

GUIA PRACTICA

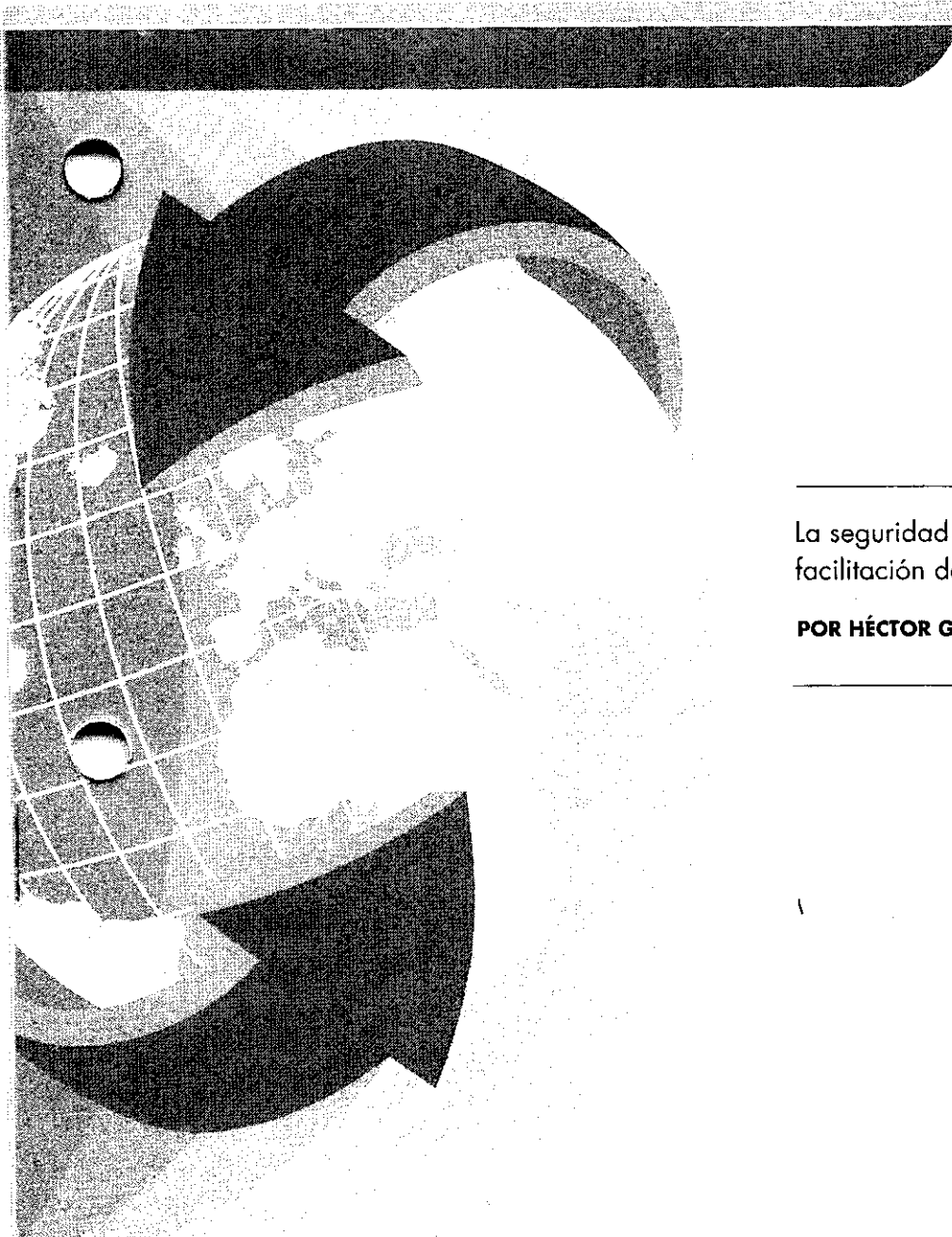
de comercio exterior

ANTICIPOS

del Nomenclador Arancelario Aduanero

203

15 de Diciembre de 2011
República Argentina



La seguridad de la cadena logística y la
facilitación del comercio

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

Tarifar.

