

ARTICULO DE APERTURA

~O~

EL NUEVO INTEGRANTE DE LOS ACUERDOS
MULTILATERALES SOBRE EL COMERCIO DE MERCANCIAS:
EL *ACUERDO SOBRE FACILITACION DEL COMERCIO DE LA*
OMC. SUS DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

Hugo Gabriel Romero Martínez*

Resumen. En noviembre de 2014, los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) acordaron el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*, un acuerdo multilateral del comercio de mercancías, con objeto de establecer una serie de disciplinas en materia de importación, exportación y tránsito, lo anterior después de alrededor de 10 años de que dieron inicio las negociaciones. Este nuevo acuerdo fundamentalmente desarrolla derechos y obligaciones del antiguo GATT –i.e. publicación y aplicación de los reglamentos comerciales, derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación, y libertad de tránsito–, pero también añade nuevas disposiciones y modifica algunas previstas en otros acuerdos abarcados de la OMC. Este acuerdo es relevante dado que es la primera ocasión que los Miembros logran negociar un acuerdo multilateral. Los Miembros no sólo establecieron una serie de obligaciones sino también de derechos y se reconoció que los Miembros en virtud de su nivel de desarrollo o por sus sistema jurídico no estaban en la misma posibilidad de adoptar las mismas disposiciones. En este artículo se describirán las disciplinas en materia de facilitación previstas en la Sección I del acuerdo, el cual entrará en vigor una vez que dos terceras partes de los Miembros de la OMC lo ratifiquen.

Palabras Clave. Organización Mundial del Comercio; Facilitación del Comercio; GATT; publicación de información; transparencia; levante de mercancías; despacho de mercancías; derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación; tránsito; resoluciones anticipadas; operadores autorizados; envíos urgentes; ventanilla única; agentes de aduanas; mercancías perecederas; importación y exportación.

* Consejero de la Misión Permanente de México ante la OMC. Profesor por concurso de oposición de las asignaturas *Régimen Jurídico del Comercio Exterior y Tratado de Libre Comercio de América del Norte* en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM.

Las opiniones presentadas en este artículo son exclusivamente del autor y no vinculan a ninguna de las instituciones a las que está afiliado.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El 27 de noviembre de 2014, la Organización Mundial del Comercio (OMC) tomó una decisión importante, se acordó el *Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* para incorporar a los acuerdos multilaterales de mercancías el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio* (AFC)¹. El objetivo es agilizar el movimiento, el despacho de aduana y la puesta en circulación de mercancías, incluidas las mercancías en tránsito.²

¿Qué es la facilitación del comercio? En resumen son medidas que hacen más fáciles los procedimientos del comercio internacional, muchas de ellas pueden parecer menores, pero por pequeñas que parezcan sumadas logran resultados benéficos, esto se traduce entre otras cosas en reducción de costos.

¿Por qué decir que se trata de una decisión importante? Primero, dado que la Ronda Doha de negociaciones de 2001, justamente el antecedente del inicio de las negociaciones de lo que se concretó como el AFC, no ha dado los resultados esperados y aún restan muchos aspectos por resolver. Segundo, los beneficios económicos calculados del AFC aunque deben ser todavía ajustados a las disposiciones finalmente acordadas por parte de las instituciones que han analizado esos beneficios, son muy alentadores, por ejemplo en 2011 se calculó que la reducción de los procedimientos de comercio podrían reducir los costos de las transacciones comerciales en 5.4 por ciento o que por cada dólar gastado en ayuda para la facilitación del comercio el volumen del comercio de un país puede incrementarse en 6 dólares anuales, además entre los beneficios se encuentran un aumento del volumen de comercio, la creación de empleos y el incremento del PIB.³

A partir del 27 de noviembre de 2014, los 161 Miembros de la OMC⁴ tienen la oportunidad de ratificar la enmienda al *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC* (Acuerdo sobre la OMC), para

¹ *Vid.* documento WT/L/940, 28 de noviembre de 2014, pp. 3-34. Dicho documento contiene el texto del AFC, disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm

² Para la definición de tránsito *vid. infra* nota al pie de página 53.

³ *Cfr.* Hufbauer Gary y Jeffery Schott, *Payoff from the World Trade Agenda 2013*, Peterson Institute for International Economics, abril 2013, pp. 11-15. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés) ha reconocido este ajuste y la diferencia entre la implementación de las disposiciones vinculantes y las disposiciones de mejor empeño (*best endeavours*). *Cfr.* OECD, *The WTO Trade Facilitation Agreement – Potential Impact on Trade Costs*, febrero 2014, p. 2, disponible en <http://www.oecd.org/tad/facilitation/The%20WTO%20Trade%20Facilitation%20Agreement%20-%20Potential%20Impact%20on%20Trade%20Costs.pdf>

⁴ A partir del 26 de abril de 2015, Seychelles es el último Miembro en adherirse a la OMC *cfr.* https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/acc_syc_01apr15_s.htm

incluir el AFC en el “Anexo 1A Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías”. El AFC entrará en vigor una vez que dos terceras partes de los Miembros lo ratifiquen.⁵

El AFC puede ser analizado desde diferentes puntos de vista: *el económico* en lo referente a los beneficios que puede generar en el comercio mundial y para un país en particular; *el político* por la complicada forma en que se logró acordar este instrumento y lo que resta aún para que se ratifique y entre en vigor; *el social* respecto al impacto que pueda tener en la población, en especial en los productores y consumidores, y la creación de empleos, y *el jurídico* relativo a las obligaciones y derechos que se crean, modifican o extinguen en el plano del derecho comercial internacional.

En el presente artículo se analizará el AFC desde un punto de vista jurídico. El objetivo es brindar al lector una descripción de las principales disposiciones del AFC previstas en la Sección I, a excepción de la disposición relativa a la cooperación aduanera, y se dejaría para un análisis posterior las secciones II y III del AFC.

El motivo de analizar la Sección I del AFC obedece a la necesidad de describir los derechos y obligaciones para los Miembros, las disposiciones de esa sección son en sí las medidas de facilitación del comercio.

Este acuerdo desarrolla fundamentalmente en la Sección I –artículos 1 al 11– los derechos y obligaciones: (i) sobre disposiciones del antiguo GATT,⁶ a saber, libertad de tránsito (artículo V), derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación (artículo VIII), y publicación y aplicación de los reglamentos comerciales (artículo X), y añade otras disposiciones, y (ii) sobre la cooperación aduanera entre los Miembros⁷. Por otra parte, la Sección II del AFC –artículos 13 al 22– contiene disposiciones sobre asistencia técnica y apoyo a la creación de capacidad para los países en desarrollo y los países menos

⁵ Como antecedente de una enmienda a un acuerdo de la OMC se tiene la modificación al *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (Acuerdo sobre los ADPIC), esa modificación tiene que realizarse con el mismo proceso del AFC; sin embargo, a pesar de que el protocolo de enmienda de ese acuerdo se envió para ratificación de los Miembros en el año en 2005, a la fecha no ha entrado en vigor, *cf.* documento IP/C/69, p. 2.

⁶ El GATT de 1947 está comprendido en el GATT de 1994, éste es parte Acuerdo sobre la OMC, para efectos del presente únicamente lo denominaremos GATT.

⁷ Cabe mencionar que esta cooperación no está prevista actualmente en el GATT ni en el *Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (Acuerdo sobre Valoración en Aduana), aunque esto no ha sido impedimento para que los Miembros celebren acuerdos bilaterales de cooperación.

adelantados Miembros como elemento del trato especial y diferenciado, en particular a los países desarrollados Miembros les corresponde brindar esa asistencia y apoyo.⁸ Por su parte, la Sección III – artículos 23 y 24– es la relativa a las disposiciones institucionales y finales. Cabe aclarar que el análisis que se presenta en este trabajo se enfoca en las disposiciones sustantivas del AFC previstas en su Sección I.

A. ANTECEDENTES

En la Declaración Ministerial de Doha de 2001 se trazaron los lineamientos para la negociación de lo que ahora es el AFC⁹ refiriéndose al desarrollo de disposiciones del GATT y a la asistencia técnica y creación de capacidad, aunque el término facilitación del comercio aparece desde 1996 en la Primera Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur.

En 2004 en el *Programa de Trabajo de Doha* se establecieron las modalidades de negociación en materia de facilitación del comercio, en lo que se denominó el *paquete de julio*¹⁰, entre otras las siguientes:

- aclarar y mejorar disposiciones del GATT (artículos V, VIII y X),
- establecer disposiciones sobre cooperación entre autoridades aduaneras respecto de aspectos de facilitación del comercio y procedimientos aduaneros,
- tener plenamente en cuenta el principio de trato especial y diferenciado para países en desarrollo y menos adelantados Miembros, no limitado a períodos más amplios de aplicación, sino a la capacidad de aplicación y sin la obligación de efectuar inversiones en infraestructura,
- identificar las necesidades y prioridades en el ámbito de facilitación del comercio,
- los países desarrollados se comprometieron a brindar apoyo y asistencia,
- realizar un examen de la eficacia del apoyo y asistencia y capacidad para la aplicación de los resultados,
- invitar a otras organizaciones internacionales tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Aduanas, la OECD, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

⁸ El Acuerdo sobre Valoración en Aduana para su ámbito de aplicación ya establece una obligación de este tipo, véase artículo 20.3.

⁹ Párrafo 27, documento WT/MIN(01)/DEC/1.

¹⁰ Párrafo 1(g), y Anexo D del documento WT/L/579.

Con el *paquete de julio* se creó el Grupo de Negociación sobre la Facilitación del Comercio (GNFC), integrado por los Miembros de la OMC y a partir de noviembre de 2004 se comenzó a reunir desarrollando sus actividades en la sede de la OMC en Ginebra.

Se presentaron alrededor de 172 comunicaciones con propuestas de texto y comentarios a los mismos. Los Miembros que enviaron comunicaciones fueron más de 60¹¹, las propuestas se presentaron en lo individual, en ocasiones en co-patrocinio y otras a nombre de grupos. Además, los Miembros elaboraron propuestas orales durante las reuniones de negociación.

Posteriormente, en diciembre de 2013 en la 9ª Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Bali, Indonesia, se acordó el texto del AFC. El mandato de los ministros de comercio después de esa conferencia fue continuar los trabajos de revisión legal del acuerdo y la elaboración de una decisión y un protocolo para incorporar el AFC al Acuerdo sobre la OMC. Para estos efectos se estableció el Comité Preparatorio.

Como se mencionó, el 27 de noviembre de 2014, el Consejo General de la OMC decidió adoptar el *Protocolo de Enmienda del Acuerdo sobre la OMC* y someterlo a la aceptación de los Miembros, el cual entrará en vigor cuando las dos terceras partes de los Miembros lo ratifiquen y notifiquen su instrumento de aceptación.

