



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

	Pág.
Proceso 134-AI-2003.- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, por no aplicar el Principio de Trato Nacional en lo relativo a la exoneración del impuesto al valor agregado (IVA) a las importaciones originarias de la Subregión, contraviniendo el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563) y artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal	1
Proceso 117-AI-2004.- Admisión a trámite de la demanda y suspensión provisional de la aplicación del Decreto 2646 de 2004 expedido el 19 de agosto de 2004 por la República de Colombia y publicado en el Diario Oficial 45.646 del 20 de agosto de 2004	13

PROCESO 134-AI-2003

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, por no aplicar el Principio de Trato Nacional en lo relativo a la exoneración del impuesto al valor agregado (IVA) a las importaciones originarias de la Subregión, contraviniendo el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563) y artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, a los veinte y dos días del mes de septiembre de dos mil cuatro, en la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela.

VISTOS:

La comunicación SG-C/0.5/2045-2003 de 12 de noviembre del 2003, recibida en el Tribunal el 18 de noviembre del mismo año, por medio de la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone acción de incumplimiento contra la República Bolivariana de Venezuela por no aplicar el principio de Trato Nacional en lo relativo a la exoneración del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a las importaciones originarias de la Subregión.

El auto de 21 de enero de 2004, en el que la demanda fue admitida a trámite, ordenándose la notificación a la República Bolivariana de Venezuela, a la que se le concede el plazo de 40 días para que de contestación a la demanda.

El escrito de contestación a la demanda, proveniente de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 8 de marzo del 2004, recibido en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, vía fax.

El auto de 31 de marzo del 2004, por el cual el Tribunal tiene por contestada la demanda y por presentadas las pruebas documentales aportadas por las partes, no admite la reconvencción interpuesta por Venezuela, y decide finalmente poner en conocimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina la solicitud de nulidad



del proceso de incumplimiento 134-AI-2003 formulada por Venezuela.

La comunicación SG-C/0.5/736/2004, recibida en tiempo hábil por el Tribunal, vía fax, con fecha 12 de abril del año 2004, en la que la Secretaría General solicita que se declare improcedente el pedido de nulidad deducido por Venezuela.

El auto de 21 de abril del 2004, por medio del cual el Tribunal decide desestimar el pedido de Venezuela de que se declare la nulidad del proceso y convoca a las partes a la Audiencia Pública.

La Secretaría General a través de la comunicación SG-C/0.5/1049/2004, recibida en este Tribunal el 1 de junio del 2004 solicitó el diferimiento de la audiencia pública convocada para el 8 de junio del año en curso.

El auto de 9 de junio del 2004 en el que se desestima la solicitud formulada por la Secretaría General.

La comunicación SG-C/0.5/1183/2004, de 22 de junio del 2004, en la que se expresan las razones de hecho que fundamentan la petición de diferimiento.

El auto de siete de julio de 2004, en el que se señalan nuevos día y hora para la realización de la Audiencia Pública.

El Acta de la Audiencia Pública celebrada el 26 de agosto del 2004; y

Los escritos de conclusiones de las partes.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Las partes.

Es parte demandante la Secretaría General de la Comunidad Andina. Es demandada la República Bolivariana de Venezuela, en su condición de País Miembro de la Comunidad Andina.

1.2. La demanda.

Por medio de comunicación SG-C/0.5/2045-2003 de 12 de noviembre del 2003 (folio 1 a 12), recibida en el Tribunal el 18 de noviembre del mismo año, la Secretaría General de la Comuni-

dad Andina interpone Acción de Incumplimiento en contra de la República Bolivariana de Venezuela, por no aplicar el principio de Trato Nacional en lo relativo a la exoneración del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a las importaciones originarias de la Subregión, incurriendo en violación del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena y artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

1.2.1. Fundamentos de hecho.

El Ministerio de Comercio Exterior de Colombia mediante comunicación dirigida a la Secretaría General el 21 de agosto de 2002, dio información referente al posible incumplimiento del principio de Trato Nacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela, al expedir la Ley de reforma Parcial a la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (IVA), publicada en la Gaceta Oficial N° 37480.

La Secretaría General envió la comunicación SG-F/4.2.1/1496/2002, por vía fax al Gobierno de Venezuela, para informarle acerca del inicio de la investigación por posible incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (75 en el texto codificado por la Decisión 563).

