) del Comercio
PMA	Policía Militar Aduanera
PIB	Producto Interno Bruto
TLC/NAFTA	Tratado de Libre Comercio
UE	Unión Europea
ZLC	Zona de Libre Comercio