comercio exterior
www.tarifar.com

impo-expo

TEXTOS DE NORMAS
VINCULADAS AL
COMERCIO EXTERIOR

JURISPRUDENCIA
DOCTRINA

NOTAS
CALENDARIO
DE CURSOS

La seguridad de la cadena logística y la facilitación del comercio

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

Los días 7 y 8 de noviembre ppdo. se llevó a cabo el seminario de la OMA en Sao Paulo, Brasil con la presencia del Señor Secretario de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), Kunio Mikuriya y el Secretario adjunto, Sergio Mujica y el Presidente de ASAPRA, Alejandro Ramos Gil. En esa oportunidad, tuve el honor de integrar el Panel Académico junto a Fernando Pieri (Vicepresidente da Associação Brasileira de Estudos Aduaneiros -ABEAD-, Brasil), Bryce Blegen (CEO Trusted Trade Alliance, USA), Andrés Rohde Ponce (Presidente de la Academia Internacional de Derecho Aduanero, México), como disertantes y Thierry Piroux como moderador.

Las exposiciones que nos precedieron resaltaron las ventajas del Convenio de Kyoto Revisado (CKR), y concluyeron en la conveniencia de una inmediata adhesión de los países, que como el nuestro, aún no lo habían hecho.¹

Nuestro Panel, en cambio, si bien estuvo de acuerdo en que el CKR había sido inspirador y muchas de sus instituciones fueron recogidas por nuestras legislaciones, se debía realizar previamente una tarea de compatibilización y adaptación.

A continuación sintetizo mi exposición.

Señalé que conforme el panel que integraba iba a enfocar el tema desde el plano académico.

¿Qué significa esto? Es ver como colabora el derecho para dar una respuesta adecuada a esta problemática. La CKR fija pautas o recomendaciones, el Marco Normativo de la OMA (SAFE)² avanza en el lineamiento de dos pilares: Aduana-Aduanas y Aduana-Terceros. Ahora bien tales disposiciones están dirigidas a los Estados para que las acepten y recojan en su legislación nacional.

Lo cierto es que los Estados tienen realidades distintas y por ende, requieren distintas recetas para plas-

mar tales directrices en su derecho positivo.

Montesquieu en su "Espíritu de las leyes", justamente llamó a su obra "Espíritu" queriendo significar la influencia de las tradiciones y costumbres que pesan al lado de las normas. Es fundamental entonces la ADAPTACIÓN DE LA NORMA AL MEDIO donde se debe aplicar.

A tal fin cabe adelantar ciertas premisas ya superadas.

1er. Premisa: Es que en la actualidad, luego del atentado del 11/9/01, la seguridad se trasladó a las fronteras, de manera que:

LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL CONTROL ADUANERO EFICAZ, NO SON OPUESTOS SINO COMPLEMENTARIOS

Aduana sin papeles, NO ES IGUAL. Aduana sin control.

2da. Premisa, Es que **LA SEGURIDAD INTERNA A TODOS LOS ESTADOS,**

Nadie puede ser indiferente.

Las mayores ciudades portuarias del mundo y sus aeropuertos internacionales son actualmente considerados como posibles objetivos de un ataque terrorista³. A ningún país le conviene comercialmente ser calificado de "inseguro" por no haber adoptado medidas al respecto;

Cada país requiere de distintas fórmulas para modernizar la aduana, pero respecto de la seguridad no se da tal posibilidad de disenso. Si la seguridad falla

(1) Luego de haber sido analizada su compatibilidad por la DGA, se encontraría a estudio de la Cancillería.

(2) El 22/6/05 los Directores Generales de Aduanas de los países miembros de la OMA, aprobaron el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global.

(3) Lascano, Juan Carlos "La seguridad del Comercio Internacional y las Aduanas", p. 237 y ss. Memorias del Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero, Montevideo, Uruguay, 25 y 26/5/06.

en un país el efecto puede recaer en otro. Por ello no se justifica afrontar riesgos, la seguridad es algo mucho más importante que perder un cliente o un negocio.