El Gobierno de Bolivia a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el 5 de septiembre del 2002 se dirigió a la Secretaría General, con el objeto de señalar que, según la reforma parcial de la ley que establece el IVA, la exención que confiere el impuesto procedería únicamente en el caso de no existir producción venezolana de los bienes objeto del beneficio o cuando aquélla fuere insuficiente, tal situación debería ser certificada por el Ministerio correspondiente, el SENIAT venezolano estableció que de no existir tal certificación, se debería constituir un depósito previo o una fianza bancaria correspondiente al equivalente del IVA, lo que a criterio del gobierno de Bolivia equivale a un gravamen en contravención a los preceptos del libre comercio y el trato igualitario.

El Ecuador a través del Ministerio respectivo, informó a la Secretaría General su preocupación por el hecho de que las autoridades venezolanas habrían impuesto un IVA de 14.5 % a todas las importaciones de productos similares a los que se fabrican en ese país, afectando las exportaciones ecuatorianas de productos como el atún enlatado.



La Secretaría General formuló el 30 de septiembre del 2002, la Nota de Observaciones SG-F/4.2.1/1680/2002 dirigida al Gobierno de Venezuela por el posible incumplimiento de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino, específicamente en el artículo 75 de la Decisión 563. Se le concedió al Gobierno de Venezuela un plazo no mayor a diez días hábiles para darle respuesta.

El Ministerio de Comercio Exterior boliviano, el 3 de octubre del 2002, manifestó que la Ley del IVA en Venezuela, contradice el principio de Trato Nacional recogido en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (75 en el texto codificado por la Decisión 563).

Con fecha 14 de octubre del 2002, el Gobierno de Venezuela respondió a la Nota de Observaciones, expresando que la Ley del Impuesto al Valor Agregado publicada en la Gaceta Oficial N° 37480 de 09 de julio del 2002 se encuentra formalmente derogada, sustituyéndose por la publicada en Gaceta Oficial N° 5600 extraordinaria de 26 de agosto del 2002 y posteriormente por la Ley que establece el IVA, publicada en la Gaceta Oficial N° 5601 de 30 de agosto de 2002.

La Secretaría General el 26 de noviembre del 2002, emitió el Dictamen 10-2002 contenido en la Resolución N° 677 publicada en la Gaceta Oficial N° 867 de 28 de noviembre del 2002, en el que se constató que el hecho de que Venezuela supedita la exención del pago del IVA de los bienes importados originarios de la Subregión a la condición de que no exista producción nacional o que aquélla fuese insuficiente, en tanto que los productos similares nacionales no están sujetos al pago del impuesto, constituye un incumplimiento del país de las obligaciones emanadas de las normas comunitarias y particularmente del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (75 según la codificación de la Decisión 563) y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Con fecha 12 de febrero del 2003 la Secretaría General recibió una comunicación del Ministerio de Comercio Exterior de Colombia en la que se informaba que el gobierno venezolano aún no había dado cumplimiento a lo dictaminado en la Resolución N° 677, por lo que debía iniciarse el proceso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1.2.2. Sobre la verificación de los trámites previos.

Indica la demandante que conforme a lo señalado por el Tribunal, el ejercicio de la acción de incumplimiento está sometido a la verificación de trámites previos que se encuentran consagrados en el Tratado de Creación del Tribunal; en éste sentido sostiene la Secretaría General que en el caso subjúdice, tales requisitos procesales exigidos para la prosperidad de la acción, están constituidos, así: 1) la nota de observaciones N° SG-F/4.2.1/1680/2002 del 30 de septiembre del 2002; 2) el plazo que se concedió al Gobierno de Venezuela para que respondiera la referida nota de observaciones; y 3) el Dictamen 10-2002, contenido en la Resolución N° 677 de la Secretaría General de 26 de noviembre del 2002.

1.2.3. Fundamentos de derecho.

1.2.3.1. Incumplimiento del artículo 75 de la Decisión 563.

Se refiere la demanda al incumplimiento en que incurre la República Bolivariana de Venezuela del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (75 según la codificación de la Decisión 563).

El principio de "trato nacional" es inherente al proceso de integración, por ello los Países Miembros están obligados a no discriminar entre bienes nacionales y originarios de los demás Países Miembros, el alcance de dicha disposición, no se limita a impuestos, tasas y otros gravámenes internos, sino también a cualquier norma nacional que afecte la libre circulación de los productos en el interior del Estado y en el mercado comunitario. El respeto a dicho principio es fundamental para el pleno funcionamiento de la libre circulación de mercancías, que es la base de los compromisos de la integración andina.