En estos momentos los Miembros están en proceso de ratificación del protocolo de enmienda. De hecho el 8 de diciembre de 2014, Hong Kong-China¹² fue el primer Miembro en depositar su aceptación ante la OMC.

Destaca que el AFC tendrá una aplicación escalonada ya sea por el grado de desarrollo de los Miembros o por cada disposición del acuerdo. Respecto del grado de desarrollo se acordó que los países desarrollados Miembros implementarán todas las disposiciones a la entrada en vigor del AFC. Por su parte, los países en

¹¹ Argentina, Australia, Bangladesh, Barbados, Bolivia, Botswana, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Cuba, Egipto, El Salvador, Estados Unidos, Filipinas, Gabón, Georgia, Guatemala, Haití, Honduras, Hong Kong-China, India, Indonesia, Islas Salomón, Jamaica, Japón, Kenia, Macao-China, Malasia, Mauricio, México, Moldova, Mongolia, Namibia, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Perú, Paraguay, República Dominicana, Rusia, Rwanda, Singapur, Sri Lanka, Suiza, Tailandia, Taipei Chino, Tanzania, Trinidad y Tobago, Turquía, Uganda, Unión Europea, Venezuela, Zambia y Zimbabwe, entre otros, así como el Grupo de países de África, el Caribe y el Pacífico.

¹² Nótese que Hong Kong-China es un territorio aduanero distinto de la República Popular de China, por lo que ambos territorios aduaneros son Miembros de la OMC. Otros Miembros que han notificado su instrumento de aceptación son Singapur, Estados Unidos, Mauricio y Malasia.

desarrollo y menos adelantados Miembros deben notificar las disposiciones que podrán cumplir en tres etapas: (i) a la entrada en vigor del acuerdo, conocida como disposiciones de la Categoría A –de hecho los Miembros han comenzado a realizar estas notificaciones¹³–, (ii) en un plazo posterior a la entrada en vigor, Categoría B, y (iii) en un plazo posterior y mediante la prestación de asistencia y apoyo para la creación de capacidad, Categoría C.

B. GENERALIDADES

Las disposiciones del AFC tienen un lenguaje distinto en función de la creación de obligaciones o el establecimiento de derechos para los Miembros. En términos generales se podrían clasificar en las siguientes:

- *obligaciones*: la redacción de las disposiciones contiene un verbo en futuro en su versión en español y el verbo *shall* en la versión en inglés, lo cual indica que existe un lenguaje vinculante. Lo anterior se aclara en la constatación del Órgano de Apelación en *Argentina – Medidas relativas a la importación*, en donde se explicó, al interpretar el artículo VIII:1 del GATT, que los apartados (b) y (c) de dicho artículo tienen un texto “de carácter más exhortatorio ... ninguno de esos dos apartados utiliza el tiempo verbal futuro, de carácter imperativo”¹⁴.
- *obligaciones atenuadas*: ciertas disposiciones contienen una serie de frases que califican a la obligación tales como “en la medida de lo posible”, “en la medida en que sea factible”, “cuando sea factible”, “[e]n la medida en que sea posible y factible”. La intención de los negociadores con la inclusión de estas frases fue tener disposiciones que no fueran tan rígidas o que al estar calificadas se haga, en su caso, una evaluación de las circunstancias del Miembro en cuestión para analizar su cumplimiento¹⁵.

En caso de que se presente un procedimiento de solución de diferencias, en su momento, los grupos especiales o el Órgano de Apelación tendrán que dar contenido a esas frases que no

¹³ Los siguientes Miembros han notificado sus compromisos de la Categoría A: Albania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Barbados, Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Chile, China, Colombia, Congo, Corea, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Guatemala, Honduras, Hong Kong-China, Indonesia, Israel, Jamaica, Jordania, Kenia, Kuwait, Macao, Macedonia, Malasia, Marruecos, Mauricio, México, Moldova, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Nigeria, Omán, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Qatar, República de Kirguisa, República Dominicana, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Senegal, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Taipei Chino, Tajikistán, Tanzania, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay y Viet Nam (consulta 14 de abril de 2015).

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación* (DS438, 444, 445), párrafo 5.231. En la traducción de este informe también se mantiene el verbo en futuro en español y el verbo *shall* en inglés.

¹⁵ De hecho, en una reciente diferencia el demandado citó el AFC, pero no se llevó a cabo un análisis del mismo *cfr.* Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación* (DS438, 444, 445), párrafos 2.33, 2.62, 2.93 y 2.317.

aparecen por ejemplo en las obligaciones no calificadas y realizar una interpretación efectiva de los términos. Por citar un ejemplo, el término en inglés *practicable*¹⁶ se analizó en *CE – Banano III (Recurso al artículo 22.6)*, al respecto, el grupo especial indicó: “observamos que el significado corriente del término ‘*practicable*’ es, según ... el ‘Oxford English Dictionary’, ‘*available or useful in practice; able to be used*’ o ‘*inclined or suited to action as opposed to speculation etc.*’ (‘disponible o útil en la práctica; capaz de ser utilizado’ o ‘tendente o adecuado a la acción a diferencia de la especulación, etc.’). En otras palabras, el examen de la “practicabilidad” de una suspensión alternativa atañe a la cuestión de si esa alternativa está disponible para aplicarse en la práctica y también si es adecuada para utilizarse en un caso en particular”¹⁷.

- *cláusulas de mejor empeño*: los Miembros acordaron tener disposiciones en cierta forma aspiracionales, al no estar en posibilidad todos los Miembros de adoptar obligaciones se prefirió tener una serie de disposiciones que no establecen obligaciones *per se*, se caracterizan por las siguientes frases “se alienta a los Miembros”, “[c]ada Miembro se esforzará”, los “Miembros procurarán”.
- *cláusulas permisivas*: al mismo tiempo que se acordaron obligaciones el AFC reconoció una serie de derechos para los Miembros, en algunos casos tienen un efecto aclaratorio o delimitan la obligación, el lenguaje utilizado contiene el verbo “podrán”, “[n]ada ... impedirá a un Miembro”, “a un Miembro le está permitido”, “sin perjuicio”.

II. DISPOSICIONES SOBRE PUBLICACION

A. PUBLICACION Y DISPONIBILIDAD DE LA INFORMACION (ARTICULO 1 DEL AFC)

El artículo 1 del AFC tiene cuatro subpartados, cada uno de ellos contiene una disposición concreta con un grado de obligatoriedad específico:

1. *Publicación*: se establece la obligación de publicar prontamente información de forma no discriminatoria y accesible con objeto de que gobiernos, comerciantes y partes interesadas puedan tener conocimiento de la misma. Se puede notar que esto es un desarrollo de la obligación del artículo X:1 del

¹⁶ Este término se tradujo en el AFC al español como *factible* en el AFC, aunque en *CE – Banano III (Recurso al artículo 22.6)* (DS27), se tradujo como *practicable*.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, *CE – Banano III (Recurso al artículo 22.6)* (DS27), párrafo 70. En este caso, se analizó la disposición del artículo 22.3 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD).

GATT¹⁸, aunque éste sólo hace referencia a gobiernos y comerciantes, y ahora se extiende a “partes interesadas”.

Se ha reconocido por la jurisprudencia que el artículo X:1 del GATT se refiere a la publicación rápida de las medidas¹⁹. El Órgano de Apelación concluyó que el artículo X no se refiere a transacciones específicas, sino que se refiere a medidas de *aplicación general*²⁰, y un grupo especial ha constatado que el ámbito de aplicación de esa disposición es amplio ya que enlista tanto medidas en frontera como medidas internas, así como derechos de aduana y restricciones cuantitativas²¹. Otro grupo especial concluyó que el objetivo del requisito de publicación es asegurar el debido proceso y la transparencia respecto de las medidas que afectan a gobiernos y comerciantes, dado que la publicación permite conocer las condiciones que serían aplicadas a sus mercancías cuando sean importadas al territorio de un Miembro²².

Por otra parte, se ha constatado que el artículo X:2 del GATT²³ aborda, *inter alia*, las medidas de carácter general, incluidas las medidas legislativas de aplicación general que se aplican con respecto a sucesos o circunstancias que han tenido lugar antes de su publicación oficial²⁴.

a. *Idioma de la publicación*: no existe obligación de publicar la información en un idioma determinado, salvo la descripción de procedimientos de importación, exportación y tránsito que requiere estar publicada

¹⁸ “Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o a la valoración en aduana de productos, a los tipos de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones o prohibiciones de importación o exportación, o a la transferencia de pagos relativa a ellas, o a la venta, la distribución, el transporte, el seguro, el almacenamiento, la inspección, la exposición, la transformación, la mezcla o cualquier otra utilización de dichos productos, serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos. Se publicarán también los acuerdos relacionados con la política comercial internacional y que estén en vigor entre el gobierno o un organismo gubernamental de una parte contratante y el gobierno o un organismo gubernamental de otra parte contratante. Las disposiciones de este párrafo no obligarán a ninguna parte contratante a revelar informaciones de carácter confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas”.

¹⁹ Cabe recordar que por medidas en el contexto de la OMC se entiende cualquier norma jurídica independientemente de la autoridad que la emitió.

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos avícolas* (DS69), párrafo 111.

²¹ Informe del Grupo Especial, *CE – Banano III* (DS27), párrafos 7.206 y 7.225.

²² Informe del Grupo Especial, *CE – Productos de tecnología de la información* (DS375, 376, 377), párrafo 7.1085.

²³ “No podrá ser aplicada antes de su publicación oficial ninguna medida de carácter general adoptada por una parte contratante que tenga por efecto aumentar el tipo de un derecho de aduana u otra carga sobre la importación en virtud del uso establecido y uniforme, o que imponga una nueva o más gravosa prescripción, restricción o prohibición para las importaciones o para las transferencias de fondos relativas a ellas”.

²⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)* (DS449), párrafos 7.110 y 7.111.

en Internet en un idioma oficial de la OMC (*i.e.* español, inglés o francés); no obstante, esta regla está sujeta a que sea factible para el Miembro de que se trate.

b. *Aspectos de publicación obligatoria:* la lista se compone de diez aspectos de información: (i) procedimientos de operaciones de comercio exterior –*i.e.* importación, exportación o tránsito–, (ii) tipos de derechos aplicados e impuestos sobre operaciones de comercio exterior o relacionados con ellas, (iii) derechos y cargas de organismos gubernamentales sobre operaciones de comercio exterior y relacionados con ellas, (iv) normas para la clasificación o valoración de productos –el artículo 12 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana ya prevé la obligación de publicar las medidas de conformidad con el artículo X del GATT²⁵–, (v) las medidas de aplicación general sobre normas de origen –los artículos 2(g) y 3(e) del Acuerdo sobre Normas de Origen también prevén una obligación similar²⁶–; (vi) restricciones o prohibiciones sobre operaciones de comercio exterior, (vii) disposiciones sobre sanciones por violaciones a formalidades en operaciones de comercio exterior, (viii) procedimientos sobre recurso o revisión, (ix) los tratados o parte de ellos que rijan las operaciones de comercio exterior, y (x) procedimientos respecto de administración de contingentes arancelarios.