Si se quiere garantizar la seguridad de la cadena logística, otra cuestión a tener en cuenta, es evitar interpretaciones distintas de lo que se recomienda hacer.

Mikuriya en el discurso brindado en el Día Internacional de las Aduanas expresó que había decidido celebrar en el 2011 el Año del Conocimiento en la OMA

¿Cómo se aumenta el conocimiento? Entiendo que a través de la armonización o unificación de interpretaciones.

Por eso, la **3er. Premisa**: es que para facilitar el comercio se requiere una tarea DE ARMONIZACION, que debe comprender dos seguridades: la fáctica u operativa y la jurídica.

ARMONIZACIÓN COMO BASE DEL CONOCIMIENTO

La armonización debe comprender las dos seguridades:

- 1.- La seguridad fáctica u operativa y
- 2.- La seguridad jurídica

La aspiración del Glosario de Términos Aduaneros fue lograr un lenguaje común. La de la Convención de Kyoto, la uniformidad básica en la regulación de los Institutos Aduaneros. Pues bien, observando los principios generales del derecho, la armonización nos ayudará no sólo al conocimiento y a la previsibilidad, sino que axiológicamente sea justo.

LA ARMONIZACION DEBE OBSERVAR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

LA SEGURIDAD FACTICA U OPERATIVA.

El control se debe cumplir a través de Análisis de Riesgo, que permite controlar menos pero mejor

La CKR, en su Capítulo 6 respecto al "Control Aduanero" señala que controlará las mercancías, incluso medios de transporte y las personas. Agrega que lo hará a través de "gestión de riesgo". También dice que empleará "tecnología de la información y comercio electrónico"

Marco Normativo (SAFE), en su pilar ADUANA-ADUANAS, habla de

- Incorporar técnicas de análisis de riesgo detección contenedores y cargas de alto riesgo;

Ahora bien, para que ese control inteligente sea eficaz hay que **uniformar los riesgos**, categorizar las medidas a oponer según la frecuencia y entidad del daño.

Si bien la selección de riesgos está en relación con los intereses del Estado, no debe ser arbitrario. Por ejemplo, en el sistema de canales, el Rojo obligatorio no debe ser discriminatorio, porque se afecta el PRINCIPIO DE IGUALDAD (el interesado debe tener defensas frente al trato injusto). No debe afectarse el DEBIDO PROCESO y la GARANTÍA DE DEFENSA.

La OMA ha elaborado un documento de análisis de riesgo normalizado con indicadores de riesgos que se actualizan periódicamente. Ello es muy importante, porque hay que preservar el tiempo de las aduanas para lo relevante.

Cierta doctrina ⁴, señala la importancia de una Gerencia de gestión de riesgos, guiada por criterios científicos, para evitar la discrecionalidad o incapacidad.

SEGURIDAD FACTICA U OPERATIVA

Se deben uniformar los RIESGOS con estricta observancia de los principios de legalidad, igualdad y debido proceso.

(4) Camargo, Juan Manuel "Los retos de la modernización de las Aduanas en un contexto globalizado". Memorias del Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero, Montevideo, Uruguay, 25 y 26/5/06, pág.-97.

LA SEGURIDAD JURIDICA.

Si las normas son engorrosas o se superponen no son eficaces y dificultan los negocios y el comercio.

Hay que intentar que los principios ya aceptados por los Estados dejen de ser abstractos y cobren dinámica al servir de base para una unificación.

En la 7ma. Reunión mundial de Derecho Aduanero⁵, uno de los paneles se ocupó de la "Seguridad jurídica de las Normas aduaneras". Fernando Pieri (Brasil) señaló la seguridad jurídica es una garantía del pasado, una certeza del presente y una planificación del futuro. También se la definió como un SUPER PRINCIPIO con un amplio contenido; También se destacó que ese principio ya estaba en el GATT de 1947 (recordemos al respecto el artículo X del GATT que establece el PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, uno de los pilares de la seguridad jurídica), y recién 50 años después, con la creación de la OMC nació un sistema de SOLUCION DE CONTROVERSIAS que permite darle aplicación práctica a la seguridad jurídica.