La República de Venezuela, ha vulnerado el principio antes mencionado al darle diferente trato a los productos de los demás Países Miembros respecto de los productos nacionales para efectos del pago del IVA.

La Ley del IVA venezolana, en sus artículos 17 y 18 discrimina a los productos originarios de la subregión que sean similares a los de fabricación nacional, los que se colocan en una situación más ventajosa frente a los anteriores, ya



que mientras los productos nacionales siempre están exentos del pago del IVA, los otros provenientes de la subregión deben pagar el mencionado impuesto a menos que no exista producción nacional o que aquélla fuese insuficiente, adicionalmente, se impone la obligación de constituir un depósito o fianza bancaria por el equivalente a dicha alícuota en caso de no existir pronunciamiento sobre la suficiencia de producción nacional.

1.2.3.2. Incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La demanda hace, finalmente, referencia al incumplimiento por parte de Venezuela, en torno a la obligación de cooperación leal consagrada en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al adoptar y aplicar una normativa interna no compatible con los principios y normas comunitarias, encontrándose obligada a abstenerse de aplicar su legislación interna en todo aquello que resulte incompatible con el ordenamiento andino, sin perjuicio de restablecer los derechos vulnerados de los particulares como consecuencia del incumplimiento.

1.3. La Contestación de la demanda.

La República de Venezuela, por intermedio del Ministro de la Producción y el Comercio, contestó la demanda exponiendo que la Nota de Observaciones fue emitida por la Secretaría General de manera extemporánea, adoleciendo de otros vicios de procedimiento.

Expresa que la Nota de Observaciones se refiere a la Ley del impuesto al Valor Agregado publicada en la Gaceta Oficial N° 37480 de 9 de julio del 2002, la que fue derogada y sustituida por la publicada en la Gaceta Oficial N° 5.600 extraordinario de 26 de agosto del 2002, y luego por la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado publicada en la Gaceta Oficial N° 5601 extraordinario de 30 de agosto del 2002. La Secretaría General pretendió fundamentar su acción en una norma que formalmente ya había sido derogada, por lo que se solicita que se declare sin lugar la acción intentada por configurarse una sustracción de materia.

En la Nota de Observaciones remitida a la República Bolivariana de Venezuela, no se indicó

con precisión, las subpartidas NANDINA referentes a los productos afectados por la medida presuntamente infractora, por lo que la Secretaría General violentó la disposición contenida en el literal c) del artículo 61 de la Decisión 425.

Por las razones expuestas se considera que el procedimiento comunitario previo adolece de vicios y fallas procesales que la Secretaría General se negó a reconocer y corregir, por ello la República Bolivariana de Venezuela considera que se ha violentado su Derecho al Debido Proceso, y que no se ha respetado el Principio de Legalidad.

Agrega que tanto el procedimiento comunitario previo, como el Dictamen de Incumplimiento se encuentra afectado de NULIDAD ABSOLUTA, por incurrir además en el vicio de Falso Supuesto, por errada interpretación de las normas comunitarias.

Explica que el cobro del Impuesto al Valor Agregado, y su exención en los casos previstos en la ley, en nada vulneran el ordenamiento comunitario, ya que esto se refiere a la normativa interna de rentas vigente en el país, y que no se debe confundir la preeminencia supranacional atinente a la Secretaría General con la soberanía de una de las partes contratantes.

En la actualidad los Países Miembros de la Comunidad Andina trabajan para llegar a la armonización en materia del Impuesto al Valor Agregado, tal como se desprende del informe presentado por la Secretaría General del 12 de diciembre del 2003, pero mientras esto no se materialice, es evidente que cada uno de los Países Miembros se encuentra en libertad para regular de la manera que le resulte conveniente lo referente al cálculo, cobro y aplicación del impuesto. Por lo expuesto la Secretaría General no debió emitir pronunciamiento en relación con las exenciones, en la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado por cuanto ello significaría un exceso en la esfera de sus competencias.

Añade que la Secretaría General al considerar que la norma venezolana en materia de exenciones al Impuesto al Valor Agregado constituye una violación al Principio de Trato Nacional, incurrió en un falso supuesto, al pretender subsumir un impuesto no negociado en el marco del derecho comunitario, en los supuestos previstos en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena.



Por lo expuesto la República Bolivariana de Venezuela demanda la nulidad absoluta tanto del procedimiento comunitario previo, como de la Nota de Observaciones SG-F/4.2.1/1680/2002, del 30 de septiembre del 2002, así como del Dictamen de Incumplimiento 10-2002, contenido en la Resolución N° 677 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de fecha 12 de febrero del 2002. Igualmente se solicita al Tribunal que se declare la nulidad del proceso de incumplimiento 134-AI-2003.