Adicionalmente a lo largo del AFC se establecen otros elementos que deben ser publicados *e.g.* información sobre resoluciones anticipadas (artículo 3.6 del AFC), notificaciones de controles o inspecciones reforzados (artículo 5.1 del AFC), derechos y cargas (artículo 6.1.2 del AFC), criterios para beneficiarse del esquema de envíos urgentes (artículo 7.8.1 del AFC), medidas sobre el recurso a agentes de aduanas (artículo 10.6.2 del AFC), y medidas relativas a escoltas aduaneras y convoyes aduaneros (artículo 11.15 del AFC).

2. *Disponibilidad de información en Internet:* el objetivo de esta disposición del artículo 1 del AFC es brindar información sencilla y práctica relativa a las operaciones de comercio exterior que va desde una

²⁵ “Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general destinados a dar efecto al presente Acuerdo serán publicados por el país de importación de que se trate con arreglo al artículo X del GATT de 1994”.

²⁶ “Artículo 2. ... los Miembros se asegurarán de que: ... g) sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general en relación con las normas de origen se publiquen como si estuvieran sujetas a las disposiciones del párrafo 1 del artículo X del GATT de 1994 y en conformidad con las mismas”.

“Artículo 3 ... los Miembros, al aplicar los resultados del programa de trabajo en materia de armonización, se asegurarán de que: ... e) sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general en relación con las normas de origen se publiquen como si estuvieran sujetas a las disposiciones del párrafo 1 del artículo X del GATT de 1994 y en conformidad con las mismas”.

descripción de los procedimientos, formularios y documentos a brindar datos del servicio de información. Al respecto, se prevé que los Miembros deben facilitar y actualizar la información mencionada a través de un portal en Internet. Lo anterior en especial en beneficio de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs).

3. *Servicios de información:* para atender las solicitudes de información se requiere que los Miembros tengan un servicio que responda a esas solicitudes. Esta disposición del artículo 1 del AFC está sujeta a los recursos que un Miembro tenga e incluso se permite el cobro de un derecho por el servicio siempre que su cuantía se limite al costo aproximado de los servicios, aunque se alienta a los Miembros a no requerir el pago por estos servicios. Esta limitación encuentra su antecedente en el artículo VIII:1(a) del GATT²⁷, el cual prevé que los derechos y cargas “se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados”.

Así mismo, para el caso del tráfico en tránsito se prevé la designación de una Coordinación Nacional del Tránsito que ejercería funciones similares a las de un servicio de información (artículo 11.17 del AFC).

4. *Notificación:* se prevé que los Miembros notificarán al Comité de Facilitación del Comercio (Comité) el lugar oficial de la publicación de información, la dirección de Internet y el servicio de información. Esta obligación es común en los acuerdos abarcados de la OMC. Cabe mencionar que el Órgano de Apelación ha aclarado que el artículo X del GATT no obliga a los Miembros a asegurarse de que los exportadores sean continuamente notificados por los importadores sobre el tratamiento particular que recibirán los envíos inminentes²⁸

El artículo X del GATT establece disposiciones relativas a la publicación y aplicación de los reglamentos comerciales, como se mencionó uno de los objetivos del AFC fue desarrollar esas disposiciones y se hizo justamente a través del artículo 1 que se describió *supra*. De manera general, ese precepto del GATT contiene disposiciones de debido proceso, el cual estaría reflejado en cada uno de los párrafos del artículo X según lo constató un grupo especial²⁹.

²⁷ “Todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean, distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos a que se refiere el artículo III, percibidos por las partes contratantes sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas, se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación”.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos avícolas* (DS69), párrafo 114.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *CE – Determinadas cuestiones aduaneras* (DS315), párrafo 7.107.

B. FORMULACION DE OBSERVACIONES Y CONSULTAS (ARTICULO 2 DEL AFC)

Esta se trata de una nueva obligación no prevista antes en el GATT, la de brindar a gobiernos y partes interesadas la oportunidad de realizar observaciones sobre propuestas de medidas o modificación a las mismas relacionadas al movimiento, el levante y el despacho de mercancías, incluido el tránsito.

Para lo cual también se añade la obligación de publicar las medidas antes de su entrada en vigor (“tan pronto como sea posible”). Con el mismo objetivo que la publicación, se considera que esto debe realizarse para que los comerciantes y partes interesadas puedan tener conocimiento de las medidas.

En nuestra opinión, la disposición que se describe da únicamente el derecho a los comerciantes y partes interesadas de formular observaciones y consultas, en consecuencia se excluye a los Miembros en principio, aunque éstos podrían ser considerados partes interesadas o bien excluidos como tales ya que en el artículo 1 se citan a las tres partes.

Esta obligación tiene una serie de excepciones atendiendo a la naturaleza de las medidas, a casos de urgencia y a aspectos en beneficio de los comerciantes. Las medidas que están excluidas son: modificaciones a tipos de derechos y aranceles, las medidas de alivio, las medidas cuya eficacia resulte menoscabada, las medidas aplicadas en casos de urgencia y las modificaciones menores.

Esta disposición presenta, en nuestra consideración, dos aspectos interesantes por una posible ambigüedad: (i) la obligación está sujeta a que se realice de forma compatible con el derecho interno y sistema jurídico de un Miembro, esto podría ser interpretado en el sentido de que si una medida de derecho interno no permite las consultas a los proyectos de medidas o la publicación anticipada, entonces no se estaría obligado a ello, y (ii) el otro aspecto es el determinar qué significa “tan pronto como sea posible antes de la entrada en vigor”, esto se debería determinar *caso por caso*. Al respecto podría ser pertinente la interpretación del grupo especial en *Guatemala – Cemento II*, el cual examinó el término “tan pronto como” en el marco del *Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (Acuerdo Antidumping) y señaló que “la expresión ‘tan pronto como’ denota una considerable urgencia” [y en ese caso en concreto determinó] [n]o consideramos que se

cumpla el requisito ... de facilitar el texto ‘tan pronto como sea iniciada la investigación’ facilitando el texto de la solicitud 24 o incluso 18 días después de la fecha de la iniciación”³⁰.

C. RESOLUCIONES ANTICIPADAS (ARTICULO 3 DEL AFC)

La resolución anticipada es un mecanismo por el que un solicitante (normalmente el importador, exportador o productor) envía una consulta a la autoridad sobre un aspecto concreto relacionado con una operación de comercio exterior y la autoridad brinda su respuesta, es decir, con la información que se le presenta la autoridad indica cómo procedería. Se trata de una herramienta útil dado que permite saber con anticipación cómo resolvería la autoridad un caso concreto.

En el marco del AFC los Miembros incluyeron solamente dos elementos sobre los que se debe brindar una resolución: (i) clasificación arancelaria y (ii) origen de la mercancía. Por otra parte, se alienta a los Miembros para que brinden resoluciones sobre otros aspectos como (i) método o criterios para determinar el valor en aduana, (ii) la aplicabilidad de desgravación o exención de pago de derechos, (iii) la aplicación de contingentes y contingentes arancelarios, y (iv) cualquier otro aspecto que se considere adecuado.

La figura de resoluciones anticipadas es un mecanismo utilizado en muchos tratados de libre comercio, los cuales normalmente tienen una cobertura obligatoria mayor a los dos aspectos obligatorios del AFC.

Estas resoluciones tienen una naturaleza vinculante para el Miembro que la haya emitido, incluso pueden tener también carácter vinculante para el propio solicitante, esta última posibilidad está sujeta a que el Miembro así lo determine.

En el contexto de las resoluciones anticipadas el solicitante es el exportador, importador u otra *persona que tenga motivos justificados* para pedir la resolución o su representante, ejemplo de ese tipo de personas podrían ser el productor de la mercancía o un distribuidor de la misma.

Se les otorga a los Miembros la posibilidad de exigir que el solicitante posea representación legal en su territorio o que esté registrado, estos requisitos deben ser claros, transparentes y no deben constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable. En la medida de lo posible no se debe restringir la categoría de personas que puedan ser solicitantes.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *Guatemala – Cemento II* (DS156), párrafo 8.101, los corchetes son nuestros.

En esta disposición se hace una referencia expresa a que se “prestará particular consideración a las necesidades específicas de” las PyMEs.

El valor de la resolución radica en que de forma adelantada se puede conocer la decisión de la autoridad y, de hecho, ésta quedaría obligada a respetar esa resolución en el caso concreto.

La resolución se mantiene válida por un plazo, éste no está definido y sólo está calificado por el término “razonable”, siempre y cuando no existan aspectos que se hayan modificado tales como el derecho, los hechos o las circunstancias de emisión.

Las resoluciones anticipadas pueden ser revocadas, modificadas o invalidadas, siempre que se notifique al solicitante el fundamento para ello. Incluso puede realizarse lo anterior de forma retroactiva en los casos en que la resolución se haya emitido con base en información incompleta, incorrecta o falsa.

Cabe decir que el solicitante también tiene derecho a solicitar la revisión de una resolución anticipada o de la decisión de la autoridad de revocar, modificar o invalidar la resolución.

No existe obligación de otorgar una resolución anticipada en la medida en que la consulta se refiere a una cuestión que esté por resolverse ante una autoridad o que haya sido objeto de una decisión judicial. El objetivo es evitar una posible contradicción ya sea con una decisión tomada o por tomar.

Finalmente, esta disposición tiene una obligación particular de publicación, esto es, los Miembros tiene que publicar cuando menos (i) los requisitos para la solicitud de la resolución, (ii) el plazo de emisión y (iii) el período de validez. De manera complementaria se prevé que los Miembros harán el esfuerzo por publicar información sobre las resoluciones anticipadas que sean de interés significativo. El objetivo de esta disposición es brindar ejemplos que orienten a los interesados sobre cómo se ha resuelto en otras ocasiones, esto permite que no tengan que recurrir siempre a una resolución anticipada si ya existe un criterio que puede ayudar.