En dicho encuentro, los panelistas reconocieron que en sus países existían situaciones de inseguridad, y que la solución debía inspirarse en las pautas de los acuerdos internacionales, debiendo observarse el principio de legalidad y debido proceso tanto en la regulación de normas de procedimiento como punitivas.

Para ello se requiere hacer un trabajo de armonización con aplicación de los principios rectores del derecho:

- Ya vimos, el debido proceso y la garantía de ser oído;
- Precisión del bien jurídico tutelado en función del principio de legalidad;
- Armonización de las conductas punibles atendiendo el principio non bis in idem (no castigar dos veces la misma conducta)
- Análisis de las faltas disciplinarias de manera que guarden proporción la inconducta y la medida aplicable.
- Prohibición de la incriminación por analogía;
- En caso de duda hay que estar por la más favorable al imputado

Otra cuestión que debe ser atendida es redefinir la FUNCION DE LAS ADUANAS.-

En virtud del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, se debe precisar lo que se quiere proteger, esto se llama en

penal, el BIEN JURIDICO tutelado. Si lo que se busca es lograr que la aduana ejerza adecuadamente la función de control sobre las importaciones y las exportaciones, es fundamental determinar que comprende ese control o bien cual es la función esencial de las Aduanas.

La CKR Cap.6 Control Aduanero establece da un concepto amplio: "las mercancías, incluso los medios de transporte, se encuentren o no sujetos a derechos o impuesto serán sometidos al control aduanero". Si bien no se limita a tributos, habría que precisar y darle cabida a las prohibiciones.

Ya vimos que la SEGURIDAD se había trasladado a las fronteras, pues bien, el control aduanero debe comprender tanto el pago de los tributos, como también el cumplimiento de las prohibiciones tanto económicas como no económicas (art.609 CA), pues estas barren con los delitos de contrabando de estupefacientes, precursores, armas, fraude marcarío, etc. Estas nuevas modalidades tienen características que exceden la criminalidad convencional.

Uno de los principios básicos del Marco Normativo (SAFE) es adoptar prácticas para facilitar el comercio pero de manera segura contra el terrorismo.

En los últimos años la aduana argentina adoptó una serie de medidas tendientes a su modernización. Entre muchas otras cabe citar:

Utilización de tecnología no intrusiva: scanners, canes antinarcóticos, fibra óptica, etc. se incorporó el análisis de riesgo a través de emisión de alertas y acuerdos de intercambio de información con otros países, precinto electrónico de Monitoreo Aduanero (PEMA) para el seguimiento satelital de unidades de transporte.

A fines del 2005 a instancias de la OMA, se recogieron las Medidas de Frontera del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio, aprobado por la ley 24.425. Se incluyó el art. 46 por ley 25.986. Se instrumentó el Sistema de Asientos de Alerta, mediante el cual a través del registro voluntario de los titulares de marcas se permite notificarlo cada vez que un operador oficialice una destinación con su marca a fin de que concurra a la verificación a fin de ejercer sus derechos.

A su vez la OMA presentó en Argentina un Sistema Interfaz (IPM) por 30 días.

En el pilar ADUANA- ADUANA, se advierte que en muchos casos se requiere un cambio cultural. Si bien cuando hablamos de facilitar el comercio se apunta a re-

(5) Realizada en agosto del corriente año en Buenos Aires y organizado por Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas y el Centro de Despachantes de Aduana.

ducción de impuestos y la recaudación pasa a segundo plano ello no se da en los países en desarrollo en los que la tendencia sigue siendo recaudadora. En estos países a veces se compensa el déficit de ingreso con la aplicación de sanciones o multas por errores ligeros e involuntarios. Habría que exigir al servicio aduanero que sea un servicio, esto es que tenga predisposición a facilitar o colaborar. Ahora bien, para una mayor celeridad en los trámites se requiere que los funcionarios aduaneros se encuentren capacitados y dotados de tecnología adecuada, pero también que no se vean paralizados por las consecuencias inciertas de su accionar. Es fundamental determinar los riesgos que asumen tanto los aduaneros como los operadores del comercio internacional.