2. LAS PRUEBAS.

En el presente proceso no se adujeron pruebas que ameritaran el otorgamiento de un término especial para su práctica, ya que las que pretenden hacer valer las partes son de carácter documental y fueron acompañadas a los memoriales que se han reseñado anteriormente.

Todas las pruebas aportadas al proceso, serán apreciadas por el Tribunal con el mérito que les corresponda y servirán para ilustrar su criterio y formar la convicción que permita la emisión del fallo.

3. AUDIENCIA PÚBLICA.

Por medio de auto de 7 de julio del año dos mil cuatro, debidamente notificado, el Tribunal convocó a las Partes en esta controversia a Audiencia Pública para el 26 de agosto del mismo año, diligencia que se llevó a cabo en esa fecha, con la asistencia de Representantes tanto de la Secretaría General de la Comunidad Andina, como del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.

3.1. Alegatos de conclusiones de los actuantes en el proceso.

3.1.1. Conclusiones de la parte actora.

La Secretaría General de la Comunidad Andina por medio de escrito depositado en el Tribunal el día 3 de septiembre del año 2004, presenta sus alegatos de conclusión, los que se resumen en los siguientes términos:

Manifiesta que la parte demandada en el presente caso, trató de desvirtuar el mérito de la presente acción, a través de argumentos referentes a aspectos adjetivos, en ausencia de argumentos de fondo; planteó una reconven-

ción, demandando LA NULIDAD ABSOLUTA en el procedimiento comunitario previo (procedimiento administrativo), en la Nota de Observaciones y el Dictamen de Incumplimiento 10-2002, estos pedidos no fueron admitidos a trámite por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente Venezuela solicitó que se declare la nulidad del Proceso 134-AI-2003, lo que fue desestimado.

Con respecto a los lapsos previstos en la Decisión 425, Venezuela alega la extemporaneidad de la Nota de Observaciones, ante lo que, la Secretaría General considera que este argumento podría considerarse únicamente respecto de la nulidad del proceso o la nulidad de los actos de la Secretaría General; sobre tales aspectos el Tribunal Andino se pronunció expresando que se había dado pleno cumplimiento a los trámites previos necesarios, por ello tal argumento resulta irrelevante.

La demandada confunde la naturaleza obligacional que los plazos procesales tienen para la Secretaría General, con los que tienen para las partes.

La parte demandada, no ha manifestado la inexistencia de la conducta examinada y se ha limitado a expresar que la norma referida en la nota de observaciones está formalmente derogada, sin mencionar que la conducta ha sido trasladada a otra disposición vigente.

La Secretaría General expresa que la acción de incumplimiento no se considera con relación a la forma legal que tenga la conducta infractora, sino a la conducta misma.

El Gobierno de Venezuela pidió a este Tribunal que se declare la sustracción de la materia por el cambio de la forma legal de la conducta infractora, ante lo que la Secretaría General insiste en que el Gobierno de Venezuela no niega y más bien reconoce, la continuidad de la conducta señalada como contraria al ordenamiento jurídico comunitario.

Venezuela señala que las subpartidas NANDINA, no fueron indicadas con precisión en la Nota de Observaciones. Este argumento fue contestado en el Dictamen, reiterando que la identificación de las subpartidas se hace por referencia a la norma venezolana sindicada como infractora; y que el literal c) del artículo 61 no requiere en



todos los casos de la identificación a nivel de subpartida NANDINA sino únicamente cuando corresponda.

La parte demandada alega que existe además nulidad absoluta en el Dictamen de incumplimiento por el vicio de falso supuesto, argumento que a criterio de la Secretaría General resulta improcedente en la presente acción de incumplimiento, por albergar una pretensión cuya tramitación corresponde a un proceso de otra naturaleza, denotándose una errónea interpretación del ordenamiento jurídico comunitario.

En el presente caso se encuentra en discusión una exención del IVA que discrimina entre productos nacionales y productos subregionales, conducta que resulta violatoria del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General actuó en aplicación de la referida normativa realizando la investigación y dictaminando que la conducta es violatoria de lo establecido en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena.

Es importante tomar en consideración que la presente no es la primera acción de incumplimiento que el Tribunal ha conocido por violación al principio de trato nacional en materia tributaria.