D. PROCEDIMIENTOS DE RECURSO O REVISIÓN (ARTÍCULO 4 DEL AFC)

Mediante esta disposición se establece como primer paso la obligación de que el fundamento en que se base una decisión administrativa de aduana se notifique a la persona interesada para que ésta, en su caso, pueda estar en posibilidad de recurrirla. El ámbito de aplicación de las decisiones está limitado a las que

provengan de autoridades aduaneras, aunque se alienta a los Miembros aplicar las disposiciones descritas en este apartado a los organismos distintos de las aduanas que intervienen en frontera.

El AFC desarrolla el artículo X:3(b) del GATT –éste prescribe la pronta revisión y rectificación de determinadas medidas administrativas por tribunales independientes (garantía de debido proceso o de acceso a revisión judicial)³¹ y en el párrafo 3(c) se confirma que la prescripción de independencia del artículo X:3(b) responde al objetivo de asegurar que la revisión sea "imparcial y objetiva"³² – a través del establecimiento de la obligación de un procedimiento de recurso o revisión, por la cual se establece que los Miembros deberán brindar (i) un recurso administrativo, ya sea ante el superior jerárquico del funcionario que emitió la decisión o ante una autoridad administrativa o (ii) una revisión judicial, a quien vaya dirigida una decisión administrativa, ésta es definida como aquella decisión que tiene efectos jurídicos y afecta derechos u obligaciones de una persona en un caso concreto.

Al respecto, se han realizado interpretaciones del artículo X:3(b) del GATT, en las cuales se indica que este párrafo prescribe la pronta revisión y rectificación de determinadas medidas administrativas por tribunales independientes (garantía de debido proceso o de acceso a revisión judicial)³³.

Estos procedimientos se limitan a situaciones específicas de aplicación administrativa de una medida y a medidas administrativas según se dispone en el artículo X del GATT, e incluye tanto las medidas o decisiones a nivel administrativo por una acción como por una omisión sujeto a lo previsto en el derecho interno y sistema jurídico.

El recurso judicial puede estar sujeto a que primero se agote la instancia administrativa. Destaca que se incluye una obligación de no discriminación para los procedimientos de recurso o revisión.

A fin de hacer más efectivo este mecanismo, para las revisiones administrativas se requiere que ante la falta de una decisión en los plazos legales para tal efecto o ante una demora indebida, los Miembros deberán establecer la posibilidad de que el solicitante pueda (i) tener derecho a otro recurso, sea administrativo o judicial, (ii) solicitar una revisión posterior o (iii) a interponer otro recurso judicial. Se brinda a los Miembros la posibilidad de prever la afirmativa ficta ante el silencio de las autoridades.

³¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)* (DS449), párrafos 7.277 y 7.278.

³² *Ibidem*, párrafo 7.280.

³³ *Ibidem*, párrafos 7.278, 7.280 y 7.284.

E. DISCIPLINAS PARA AUMENTAR LA IMPARCIALIDAD, LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA TRANSPARENCIA (ARTICULO 5 DEL AFC)

1. *Notificaciones de controles o inspecciones reforzados*

Esta disposición intenta dar mayor información para los casos en que un Miembro disponga un sistema de emisión de notificaciones que aumente los controles e inspecciones en frontera relativos a alimentos, bebidas o piensos con objeto de proteger la vida y la salud humana y animal o para preservar los vegetales.

Se prevé una serie de obligaciones para el Miembro en los casos en que se emita, finalice o suspenda una notificación u orientación: (i) se reconoce que el Miembro puede emitirla sobre una base de riesgo, (ii) la emisión se debe aplicar de manera uniforme en los puntos de entrada en donde existan las condiciones sanitarias y fitosanitarias motivo de la emisión, (iii) se debe poner fin o suspender la notificación u orientación si las razones para su emisión dejan de existir o se puede dar atención de una forma menos restrictiva al comercio, y (iv) la terminación o suspensión de la notificación u orientación se debe publicar de manera no discriminatoria y fácilmente accesible o se debe notificar al exportador o importador.

Este artículo se debe leer en conjunto con las disciplinas del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF), principalmente respecto de derechos y obligaciones básicos del artículo 2 tales como el derecho a establecer medidas siempre que sean necesarias y que se atienda a las condiciones regionales según lo prevé el artículo 6 de ese acuerdo³⁴.

2. *Notificación sin demora en caso de retención*

Se establece la obligación de informar *sin demora* al transportista o importador los casos en que un Miembro retenga mercancías para inspección de una autoridad de la aduana u otra autoridad competente.

³⁴ El AFC en su artículo 24.6 dispone que “nada de lo dispuesto en el [AFC] se interpretará en el sentido de que reduce los derechos y las obligaciones que corresponden a los Miembros en virtud del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”.

3. Procedimientos de prueba

En esta disposición se establece la posibilidad de que a solicitud del interesado un Miembro pueda realizar una segunda prueba si la primera muestra a la llegada³⁵ de las mercancías fue desfavorable para el interesado. Los resultados de esta prueba se considerarán por el Miembro para el levante y despacho de las mercancías y, si procede, podrá aceptar los resultados de esa segunda prueba.

Además, se establece la obligación de (i) publicar en forma no discriminatoria y fácilmente accesible los datos de los laboratorios para realizar la prueba o (ii) informar lo anterior al importador si se le da la oportunidad de realizar una segunda prueba.

III. DERECHOS Y FORMALIDADES REFERENTES A LA IMPORTACIÓN Y A LA EXPORTACIÓN

A. DISCIPLINAS EN MATERIA DE DERECHOS Y CARGAS SOBRE LA IMPORTACION, LA EXPORTACION O EN CONEXION CON ELLAS, Y LAS SANCIONES (ARTICULO 6 DEL AFC)

1. Disciplinas generales

El ámbito de aplicación de esta disposición es la misma que la del artículo VIII:1(a), *Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación*, del GATT³⁶. Un grupo especial recordó que el artículo VIII del GATT permite a los Miembros imponer en la aduana una diversidad de derechos y cargas sujeto a que el monto esté limitado al costo aproximado de los servicios prestados y que sean aplicados sobre, o en relación con, la importación o exportación; como tal dicho artículo está diseñado para regular la imposición de derechos y cargas en circunstancias particulares³⁷.

Además, ese mismo grupo especial aclaró el ámbito de aplicación del artículo VIII, los derechos y cargas deben (i) involucrar un servicio prestado y (ii) el monto del servicio debe estar limitado al costo

³⁵ También se denomina en español *arribo*, aunque el término utilizado en la versión en español del AFC es *llegada*.

³⁶ “Todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean, distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos a que se refiere el artículo III, percibidos por las partes contratantes sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas, se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación”.

³⁷ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas* (DS394, 395, 398), párrafos 7.129.

aproximado del servicio mencionado, en este sentido si falta uno de estos elementos el artículo VIII no resulta aplicable³⁸.

Por su parte, el Órgano de Apelación indicó que el artículo VIII:1(a) del GATT impone una obligación clara *i.e.* “dispone que todos los derechos y cargas que sean distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos internos a que se refiere el artículo III del GATT de 1994 se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de la producción nacional ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación”³⁹.

Publicación: se prescribe la obligación de publicar la información relativa a los derechos y cargas conforme al artículo 1 del AFC, esa información incluye los derechos y cargas a aplicar, la razón de los mismos, la autoridad responsable, y la forma y plazo para su pago.

Se establece de forma similar con el artículo 2.1 del AFC, que entre la publicación y la entrada en vigor debe existir un *plazo adecuado* a excepción de circunstancias urgentes. Como lo hace el artículo X:2 del GATT, se prevé que los derechos y cargas no se pueden aplicar si antes no están publicados. Esta es una regla mínima de debido proceso.

Revisión de medidas para su reducción: a fin de reducir, cuando sea factible, el número y diversidad de derechos y cargas los Miembros deben revisarlos. Lo anterior es un desarrollo del artículo VIII:1(b) del GATT⁴⁰, respecto del cual Órgano de Apelación ha indicado que “no nos parece que los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo VIII impongan obligaciones imperativas. Antes bien, al tratar, respectivamente, de i) derechos y cargas y ii) formalidades y requisitos relativos a los documentos, el texto de esas dos disposiciones es de carácter más exhortatorio⁴¹.

³⁸ Ibidem, párrafo 7.486.

³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación* (DS438, 444, 445), párrafo 5.230.

⁴⁰ “Las partes contratantes reconocen la necesidad de reducir el número y la diversidad de los derechos y cargas a que se refiere el apartado a)”.

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina – Medidas relativas a la importación* (DS438, 444, 445), párrafo 5.231.

2. Disciplinas específicas sobre derechos y cargas de tramitación aduanera

En esta disposición se retoma parte de lo previsto en el artículo VIII:1(a) respecto de la limitación “al coste aproximado de los servicios prestados”.

En este sentido, el AFC dispone que los derechos y cargas de tramitación aduanera (i) se deben limitar al costo aproximado de los servicios prestados para la operación de comercio exterior concreta o en conexión con ella, y (ii) no tienen que estar relacionados con una operación específica sujeto a que se perciban por servicios relacionados estrechamente con la tramitación aduanera de mercancías.

3. Disciplinas en materia de sanciones

La disposición sobre sanciones tiene su antecedente en el artículo VIII:3 del GATT⁴², el cual establece que no se impondrán sanciones severas por infracciones leves.

El ámbito de aplicación de esta disposición se limita a las sanciones administrativas previstas en medidas en materia aduanera, incluidas las sanciones impuestas al tráfico en tránsito, y aplicadas por las autoridades aduaneras. Claramente se quiso limitar las sanciones únicamente a aspectos aduaneros, es posible que las autoridades aduaneras impongan no sólo sanciones aduaneras, sino en otra materia y justo las sanciones de otro tipo distinto al aduanero están fuera del ámbito de aplicación.

La obligación concreta para los Miembros se refiere a que las sanciones se impongan solamente a la persona responsable de la infracción de las leyes. La imposición de la sanción dependerá de los hechos y circunstancias del caso, será proporcional al grado y gravedad de la infracción.

Además, se establecen obligaciones adicionales, cada Miembro mantendrá medidas para evitar conflictos de intereses en la determinación y recaudación de sanciones y derechos, y la creación de un incentivo para la determinación o recaudación de una sanción.

⁴² “Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular, no se impondrán sanciones pecuniarias superiores a las necesarias para servir simplemente de advertencia 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 o sin que constituya una negligencia grave”.

Garantía de debido proceso: se requiere que los Miembros brinden al infractor una explicación escrita que contenga la naturaleza de la infracción y la medida por la cual se determinó el importe o alcance de la sanción.

Beneficio por informar voluntariamente la infracción: se alienta a que un Miembro considere como atenuante en la imposición de las sanciones el hecho de que el infractor haga del conocimiento de la autoridad aduanera la infracción antes que de dicha autoridad lo haya notado.