Al respecto, la CKR en el Anexo Específico H, sobre "Infracciones", dice que "las infracciones aduaneras serán definidas por la legislación nacional..." A continuación, sin método alguno y de manera dispersa establece que las inspecciones corporales se reservan para las infracciones graves o contrabando, deber de informar al interesado sobre la naturaleza de la infracción, También alguna práctica recomendada: entrega de mercadería bajo garantía, entrega de medio de transporte utilizado para cometer la infracción en determinados casos, conservación de la mercadería en infracción excepto deterioro. La multa aplicable en atención a la gravedad de la infracción y antecedentes del infractor, no punibilidad por fuerza mayor, sin fraude. En el Anexo General, Capítulo 3. "Errores": "La Aduana no impondrá multas excesivas por errores cuando considere que los mismos fueron involuntarios sin intención fraudulenta o grave negligencia. Cuando considere necesario evitar la reincidencia de tales errores, podrá imponer una multa, pero la misma no será mayor que lo necesario a tales efectos."

No obstante que ello es correcto, se podrían haber introducido pautas o principios básicos que permitan darle un marco de legalidad.⁶

El otro pilar, ADUANA - EMPRESA: La OMA recomienda la elaboración de Acuerdos entre las aduanas y las empresas para comprometer la participación del sector privado en la tarea de garantizar la seguridad y la fiabilidad de la cadena logística internacional. En esa lí-

nea menciona la figura del Operador Económico Autorizado (OEA)⁷

Tal propuesta es un desafío ¿Cómo hacer para que todos y cada uno de los operadores del comercio internacional accedan a dicho régimen? Estimo que tiene que regir el principio de igualdad (todos puedan acceder) y contemplar incentivos o estímulos que justifiquen su adopción.⁸

Teniendo en cuenta la actual tendencia de las empresas a adoptar políticas de "Compliance", que básicamente significa realizar gestiones para difundir internamente las normas y su cumplimiento, se podrían trasladar esas experiencias al régimen OEA, de manera que la empresa pueda ejercer un control sobre el cumplimiento de sus disposiciones, aunque habría que prever el caso en que tuviera que autodenunciarse.

También el servicio aduanero puede ayudarse delegando funciones delegables (actividades técnicas de la administración). En Argentina se le ha confiado a los AGENTES O DESPACHANTES DE ADUANA, tareas de digitalización y custodia de documentación aduanera.

Cabe destacar que la Dirección General de Aduana no sólo lo considera un facilitador del comercio internacional, sino también un colaborador del control aduanero.

Como señala la doctrina autorizada su función no se limita a la agilización del comercio, sino que hace a la seguridad al ser un auxiliar del control sobre las prohibiciones tanto económicas como no económicas.

Actualmente, en mi país se encuentra en trámite parlamentario un proyecto de colegiación que contempla un Tribunal formado por los propios agentes o despachantes de aduana, para juzgar las conductas de sus pares. Es una forma de sanear la matrícula y evitar los aventureros o profesionales ocasionales que tanto daño le hacen a la actividad.

Es necesario pues, que esa jerarquización que a su vez le genera una mayor responsabilidad, le ofrezca garantías de no tener que responder por todo lo que pasa en la aduana y en sus proximidades. ■

(6) También, habría que contemplar la BUENA FE con el alcance que le da el art. VIII del GATT, párrafo tercero: "Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular no se impondrán sanciones superiores a las necesarias -por un error u omisión en los documentos presentados a la aduana que pueda ser subsanado fácilmente y que haya sido cometido manifiestamente sin intención fraudulenta..." Por su parte, el Código de la Comunidad Europea contempla el PRINCIPIO PENAL PROPORCIONALIDAD DEL HECHO Y LA PENA.

(7) En nuestro país fue recogido y se denomina Sistema de Operador Económico Confiable (SOEC).

(8) Los despachantes de aduana, que en nuestro país ya están vinculados al servicio aduanero como "Auxiliares", tienen que cumplimentar los requisitos y condiciones para ser "Confiables" y además deben documentar para un Operador Económico Confiable.