La República de Venezuela en la audiencia de 26 de agosto del 2004, argumentó que el régimen de exención del IVA establecido en ese País Miembro no podía considerarse como una conducta discriminatoria, por cuanto lo único que hacía dicho régimen era equiparar las cargas impositivas de las mercancías importadas con las cargas impositivas que poseen las mercaderías de Venezuela. La Secretaría General considera que un País Miembro no está facultado para pretender equiparar las supuestas desventajas que estarían teniendo las mercancías nacionales en relación con las importadas, en base a una política tributaria adoptada por ese País, en perjuicio de las mercaderías importadas provenientes de la subregión, más aún cuando estas últimas se encuentran cobijadas por el principio de Trato Nacional.

El supeditar la exención del pago del IVA de bienes importados originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina a la condición de que no exista producción nacional o que ésta sea insuficiente, mientras que los bienes similares de origen venezolano no están sujetos al pago del referido impuesto, se constituye en

una conducta discriminatoria incompatible con el principio de Trato Nacional, que según lo establecido en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena es uno de los mecanismos del Programa de Liberación.

Se ha demostrado que al adoptar instrumentar y aplicar medidas que contienen la referida conducta, la República de Venezuela ha incurrido en incumplimiento del principio de buena fe consagrado en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La parte demandada no ha logrado demostrar que la conducta materia de este proceso se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2. Conclusiones de la parte demandada.

La parte demandada a través de escrito depositado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 3 de septiembre del año 2004, manifestó lo que sigue a continuación:

La República de Venezuela manifiesta que la acción de incumplimiento iniciada por la Secretaría General de la Comunidad Andina es temeraria. Expresa que la Secretaría General de la Comunidad Andina ha incurrido en tres contravenciones al ordenamiento jurídico andino, respecto de su propio Reglamento de Procedimientos Administrativos.

Las violaciones son en primer lugar la emisión en forma extemporánea de la Nota de Observaciones, ya que según el artículo 61 de la Decisión 425, la Secretaría General de la Comunidad Andina contaba con un plazo de 10 días hábiles contados a partir del inicio de la investigación para formularla, sin embargo, la Nota de Observaciones se emitió 18 días hábiles luego de iniciada la investigación contra Venezuela. Adicionalmente la Secretaría General se refirió en la Nota de Observaciones a una norma jurídica que se encuentra formalmente derogada, y que ha sufrido reformas en tres ocasiones. Es importante resaltar que tal hecho, coincide con el supuesto que la jurisprudencia de este Honorable Tribunal ha denominado un caso de "sustracción de la materia".

La Nota de Observaciones omite identificar los productos afectados por la medida presunta-



mente infractora, con las respectivas subpartidas NANDINA, esto incumple lo determinado en el artículo 61 literal c) de la Decisión 425.

En la respuesta dada a la Nota de Observaciones fueron señalados estos vicios, por lo que en su momento Venezuela solicitó la nulidad de la misma, sin embargo haciendo caso omiso se emitió el Dictamen de Incumplimiento, y luego se procedió a demandar a Venezuela ante este Tribunal.

En cuanto a los argumentos sustantivos se indica que el IVA es un impuesto interno que no ha sido negociado dentro de la CAN, y que tanto su cobro como su exención en los casos previstos por la ley en nada vulneran los términos del Acuerdo de Cartagena, ya que deviene de la normativa interna de rentas vigente en Venezuela.

El Dictamen de Incumplimiento 10-2002, confunde la preeminencia supranacional atinente a la Secretaría General como Órgano Comunitario, con la soberanía de una de las partes contratantes.

La Decisión 599 aun no vigente, por primera vez en la historia de la Comunidad Andina, pretende armonizar el IVA, esto evidencia que al no existir una legislación supranacional uniforme vigente en materia de Impuesto al Valor Agregado, cada País Miembro para el momento en que se emitió el Dictamen de Incumplimiento, estaba en libertad para regular de la manera más conveniente, el cálculo, cobro y aplicación de IVA.

Venezuela afirma que la aplicación del IVA a las operaciones de importación no vulnera el principio de Trato Nacional, ya que coloca a los bienes importados en la misma situación en que se encuentran los bienes nacionales frente al tributo.

La aplicación del IVA venezolano en las operaciones de importación de bienes procedentes de la CAN (así como de cualquier otro país) se constituye en un mecanismo propio del sistema del IVA, destinado a mantener la neutralidad del tributo de forma que exista un trato equivalente entre los productos importados y los nacionales; a través de la aplicación del tributo a las importaciones, tales bienes al momento de su introducción a Venezuela se ubican en la misma situación en que se encuentran los bienes nacionales frente al tributo.