B. LEVANTE Y DESPACHO DE LAS MERCANCIAS (ARTICULO 7)

1. *Tramitación previa a la llegada*

Con objeto de realizar de forma anticipada los procedimientos, se dispone que los Miembros permitirán la presentación de documentación de la importación y otra información con miras a comenzar los trámites de manera previa a la llegada de las mercancías y así agilizar el levante de las mercancías a su llegada. Incluso, se complementa esta disposición con la presentación de documentos en forma electrónica.

2. *Pago electrónico*

Sujeto a que sea factible, los Miembros deberán contar con procedimientos que permitan el pago electrónico de derechos, cargas, impuestos y tasas que sean recaudados por las aduanas al momento de la importación o exportación.

3. *Separación entre el levante y la determinación definitiva de derechos de aduanas, impuestos, tasas y cargas*

Como otro elemento importante para el levante de las mercancías se dispone que éste se debe permitir antes de la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas. Lo anterior si esa determinación no se efectúa antes, al momento o de forma rápida a la llegada. Esto refleja los dos posibles sistemas que tienen los Miembros, algunos realizan el levante y la determinación definitiva en un acto, es decir, el levante se puede llevar a cabo “los más rápidamente posible después de la llegada”, en este caso el objetivo de levante rápido se cumple.

Otros Miembros realizan la determinación definitiva mucho después de la llegada, es justamente en estos casos en los que se requiere que el levante se realice con independencia del momento en que se realice la determinación definitiva. Siendo este el caso, se dispone que se puede realizar el levante sujeto a dos posibles requisitos: (i) al pago correspondiente antes o al momento de la llegada de las mercancías y una garantía para la cuantía que esté pendiente por determinar, o (ii) a una garantía conforme a la legislación del Miembro.

Garantías: en su caso, la garantía no debe ser superior al monto que deba pagarse por derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas. También se puede requerir una garantía si se detecta una infracción que conlleve una sanción o multa por el monto de éstas. En estos dos casos la garantía se liberará cuando no sea necesaria.

Se reconoce expresamente que en todo momento los Miembros tienen derecho a examinar, retener, decomisar o confiscar las mercancías o a disponer de ellas siempre que se haga de forma compatible con sus obligaciones de los acuerdos abarcados.

4. Gestión de riesgo y control aduanero

En la medida posible, cada Miembro deberá contar con un sistema de control de riesgo para el control aduanero, el cual se debe diseñar y aplicar de forma que se eviten la discriminación arbitraria o injustificada y las restricciones encubiertas al comercio interional.

Resulta importante mencionar que los términos discriminación arbitraria o injustificada y restricciones al comercio se encuentran en el propio GATT (párrafo introductorio del artículo XX) y en *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (Acuerdo OTC) (sexto considerando), y en este sentido que existen interpretaciones sobre ambas frases.

También se establece que los Miembros deben (i) concentrar el control aduanero, así como otros controles pertinentes, en los envíos de alto riesgo y (ii) agilizar el levante de los envíos de bajo riesgo.

Por otra parte, se permite que los Miembros puedan de manera aleatoria seleccionar envíos que sean sometidos a controles como parte de la gestión de riesgo.

Respecto de la gestión de riesgo se dispone que los Miembros se basarán en una evaluación del riesgo a través de criterios de selectividad adecuados tales como el código del Sistema Armonizado, la naturaleza de las mercancías, el país de origen, el país del que se expidieron las mercancías, el valor de las mismas, el historial de los comerciantes y el tipo de transporte. En resumen, se busca evitar el trato arbitrario o injustificado.

5. Auditoría posterior al despacho de aduana

Como parte de las disposiciones para agilizar el levante, se prevé que se realicen auditorías posteriores al despacho de aduana con objeto de asegurar el cumplimiento de las medidas aduaneras y medidas relacionadas.

La selección de la persona o envío para la auditoría posterior se realizará con base en el riesgo, esto puede incluir criterios de selectividad.

Las auditorías posteriores se deben llevar a cabo de forma transparente y una vez que se tengan resultados concluyentes se debe notificar sin demora a la persona los resultados, sus derechos y obligaciones, y el fundamento de los resultados. Estos resultados, se pueden utilizar no sólo para los procedimientos en aduana sino para procedimientos administrativos o judiciales posteriores.

Finalmente y cuando sea factible, se dispone que los Miembros deben utilizar los resultados de la auditoría para la aplicación de la gestión de riesgo.

6. Establecimiento y publicación de los plazos promedio de levante

Este apartado contiene dos disposiciones de mejor esfuerzo, esto es, se alienta a que los Miembros a (i) que calculen y publiquen los plazos promedio para el levante de mercancías de forma periódica y uniforme con base entre otras en el *Estudio de la Organización Mundial de Aduanas sobre el tiempo necesario para el levante*, y (ii) a intercambiar experiencias en el Comité sobre el cálculo de plazos promedio del levante, en especial los métodos usados, los problemas y efectos de éstos en la eficacia.

7. *Operadores autorizados*

Esta es una disposición que pretende aumentar las medidas de facilitación del comercio en principio destinada a operadores que cumplan con ciertos criterios.

Se establece que los Miembros cuando menos deberán establecer tres medidas de una lista de siete posibles: (i) requisitos reducidos de documentación y datos, (ii) bajo índice de inspecciones físicas y exámenes, (iii) levante rápido, (iv) pago diferido de derechos, impuestos, tasas y cargas, (v) utilización de garantías globales o reducción de las garantías, (vi) una sola declaración de aduana para las importaciones o exportaciones en un período y (vii) el despacho de las mercancías en los locales del operador autorizado o en el lugar autorizado por la aduana.

Si las medidas están disponibles para los operadores en general, entonces se considerará que son ofrecidas a los operadores autorizados y se estará en cumplimiento de esta disposición.

La lista ejemplificativa de criterios que deben ser publicados para los operadores autorizados contiene los siguientes: historial adecuado de cumplimiento de las medidas aduaneras y medidas conexas, un sistema de gestión de registros que permita controles internos, solvencia financiera, ésta puede incluir una fianza o garantía, y la seguridad de la cadena de suministro. Respecto de los criterios, los Miembros tienen la obligación de (i) no diseñarlos ni aplicarlos de manera que se establezca una discriminación arbitraria o injustificable entre operadores cuando prevalezcan las mismas condiciones y (ii) en la medida posible, no restringir la participación de las PyMEs.

Como medida de mejor empeño, se alienta a los Miembros a elaborar sus sistemas de operadores autorizados con base en normas internacionales a excepción de que no sean un medio apropiado o no sean eficaces para el logro de objetivos perseguidos. Esta medida toma la redacción del artículo 2.4 del Acuerdo OTC⁴³.

⁴³ “Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”.

Se establece la posibilidad de negociar entre los Miembros acuerdos de reconocimiento mutuo de los sistemas de operadores autorizados, al igual que en otros acuerdos abarcados de la OMC *e.g.* Acuerdo OTC (artículo 6.3), Acuerdo sobre MSF (artículo 4.2).

Como última obligación prevé que los Miembros intercambiarán información en el Comité sobre los sistemas de operadores autorizados.

8. Envíos urgentes

La disposición de envíos urgentes, también conocidos como envíos de entrega rápida, principalmente se refiere a los servicios *courier*. Los Miembros deben permitir el levante rápido cuando menos de las mercancías que entren por instalaciones de carga aérea a quienes lo soliciten manteniendo al mismo tiempo el control aduanero.

En particular, los Miembros tendrán las siguientes obligaciones (i) reducir al mínimo la documentación para el levante de envíos urgentes conforme al artículo del AFC relativo a las formalidades de operaciones de comercio exterior y, en lo posible, permitir el levante con la presentación única de información sobre envíos determinados, (ii) permitir el levante de envíos urgentes lo más pronto posible después de su llegada, siempre existan circunstancias normales y se haya presentado la información correspondiente al levante, (iii) esforzarse por aplicar las dos obligaciones antes descritas a todos los envíos independientemente de su peso o valor, aunque se reconoce que los Miembros tienen el derecho de exigir procedimientos adicionales a la entrada y limitar el trato en función del tipo de mercancía siempre que no se aplique solamente a mercancías de bajo valor, y (iv) cuando sea posible, prever un valor de envío o una cuantía mínimos respecto de los cuales no se recauden derechos de aduana ni impuestos a excepción de determinadas mercancías. Esta excepción de recaudación no incluye impuestos internos como aquellos que graven el valor agregado o los impuestos especiales que sean aplicados de conformidad con el principio de trato nacional del artículo III del GATT.

Se reconoce que los Miembros pueden establecer una serie de criterios para que se pueda tener derecho a los beneficios de los envíos urgentes, estos criterios deben ser publicados, al respecto, el solicitante debe: (i) contar con infraestructura adecuada y que asegure el pago de los gastos aduaneros relativos a los trámites de los envíos urgentes siempre que cumpla las disposiciones para que dicha tramitación se realicen en una instalación especializada, (ii) presentar la información necesaria para el levante de forma previa a la llegada

de las mercancías, (iii) pagar tasas que se limiten al costo aproximado de los servicios, (iv) tener un alto grado de control sobre estos envíos a través de seguridad interna, logística y tecnología de rastreo a partir de que se recoge hasta que se entrega, (v) proporcionar el servicio desde la recepción hasta la entrega, (vi) asumir la responsabilidad del pago de todas las obligaciones ante la autoridad aduanera, es decir, respecto de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas, (vii) tener un buen historial de cumplimiento de las medidas aduaneras y medidas conexas, y (viii) cumplir otras condiciones derivadas del cumplimiento de medidas aduaneras y medidas conexas, como se describe en el siguiente párrafo.

En todo momento los Miembros tienen el derecho de (i) exigir la presentación de información adicional y el cumplimiento de medidas relativas a licencias no automáticas y (ii) examinar, retener, decomisar o confiscar mercancías, rechazar su entrada o realizar auditorías posteriores al despacho.

9. Mercancías perecederas

El reconocimiento de los Miembros de la OMC de tener reglas concretas para las mercancías perecederas se puede observar por ejemplo en el ESD, en este caso mediante plazos más cortos para las diferencias que involucren este tipo de mercancías⁴⁴.

El ámbito de aplicación de esta disposición se limita a las mercancías perecederas consideradas como tales las que “se descomponen rápidamente debido a sus características naturales, especialmente si no existen condiciones adecuadas de almacenamiento”.

Respecto de este tipo de mercancías se dispone que el levante se realice en el plazo más breve posible o incluso fuera del horario normal de trabajo, además deberá brindarse prioridad a los exámenes necesarios. Así mismo, se establece la obligación de tener disposiciones para un almacenamiento adecuado para la espera del levante o bien aprobar o designar instalaciones para tal efecto.