La norma venezolana que supedita la exención de las importaciones de bienes a una producción nacional insuficiente o inexistente no constituye un incumplimiento del principio de Trato Nacional, ya que en ningún caso se discrimina a los bienes importados y por el contrario dicha disposición se inserta dentro del sistema del IVA como un mecanismo que garantiza la neutralidad del tributo, permitiendo que los productos que llegan a Venezuela libres de impuestos desde su país de origen tengan un trato igual, respecto a los productos nacionales que tienen incorporado a su costo o gasto el impuesto soportado por los productores y comercializadores.

La exigencia del certificado de no producción nacional o producción insuficiente, para que proceda la exención de los bienes contemplados en los artículos 17 y 18 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado IVA, tiene la finalidad de mantener la neutralidad del tributo, corrigiendo la distorsión que representa la aflicción de las exenciones imperfectas o parciales.

Esta exigencia a criterio de la parte demandada no constituye un impuesto adicional al que se está sometiendo a las mercancías extranjeras, sino que se les aplica el mismo impuesto que se impone a los productos nacionales, buscando la equiparación de ambos tipos de bienes.

4. CONSIDERANDO.

4.1. Competencia.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento. Como quiera que se han observado rigurosamente las formalidades inherentes a la referida acción, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado, procede el Tribunal a dictar la sentencia de mérito.

4.2. Verificación de la regularidad de los presupuestos procesales de la acción

Por mandato expreso de los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal, desarrollado en los artículos 107 a 120 de su Estatuto, el



Tribunal se encuentra facultado para conocer de las acciones que sean interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas frente al Ordenamiento Comunitario por un País Miembro.

Para hacer uso de esta acción ante el Tribunal Comunitario debe agotarse indefectiblemente la llamada vía administrativa previa que supone la producción de un dictamen motivado por parte de la Secretaría General de la Comunidad, acerca del estado de cumplimiento del País de que se trate, con respecto a las obligaciones supuestamente incumplidas.

Las normas mencionadas imponen que antes de acudir al procedimiento judicial en el Tribunal, es indispensable que se adelante ante el ejecutivo comunitario, un procedimiento precontencioso, que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción, que se materializa por el desarrollo de una fase previa administrativa en la que debe abrirse un diálogo con el País Miembro presuntamente infractor, para buscar la solución del asunto controvertido, en dicha etapa. Debe en esa fase otorgarse al País Miembro la oportunidad procesal para aclarar, corregir o enmendar su conducta, a partir de la formulación de un pliego de cargos o nota de observaciones en la que se señalen los hechos constitutivos de la presunta infracción y la normativa comunitaria que con ellos resulta vulnerada. Es, así mismo, indispensable la emisión de un dictamen motivado, en el cual se determine si, a criterio de la Secretaría General, la conducta asumida por el País Miembro observado es contraria o no al ordenamiento jurídico comunitario. Se tiene, además, que la jurisprudencia del Tribunal exige que debe existir correspondencia y suficiente congruencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento con las alegadas posteriormente en la demanda que llegare a intentarse.¹

El Tribunal estima que, en el presente caso, analizados los antecedentes expuestos por las

partes, la Secretaría General ha dado oportunidad para que la República Bolivariana de Venezuela, argumente sobre la conducta objetada, garantizándole su derecho de contradicción y defensa, al concederle un plazo para dar respuestas a las observaciones formuladas; de donde se desprende que ha dado cumplimiento a lo establecido en la normativa comunitaria. En consecuencia, en la fase precontenciosa correspondiente a esta causa, se observaron los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico; además se aprecia que existe congruencia entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda en los términos y circunstancias que serán objeto de especial análisis más adelante.

Como ha alegado la demandada una supuesta irregularidad en el procedimiento previo surtido ante la Secretaría General consistente en que la Nota de Observaciones se produjo extemporáneamente, lo cual determinaría la pérdida de competencia para adelantar la actuación referida, debe el Tribunal ratificar que ello no es así, toda vez que los términos a que se refiere el artículo 61 de la Decisión 425 no son preclusivos y por tanto, su no observancia por el organismo comunitario, no puede generar la incompetencia alegada.