Como medida complementaria se prevé que en los casos de demora importante en el levante de estas mercancías se deba brindar una explicación de la demora siempre que se solicite y que sea factible.

⁴⁴ *Cf.* Disposiciones del ESD sobre consultas (artículo 4 párrafos 8 y 9) y emisión del informe del grupo especial (artículo 12.8).

C. COOPERACION ENTRE ORGANISMOS EN FRONTERA (ARTICULO 8)

La obligación principal para los Miembros es de coordinación, a saber: (i) coordinación interna, los Miembros deben tener coordinadas a sus autoridades involucradas para facilitar el comercio, y (ii) coordinación externa, sujeto a “que sea posible y factible”, los Miembros cooperarán cuando tengan una frontera común para coordinar acciones en puestos fronterizos, la lista de cooperación y coordinación es ejemplificativa e incluye la compatibilidad de días y horarios laborales, de procedimientos y formalidades, el establecimiento y la utilización compartida de servicios comunes, controles conjuntos y controles en puestos fronterizos de una sola parada.

D. TRASLADO DE MERCANCIAS DESTINADAS A LA IMPORTACION BAJO CONTROL ADUANERO (ARTICULO 9)

La presente disposición es una de las más breves, se prevé que los Miembros deben permitir que las mercancías puedan ser trasladadas de la oficina aduanera de entrada a otra oficina para realizar el levante o despacho de mercancías bajo control aduanero, lo anterior en la medida en que sea factible.

E. FORMALIDADES DE LAS OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR (ARTICULO 10)

1. Formalidades y requisitos de documentación

El GATT en su artículo VIII:1(c) reconoce la necesidad de “reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y la exportación”.

Como parte del desarrollo de esta disposición, el AFC incluye la cita antes mencionada añadiendo el tránsito e indicando que se deben tener en cuenta los objetivos de política y otros factores tales como “el cambio de las circunstancias, las nuevas informaciones pertinentes, las prácticas comerciales, la disponibilidad de técnicas y tecnologías, las mejores prácticas internacionales y las contribuciones de las partes interesadas”.

Un grupo especial examinó el término formalidades, al respecto indicó que incluyen “todas las prescripciones que, aunque aparentemente tengan por objeto la mera observancia de las normas, habitualmente es obligatorio observar en el contexto de la importación o exportación de mercancías”⁴⁵.

La obligación concreta después de una larga introducción en el artículo 10.1 del AFC, consiste en que los Miembros examinarán las formalidades y los requisitos de documentación y a partir de ese examen, según proceda se asegurarán de que esas formalidades y requisitos (i) se adopten o apliquen con objeto de acelerar el levante y despacho de las mercancías, en especial de las perecederas, (ii) se adopten o apliquen de forma que se reduzca el tiempo y costo de su cumplimiento, (iii) sean las menos restrictivas al comercio si existen razonablemente más de una medida alternativa para el objetivo u objetivos de política, y (iv) que no se mantengan si ya no son necesarias.

En particular llama la atención la inclusión de una obligación similar a la prevista en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC *i.e.* las medidas menos restrictivas al comercio. Con relación a esta disposición el desarrollo de la jurisprudencia en el marco del Acuerdo OTC ha sido relativamente nueva y además basta, la que se conoce como la *trilogía*, dado que se relaciona con tres casos prácticamente consecutivos que versaron sobre las mismas disposiciones del Acuerdo OTC: los casos *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* (DS406), *Estados Unidos – Atún II* (DS381) y *Estados Unidos – COOL* (DS384, 386).

Finalmente, se encomienda al Comité a elaborar procedimientos para el intercambio de información y mejores prácticas en relación con esta disposición.

2. *Aceptación de copias*

Como medida de mejor empeño, se prevé en el artículo 10.2 del AFC que cada Miembro “se esforzará” según proceda por aceptar copias –impresas o electrónicas– de los documentos exigidos para las formalidades de las operaciones de comercio exterior.

Por otra parte, se establece la obligación de las autoridades de un mismo Miembro de aceptar copias en lugar del original de un documento de este tipo en los casos en que un documento original ya obre en

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, *Argentina – Medidas relativas a la importación* (DS438, 444, 445), párrafo 6.432.

el expediente de alguna de esas autoridades, quien tendrá que brindar la copia a la autoridad que no tenga el original.

La tercera disposición se refiere a la obligación de no exigir como requisito para la importación las declaraciones de exportación presentadas ante las autoridades del Miembro exportador. Ello no obstante, no puede impedir que un Miembro solicite documentos para la importación de mercancías controladas o reguladas, por ejemplo certificados, permisos o licencias.

3. Utilización de normas internacionales

Se establece una disposición para alentar (i) a los Miembros a utilizar normas internacionales o parte de ellas respecto de las formalidades y procedimientos de operaciones de comercio exterior a excepción de una disposición en contrario del propio AFC, y (ii) para participar en la preparación y revisión de esas normas en las organizaciones internacionales correspondientes, conforme a sus límites de recursos.

En este aspecto, el Comité deberá elaborar procedimientos para el intercambio de información y mejores prácticas entre los Miembros sobre la aplicación de las normas internacionales, y podrá invitar a las organizaciones internacionales para exponer sus trabajos. Además, el Comité podrá identificar normas internacionales pertinentes.

El uso de normas internacionales en el marco de la OMC no es nuevo, como antecedente de una disposición sobre ese tipo de normas se tiene por ejemplo en el Acuerdo OTC (tercer y cuarto párrafos de los considerandos del acuerdo, y artículos 2.4 y 5.5) y en el *Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición* (Acuerdo sobre Inspección Previa) (artículo 2.4).

4. Ventanilla única

La figura de la ventanilla única permite a los comerciantes la presentación de la documentación e información de una operación de comercio exterior en un punto de entrada único a las autoridades u organismos involucrados, y la obtención de los resultados en ese mismo punto. Esto tiene un doble beneficio (i) a los comerciantes les brinda la oportunidad de presentar ante un solo lugar la información en lugar de acudir a distintas autoridades, y (ii) a las autoridades les otorga un mejor control y coordinación, y acceso a una plataforma única de información sobre las operaciones de comercio exterior. Para tal efecto,

se dispone que los Miembros harán uso de la tecnología de la información en la medida en que sea posible y factible.

Una vez que se presenta la información en el sistema de ventanilla única no se requiere presentarla nuevamente a excepción de circunstancias de urgencia y otras excepciones, siempre que se notifiquen al público.

Se tiene la obligación de notificar al Comité el funcionamiento de este mecanismo de ventanilla única.

5. Inspección previa a la expedición

Actualmente en la OMC está en vigor el Acuerdo sobre Inspección Previa, el cual establece una serie de disposiciones, en particular define las actividades de inspección previa a la expedición (artículo 1.3) como las actividades sobre verificación de la calidad, la cantidad, el precio o la clasificación aduanera de las mercancías a exportarse.

Por su parte, en el AFC se establece la obligación de no exigir la utilización de inspecciones previas a la expedición con relación a la clasificación arancelaria y la valoración en aduana. Esta disposición pareciera que modifica el Acuerdo sobre Inspección Previa mientras éste permite la inspección previa sobre clasificación arancelaria, el AFC lo prohíbe.

Además, se alienta a los Miembros a no implementar ni aplicar inspecciones previas a la expedición que estén en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre Inspección Previa, sin perjuicio de aquellas con fines sanitarios y fitosanitarios.

6. Agentes de aduanas

Esta disposición mantiene el *status quo*, así los Miembros que prescriben de forma obligatoria los servicios de agentes de aduanas para las operaciones de comercio exterior al momento de entrada en vigor del AFC podrán continuar estableciendo esa obligación, en tanto que los Miembros que no tengan ese requisito no podrán implementarlo en el futuro. De esta forma se asegura que los Miembros no adopten el recurso obligatorio a los agentes de aduanas y al mismo tiempo se respeta a los Miembros que sí lo requieren a que puedan continuar manteniéndolo.

Adicionalmente, se dispone que en el otorgamiento de licencias a agentes de aduanas los Miembros dispongan medidas transparentes y objetivas.

Finalmente, se establece la obligación de notificar al Comité y publicar las medidas sobre el recurso a agentes de aduanas, cuyas modificaciones también se deben notificar y publicar sin demora.

7. Procedimientos comunes en frontera y requisitos uniformes de documentación

Este apartado del AFC dispone que los Miembros deberán aplicar procedimientos aduaneros comunes y requisitos uniformes para el levante de las mercancías y su despacho en todo su territorio. Esta obligación es de suma importancia ya que dispone que los Miembros deben tener en todo su territorio procedimientos comunes y requisitos uniformes.

Esta obligación permite a un Miembro diferenciar procedimientos y requisitos (i) sobre la naturaleza y tipo de mercancías o por el medio de transporte, (ii) sobre la base de la gestión del riesgo, (iii) con el fin de conceder la exoneración de derechos o impuestos de importación, y (iv) de manera compatible con el Acuerdo MSF⁴⁶. Así mismo, se dispone que no se impedirá a un Miembro aplicar sistemas de presentación o tramitación electrónica.

8. Mercancías rechazadas

Un elemento novedoso del AFC es la posibilidad de que el importador pueda reexpedir o tener la devolución para él o para otra persona designada en los casos en que la autoridad rechace las mercancías para importación ante la falta de cumplimiento de reglamentos sanitarios y fitosanitarios o reglamentos técnicos, lo anterior con la autorización del Miembro que rechazó las mercancías de conformidad con lo establecido en su legislación y reglamentación correspondiente.

Si el importador no ejerce esa posibilidad en un plazo razonable, el Miembro podrá adoptar otra forma de proceder respecto de las mercancías. Normalmente se procede a su destrucción.

⁴⁶ El artículo 6 regula la adaptación a las condiciones regionales, con inclusión de las zonas libres de plagas o enfermedades y las zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades.

9. *Admisión temporal de mercancías*

Sujeto a las leyes y reglamentos de un Miembro, éste permitirá la introducción de mercancías a su territorio con suspensión total o parcial del pago de derechos e impuestos de importación a condición de (i) que esas mercancías estén destinadas a la reexportación en un plazo determinado y se introduzcan con un fin determinado, y (ii) que no sufran ninguna modificación, salvo la depreciación y deterioro normal con motivo del uso.

También sujeto a las leyes y reglamentos de un Miembro, éste permitirá el perfeccionamiento de mercancías tanto activo como pasivo.