Debe el Tribunal, puntualizar igualmente que la demanda no puede considerarse como extemporánea por haber transcurrido alrededor de un año entre la emisión del dictamen motivado y la presentación de la misma ante el Tribunal por parte de la Secretaría General, no obstante que el Tratado de Creación del Tribunal impone a la Secretaría General la obligación de presentar la demanda a la "brevedad posible" luego de la emisión del dictamen, en el presente caso se haya postergado por tanto tiempo el cumplimiento de dicha obligación.

4.3. Hecho constitutivo del incumplimiento denunciado.

De los hechos expuestos en la demanda, de los fundamentos de derecho, así como de la Resolución N° 677 de 28 de noviembre de 2002 que contiene el Dictamen Motivado N° 10-2002, se infiere que el incumplimiento de la República Bolivariana de Venezuela radica en haber contravenido lo dispuesto en el artículo 74 (75 en el texto codificado por la Decisión 563) del Acuerdo de Cartagena, que recoge el principio del

¹ Sobre el particular puede consultarse, entre varias, la Sentencia emitida en el **Proceso N° 50-AI-2002**, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. N° 935 de 12 de junio de 2003.



Trato Nacional o de No Discriminación, al supeditar, en sucesivos instrumentos jurídicos (Ley del IVA) *“la exención del pago de impuestos al Valor Agregado de los bienes importados originarios de la subregión a la condición de que no exista producción nacional o que ésta sea insuficiente, en tanto (que) los bienes nacionales de origen nacional no están sujetos al pago del referido impuesto”*

En efecto, según se precisa en los documentos anexos a la demanda, la República Bolivariana de Venezuela mediante la Ley de Reforma Parcial a la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (IVA) determinó en sus artículos 17 y 18 que la lista de bienes contenidos en los numerales 1 y 9 del artículo 17 gozan de exención del referido tributo, empero la condiciona diciendo en el párrafo único de la citada norma, que la exención *“sólo procederá en caso de que no haya producción nacional de los bienes objeto del respectivo beneficio, o cuando dicha producción sea insuficiente, debiendo tales circunstancias ser certificadas por el Ministerio correspondiente”*.

Ahora bien, la demandada ha esgrimido en su defensa tanto en la vía precontenciosa como ante el Tribunal, que la ley a que aluden la nota de observaciones y el dictamen, contentiva de las disposiciones acusadas como objeto del incumplimiento, ha sido subrogada varias veces, aunque como puede observarse del conjunto de documentos que conforman el expediente judicial conservando las supuesta discriminación en los mismos términos arriba indicados. Dicha razón la ha llevado a sostener que existe sustracción de materia y que no se configura, por tanto, el incumplimiento a que se refiere el dictamen motivado, ahora objeto de demanda por parte de la Secretaría General. A este razonamiento el Tribunal le niega todo valor, para sustentar un pronunciamiento inhibitorio, en la medida en que las presuntas discriminaciones denunciadas permanecen incorporadas en términos y condiciones semejantes en las leyes posteriores que han regulado la materia del IVA; y, así, aunque formalmente la demanda haga referencia a un estatuto no vigente, lo cierto es que materialmente las disposiciones supuestamente incumplidoras de las obligaciones comunitarias subsisten, como se dijo, incorporadas al ordenamiento jurídico venezolano y se aplican en los términos y condiciones inicialmente previstos.

En apoyo del criterio anteriormente señalado cabe ratificar lo que en un caso similar sostuvo el Tribunal Comunitario diciendo que:

“De esta manera y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en el sentido de que la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o no a lo previsto en el orden comunitario, no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado. Es más, pudiera eventualmente estarse frente a una situación en la que el país remiso pretendiera hacer caso omiso de los mecanismos que el ordenamiento jurídico andino ha consagrado como funciones de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia destinados a preservar la intangibilidad de dicho ordenamiento.

“Estima El Tribunal que, en consecuencia, examinada en su conjunto la conducta en que se hace radicar el incumplimiento de la República del Ecuador con respecto a sus obligaciones frente al Arancel Externo Común, se advierte que ella se materializa en varios instrumentos que gradual y sucesivamente la han venido agravando, al hacer más extenso el volumen de posiciones arancelarias con tarifas señaladas unilateralmente en desconocimiento de las establecidas en el Arancel Común”.²

Lo dicho es suficiente para desestimar la argumentación de la demandada en el sentido de emitir un fallo inhibitorio por sustracción de materia, toda vez que el hecho constitutivo del supuesto incumplimiento subsiste en el ordenamiento interno venezolano y debe ser analizado para determinar si en efecto constituye una violación al ordenamiento comunitario.