Ambos tipos de perfeccionamiento son definidos en el propio AFC, a saber: (i) *perfeccionamiento activo* es el régimen aduanero que autoriza la introducción de mercancías al territorio de un Miembro para su transformación, elaboración o reparación y la posterior exportación, al respecto se autoriza la suspensión condicional total o parcial de los derechos e impuestos o bien la devolución de derechos, y (ii) *perfeccionamiento pasivo* es el régimen aduanero que permite la exportación temporal de mercancías en libre circulación en el territorio de un Miembro para su elaboración o reparación en el extranjero y reimportarlas posteriormente.

IV. TRANSITO

1. *Libertad de tránsito (artículo 11)*

La disposición de tráfico en tránsito⁴⁷ del AFC es especialmente relevante para los países sin litoral marítimo. Además, las disposiciones de tránsito si bien regulan las mercancías están directamente relacionadas con la prestación de servicios –modo I, motivo por el cual la regulación es más compleja–. Muestra de ello es el primer párrafo del artículo V del GATT “... los barcos y otros medios de transporte serán considerados en tránsito a través del territorio de una parte contratante”.

⁴⁷ La definición de tráfico en tránsito se encuentra en el primer párrafo del artículo V del GATT, a saber “[l]as mercancías ... y otros medios de transporte serán considerados en tránsito a través del territorio de una parte contratante, cuando el paso por dicho territorio ... constituya sólo una parte de un viaje completo que comience y termine fuera de las fronteras de la parte contratante por cuyo territorio se efectúe”. En el caso *Colombia – Puertos de entrada* el grupo especial consideró que “la definición de ‘tráfico en tránsito’ ... parece en principio suficientemente clara”, Informe del Grupo Especial, *Colombia – Puertos de entrada* (DS366), párrafo 7.396.

Es relevante mencionar que el artículo V del GATT no fue interpretado antes ni por grupos especiales en el marco del GATT de 1947 ni por el Órgano de Apelación hasta el caso de *Colombia – Puertos de entrada*, cuyo informe del grupo especial fue emitido en el año 2009 y no fue objeto de apelación. Dicho grupo especial indicó que este artículo “aborda en general cuestiones relacionadas con la ‘libertad de tránsito’ de las mercancías. Esto incluye la protección frente a restricciones innecesarias, como las limitaciones de la libertad de tránsito o las cargas o demoras no razonables (párrafos 2-4), y el otorgamiento del trato de la nación más favorecida (NMF) por lo que respecta a las mercancías de los Miembros que son ‘tráfico en tránsito’ (párrafos 2 y 5) o ‘hayan pasado en tránsito’ (párrafo 6)”⁴⁸.

Si bien existe un artículo en particular para el tráfico en tránsito, en otros artículos se hace mención expresa en el AFC a ciertas obligaciones al respecto *e.g.* tercer considerando del AFC, el artículo 1.1 subapartados a), c), f), g), i) sobre publicación, artículo 1.2.1 subapartados a) y b), sobre información disponible por medio de Internet, artículo 2, párrafos 1.1 y 1.2 relativos a la oportunidad de formular observaciones e información antes de la entrada en vigor de las medidas, artículo 6.3.7 sobre disciplinas en materia de sanciones, artículo 7.7.1 relativo a las medidas de facilitación del comercio para operadores autorizados, artículo 8.1 respecto de la cooperación entre autoridades aduaneras de un Miembro, artículo 10, apartado 1.1 sobre formalidades y requisitos de documentación, apartado 2.2 en materia de aceptación de copias, apartado 10.3 sobre uso de normas internacionales, apartado 4.1 sobre el mecanismo de ventanilla única.

El primer elemento de las disposiciones sobre libertad de tránsito obliga a los Miembros respecto de los reglamentos o formalidades relativos al tráfico en tránsito a (i) no mantenerlos si han cambiado las circunstancias u objetivos que motivaron su adopción no existen o si pueden ser modificados en tanto puedan atender una forma menos restrictiva al comercio que esté razonablemente a su alcance, y (ii) no aplicar este tipo de reglamentos o formalidades de manera que constituyan una restricción encubierta al comercio.

Derechos y cargas: la obligación sobre el tráfico en tránsito es que no estará sujeto a derechos o cargas relativos al tránsito, salvo los gastos de transporte y cargas, tales como gastos administrativos o costo de los servicios con motivo del tránsito. Esta disposición tiene su base en el artículo V:3 del GATT.

⁴⁸ Ibidem, párrafo 7.387.

Limitaciones voluntarias: se establece la obligación de los Miembros de no establecer ni mantener “limitaciones voluntarias” o medidas similares con relación al tráfico en tránsito. Esto obedece a que en la práctica algunos Miembros solicitan al país exportador limitar las operaciones de tráfico en tránsito, se les conoce como “voluntarias”. Además, se dispone que esta obligación es sin perjuicio de las medidas nacionales y de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre reglamentación del transporte y que sea compatible con las obligaciones de la OMC.

Ficción de exportación directa: el párrafo 4 del artículo 11 tiene una disposición prácticamente idéntica la del artículo V:6 del GATT⁴⁹, el AFC establece que los Miembros darán a los productos que pasen en tránsito en territorio de otro Miembro un trato como si el tránsito no hubiese acontecido. De esta frase llaman la atención dos aspectos: primero, el término productos no está calificado, es decir puede ser cualquier producto, otras disposiciones del GATT por ejemplo califican el trato a “productos originarios”, y segundo, se obliga a que el tránsito sea por el territorio de un Miembro de la OMC, lo cual excluiría la posibilidad de que se brinde ese trato si el tránsito se efectuó por territorio de un país no Miembro. Aunque la OMC actualmente tiene 161 Miembros, aún existen países que no forman parte de la OMC⁵⁰.

Respecto al artículo V:6 del GATT, un grupo especial concluyó que esta disposición “obliga a los Miembros a hacer extensivo el trato NMF a todas las mercancías que hayan estado en tránsito internacional, salvo en el marco de los compromisos específicos y preexistentes en materia de expediciones directas”⁵¹. Además, el grupo especial determinó que “el párrafo 2 del artículo V hace extensiva la protección NMF a las mercancías en tránsito por países Miembros, mientras que el párrafo 6 del artículo V hace extensiva la

⁴⁹ Las únicas dos diferencias se tratan de la sustitución de “parte contratante” del GATT por “Miembro” de la OMC, y del tiempo de los verbos según se muestra *infra*, a pesar de la diferencia no consideramos que las disposiciones sean distintas, de hecho podrían ser consideradas idénticas o en todo caso complementarias.

Párrafo 6 del artículo V del GATT:

Cada parte contratante concederá a los productos que *hayan pasado* en tránsito por el territorio de cualquier *otra parte contratante* un trato no menos favorable que el que se les *habría concedido si hubiesen* sido transportados desde su lugar de origen hasta el de destino sin pasar por dicho territorio (énfasis añadido).

Párrafo 4 del artículo 11 del AFC:

Cada Miembro concederá a los productos que *pasarán* en tránsito por el territorio de cualquier *otro Miembro* un trato no menos favorable que el que se les *concedería si fueran* transportados desde su lugar de origen hasta el de destino sin pasar por dicho territorio (énfasis añadido).

⁵⁰ Actualmente están en proceso de adhesión a la OMC 23 territorios aduaneros, consulta de fecha 25 de marzo de 2015, http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/status_e.htm

⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Puertos de entrada* (DS366), párrafo 7.465.

protección NMF frente a la discriminación basada en el recorrido geográfico de las mercancías en tránsito cuando llegan a su destino final”⁵².

Adicionalmente, el grupo especial en ese caso dio mayor explicación “el párrafo 6 del artículo V hace extensiva la protección NMF en sentido amplio al ‘trato’ (es decir, ‘cada parte contratante concederá a los productos que hayan pasado en tránsito por el territorio de cualquier otra parte contratante un trato no menos favorable ...’), interpretar que el párrafo 6 del artículo V regula el trato otorgado al ‘tráfico en tránsito’ se superpondría a la amplia protección ya garantizada por el párrafo 5 del artículo V”⁵³.

Al analizar el párrafo 6, de hecho el grupo especial en *Colombia – Puertos de entrada* hizo referencia a los trabajos del GNFC como parte de su examen y notó que no existía acuerdo sobre la interpretación de este párrafo y que había más de una interpretación⁵⁴. Al final el grupo especial concluyó que “las obligaciones establecidas en las frases primera y segunda del párrafo 6 del artículo V son aplicables a los Miembros cuyo territorio es el destino final de las mercancías en tránsito internacional”⁵⁵.

En resumen, el grupo especial del asunto *Colombia – Puertos de entrada* concluyó que “los productos que son transportados desde su lugar de origen y pasan a través de cualquier otro país Miembro en ruta a su destino final deberán ser tratados de manera no menos favorable que si esos mismos productos hubieran sido transportados desde su lugar de origen hasta su destino final sin haber pasado en ningún momento por el territorio de ese otro Miembro”⁵⁶.

Infraestructura: una disposición en este tema es de mejor empeño y consiste en alentar a los Miembros a poner a disposición infraestructuras físicamente separadas, tales como carriles y muelles de atraque para el tráfico en tránsito sujeta a que sea factible. El carácter de esta disposición tiene su antecedente en el *paquete de julio* en el cual se acordó específicamente para los países en desarrollo y menos adelantados Miembros que no existiría la obligación de efectuar inversiones en infraestructura.

⁵² Ibidem, párrafo 7.467.

⁵³ Ibidem, párrafo 7.468.

⁵⁴ El grupo especial en *Colombia – Puertos de entrada* tomó la siguiente cita de las discusiones del GNFC: “... puede debatirse si la prescripción del trato igual establecida en el párrafo 6 sólo se aplica a productos que pasan por el territorio de una parte después de haber pasado ya por otro país, o si se aplica también a productos que, después de haber pasado por un país, entran en el territorio de otra parte y se quedan allí, siendo este territorio su lugar de destino”, Informe del Grupo Especial, *Colombia – Puertos de entrada* (DS366), párrafo 7.472.

⁵⁵ Ibidem, párrafo 7.475.

⁵⁶ Ibidem, párrafo 7.478.

Formalidades, documentos y controles: se establece que las formalidades, requisitos de documentos y controles aduaneros relativos al tráfico en tránsito no serán más gavosos de lo necesario para identificar las mercancías y asegurarse del cumplimiento de las medidas en tránsito.

Prohibición de imponer más cargas al tránsito: se prevé la obligación de que llevado a cabo el procedimiento de tránsito y autorizado el mismo, las mercancías no se sujetarán a ninguna carga aduanera ni demoras ni restricciones innecesarias hasta que concluya el tránsito en el punto de destino dentro del territorio de ese Miembro.

Inaplicabilidad del Acuerdo OTC: se dispone que los Miembros no deberán exigir el cumplimiento de reglamentos técnicos ni procedimientos de evaluación de la conformidad a las mercancías en tránsito en términos del Acuerdo OTC, ello obedece a que esas mercancías no entrarán propiamente al territorio o al comercio. Nótese que las medidas sanitarias y fitosanitarias sí estarían permitidas por la naturaleza del riesgo que conlleva estas medidas.

Tramitación anticipada: como en la disposición relativa a la tramitación previa a la llegada sobre levante y despacho de las mercancías (artículo 7.1 del AFC), aquí se establece que se permita la tramitación anticipada de documentos y datos relacionados con el tránsito antes de la llegada de las mercancías.

Conclusión del tránsito: se prescribe que la oficina de aduanas de llegada por la que salga el tráfico en tránsito dará por terminada la operación en cuanto haya llegado ese tráfico a la oficina citada sin demora sujeto a que se hayan cumplido las medidas relativas al tránsito.

Garantías: para el tráfico en tránsito se establece que un Miembro puede exigir una garantía apropiada *e.g.* fianza, depósito, un instrumento –monetario o no monetario–, siempre que se limite a asegurar la observancia de los requisitos derivados del tráfico en tránsito, esto es, no se puede requerir una garantía que vaya más allá de la operación del tráfico en tránsito. Es importante hacer notar que esta disposición permite que la garantía sea el propio medio de transporte, ya que algunos Miembros actualmente usan esa forma de garantía para el tráfico en tránsito, lo cual les permitirá continuar con ese mecanismo.

Como una medida de facilitación adicional, sujeto a las leyes y reglamentos, se establece que los Miembros permitirán las garantías globales, es decir, aquellas que cubran múltiples transacciones siempre que se trate del mismo operador o de la renovación de garantías no liberadas para envíos subsecuentes.

La liberación de la garantía se debe hacer sin demora en cuanto se determine por el Miembro que se satisfagan los requisitos aplicables al tránsito.

Como una medida particular de transparencia para las garantías del tráfico en tránsito, se prevé que los Miembros deben poner a disposición del público la información relativa al establecimiento de la garantía, tanto para transacciones específicas como, en su caso, para transacciones múltiples.

Escortas y convoyes: mediante esta disposición se permite que los Miembros puedan requerir el uso de escoltas aduaneras o convoyes aduaneros en el tráfico en tránsito únicamente en circunstancias de alto riesgo o cuando no pueda asegurarse el cumplimiento de las medidas aduaneras mediante garantías. Además, se establece la obligación de publicar las medidas de aplicación general en esta materia según lo previsto en el artículo 1 del AFC.

Cooperación y coordinación entre las autoridades aduaneras de los Miembros: mediante esta disposición se establece que los Miembros se esforzarán por cooperar y coordinarse entre ellos a fin de reforzar la libertad de tránsito, para lo cual podrán tener un entendimiento sobre las cargas, las formalidades y requisitos, y del funcionamiento práctico de los regímenes de tránsito.

Coordinador nacional del tránsito. Como medida de mejor empeño, se indica que cada Miembro se esforzará por tener un coordinador nacional del tránsito a quien se le dirijan peticiones de información y las propuestas de otros Miembros sobre el funcionamiento de las operaciones en tránsito.

V. CONCLUSIONES

Como se describió a lo largo del artículo muchas de las disposiciones del AFC están actualmente previstas en el GATT o en su mayoría son el desarrollo de disposiciones de este último. Algunas disposiciones del AFC incorporan prácticamente de forma textual algunas disposiciones del GATT. Lo anterior puede ser un indicio de que las disposiciones del actual GATT –en disposiciones del GATT de 1947 negociadas aproximadamente 70 años atrás– no están funcionando o que requieren algunos ajustes en su ámbito de aplicación. En otros casos podría tratarse de la necesidad de reiterar que no se está modificando el GATT u otros acuerdos abarcados de la OMC o que tanto el AFC como estos últimos deben ser leídos en conjunto.

Por otra parte, muchas de las obligaciones al estar calificadas por frases como “en la medida de lo posible”, “cuando sea factible”, entre otras, podrían indicar que el cabal cumplimiento de las obligaciones en todo caso sería limitado. Otras disposiciones únicamente lograron tener un reconocimiento de mejor empeño o esfuerzo. En cierta forma, el AFC comenzó con un enfoque de cumplimiento muy ambicioso – de la comparación de las propuestas originales y de los textos consolidados de negociación con el resultado final se encuentra que varias obligaciones fueron atenuadas o convertidas en cláusulas de mejor empeño–; sin embargo, todos estos elementos fueron resultado de un largo proceso de negociación que comenzó en 2004 y concluyó en 2013, pero no fue sino hasta un año después que logró consolidarse ese acuerdo.

En este contexto, si bien las obligaciones están calificadas y tienen muchas ocasiones límites por el reconocimiento de derechos de los Miembros, el AFC representa un importante logro, aunque menor, de tener más reglas o mejor desarrolladas para 161 Miembros. En un sentido aspiracional los Miembros lograron al menos introducir cláusulas de mejor empeño o esfuerzo, si bien jurídicamente se requiere un análisis que determine el grado de obligatoriedad, es un paso hacia adelante. Es necesario recordar que aunque muchos Miembros tienen un nivel de cumplimiento mayor al previsto en el AFC ya sea conforme a su sistema jurídico nacional o derivado de acuerdos comerciales regionales, lo cierto es que no todos los Miembros están en la misma posibilidad de alcanzar ese nivel, aquí es donde el AFC representa algo valioso.

A partir de la redacción de las diferentes disposiciones, en nuestra opinión se nota que los Miembros quisieron ser muy cautelosos en el establecimiento de obligaciones de facilitación del comercio, por ejemplo en reiteradas ocasiones se dispone que las medidas de facilitación están sujetas al cumplimiento de la legislación y reglamentación aplicable. Destaca este tipo de disposiciones dado que podrían ser en cierta medida circulares *i.e.* el AFC dispone algo sujeto al derecho interno de los Miembros, pero si ese derecho no permite lo previsto en el AFC, entonces haría nugatoria la disposición del AFC en cuestión. Otra posible lectura, es que esta referencia al derecho interno le permite a los Miembros mantener en vigor sus medidas sin la obligación de modificarlas. Así mismo, este tipo de cláusulas indican que los Miembros requerían tener certeza y dejar de forma explícita el reconocimiento del cumplimiento de su ley como requisito.

El AFC tiene una serie de obligaciones, el grado la obligación está matizada. Al mismo tiempo a lo largo del AFC se reconocen una serie de derechos, la idea es siempre considerar que los Miembros tienen el derecho de vigilar el cumplimiento de las medidas aplicables siempre y cuando a la vez estas medidas

estén de conformidad con su obligaciones de la OMC. El reconocimiento de una serie de derechos parece que tiene la intención de evitar interpretaciones en las que con motivo de la liberalización el Miembro se quede sin facultades de revisión.

En el AFC se acordaron una serie de pasos mínimos y básicos que, sin embargo, son de gran ayuda. Por ejemplo en dos disposiciones se indica que el propósito es facilitar el comercio para las PyMEs, esto se entiende mejor en un contexto en donde los obstáculos al comercio exterior afectan a todos, especialmente a las PyMEs que no tienen oportunidad de analizar las medidas aduaneras de los Miembros y podrían afectar su capacidad exportadora o importadora.

El desarrollo previsto de las disposiciones del GATT conforme al mandato de Doha no sólo incluyó los artículos V, VIII y X del GATT, sino que se también se desarrollaron disposiciones de otros acuerdos *e.g.* el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF o el Acuerdo sobre Inspección Previa.

Como disposiciones multilaterales nuevas desarrolladas en el AFC se encuentran las siguientes:

- *publicación de información en Internet*, aunque es algo que pareciera obvio para ciertos países y algo natural como parte del desarrollo tecnológico, muchos Miembros en especial ciertos países en desarrollo y menos adelantados no lo hacen, por lo tanto es una mejora el tener esta disposición;
- *publicación de la descripción de procedimientos de operaciones de comercio exterior en un idioma oficial de la OMC*, es una medida de facilitación en tanto que brinda información sencilla;
- *formulación de observaciones y consultas sobre propuestas de nuevas medidas o modificaciones*, actualmente se prevé la posibilidad de presentar observaciones por ejemplo a los proyectos de medidas en el Acuerdo OTC, con esta disposición se amplía el ámbito a más medidas;
- *sanciones*, los Miembros evitarán conflictos de intereses en la determinación y recaudación de sanciones y derechos, y la creación de un incentivo para la determinación o recaudación de una sanción;
- *pago electrónico*, se prescribe que los Miembros deben tener procedimientos de pago electrónico de sus obligaciones relativas a operaciones de comercio exterior;
- *ventanilla única*, se tiene como medida de mejor empeño el contar un punto de entrada único para las operaciones de comercio exterior;

- *mercancías rechazadas*, permite que el importador pueda reexpedir o tener la devolución para él o para otra persona designada si la autoridad rechaza las mercancías para importación.

Aunque no se abordó la Sección II del AFC, es importante mencionar que por primera ocasión se tiene un acuerdo en la OMC que tiene una implementación hecha a la medida de cada Miembro y por cada disposición según sea auto-definido por el Miembro, en particular para los países en desarrollo y menos adelantados quienes tienen la oportunidad de implementar el acuerdo en función de sus propias necesidades⁵⁷. Lo común en otros acuerdos fue implementarlos por categorías de los Miembros, por ejemplo el Acuerdo sobre los ADPIC se implementó para *todos* los Miembros después de un año de su entrada en vigor, para *todos* los países en desarrollo Miembros en un plazo de hasta 9 años para la mayoría de las disposiciones y para los países menos adelantados Miembros hasta 10 años para determinadas disposiciones, este último período se ha prorrogado hasta la fecha⁵⁸.

Transcurrieron 10 años, de 2004 al 2014, entre el inicio del proceso de negociaciones y la conclusión de las mismas, así como la revisión legal, y la adopción del protocolo de enmienda al Acuerdo sobre la OMC y el envío del AFC para aceptación a los Miembros. El proceso fue muy largo y complicado. Aún así fue un resultado *rápido* si se considera que otros procesos de negociación en la OMC no han concluido *e.g.* las negociaciones sobre las mejoras y aclaraciones del ESD iniciadas desde 1997.

Ahora el reto para los 161 Miembros será poner en vigor el AFC, dado que se requiere que lo ratifiquen dos terceras partes de la Membresía.

⁵⁷ Para mayor información respecto a la Sección II, se puede consultar el *Mecanismo para el AFC*, <http://www.tfafacility.org/es>

⁵⁸ Un ejemplo adicional de entrada en vigor diferenciada se encuentra en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (artículo 20 y Anexo III).