4.4. El principio de Trato Nacional.

Como quiera que la demanda hace consistir el incumplimiento en la violación por parte de la

² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 21 de julio de 1999. **Proceso N° 7-AI-98**. Publica en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490 de 4 de octubre de 1999.



demandada del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena que regula lo concerniente al principio de Trato Nacional o de No Discriminación, debe el Tribunal analizar lo que se entiende por tal principio y la forma como la ley andina lo recoge.

Al respecto cabe afirmar que, en términos generales, el referido principio enseña que los bienes originarios y provenientes de los Países Miembros, una vez internados al mercado nacional de otro País Miembro, no deben ser tratados de una manera diferente a los bienes de origen nacional.

Este principio se encuentra consagrado en la mayoría de acuerdos de libre comercio clásicos y, prácticamente en todos los modernos: Así, lo encontramos contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se constituyó la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros.

Encontrándose la norma de Trato Nacional contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, formando parte del Capítulo VI, referente al Programa de Liberación, es conveniente tomar en consideración que éste tiene por objeto *“eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro”* (artículo 72 del Acuerdo de Cartagena). Tal norma guarda concordancia con el artículo 75 del mismo Acuerdo, que dispone que *“los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos nacionales similares”*, en materias relacionadas con *“impuestos, tasas y otros gravámenes internos”*. Aprecia, pues, el Tribunal que dentro del contexto del referido Capítulo VI, constituye uno de los mecanismos principales a utilizarse para alcanzar los objetivos propios del proceso integracionista y en especial para obtener la formación gradual de un mercado común.

En consecuencia, cualquier obstáculo o impedimento a la libre importación de mercancías que vaya contra los objetivos y postulados consagrados en el Acuerdo de Cartagena constituye una traba al libre comercio, mucho más si la

misma tiene carácter discriminatorio con respecto a los bienes importados de la subregión frente a los de producción nacional. De donde resulta que en lo referente al principio de Trato Nacional éste se configura como un derecho esencial, inmanente y consubstanciado con la naturaleza y los objetivos de la propia integración.

La norma que en la Comunidad Andina plasma en su ordenamiento jurídico, en el nivel constitucional, el principio en referencia, es clara al establecer que los productos de los Países Miembros, gozarán en el territorio de otro País Miembro, de un trato similar, no menos favorable, al dispensado a los productos domésticos, en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos. Es decir, la aplicación del principio del Trato Nacional en la Comunidad Andina, significa una proscripción tajante y expresa de toda discriminación a los productos que se comercializasen entre los Países Miembros al amparo del Programa de Liberación.

Al referirse al principio de No Discriminación el Tribunal ha sostenido:

*“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o proscripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 ...”*³

Agregando, sobre el entendimiento que debe darse al concepto de discriminación que ella implica...:

³ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Sentencia del 8 de diciembre de 1998. **Proceso N° 3-AI-97**, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 422 de 30 de marzo de 1999.



*...tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes”.*⁴

El principio de trato nacional supone, por tanto, que los productos importados a un País Miembro desde otro, al amparo del programa de liberación, deben recibir internamente, cuando menos el mismo tratamiento que se da, en cuanto a impuestos internos se refiere, a los productos de producción nacional. Por el contrario, ello no significa que los productos importados no puedan tener un tratamiento interno más favorable que los productos nacionales en la referida materia; y, mucho menos que, en este caso, el principio de trato nacional autorice la imposición de impuestos, trabas y demás impedimentos al producto importado para equipararlo al similar de producción nacional.

El Tribunal se ha pronunciado en contra de esta equivocada apreciación del principio de Trato Nacional y ha censurado la conducta de los Países Miembros que han pretendido gravar la importación a su territorio de productos objeto del programa de liberación con el argumento de que sólo tratan de equilibrar, al amparo del artículo 74, las condiciones existentes con respecto a impuestos internos que deban pagar los bienes de producción nacional. Es así como dentro del proceso 3-AI-97, manifestó:

*“En efecto no cabe sostener que si se diera un trato favorable a los licores extranjeros estaría discriminándose a los nacionales ni que hay igualdad de trato para los Países Miembros en la medida en que se les aplica el mismo tratamiento que a los otros departamentos colombianos, puesto que, como se establece más adelante, la discriminación se predica del tratamiento distinto que un departamento aplique a licores de otros departamentos o a importaciones del exterior, frente al dado a sus propios licores.”*⁵

4.5. La alegada soberanía tributaria de los países miembros frente al principio de preeminencia del Derecho Comunitario.

La demandada hace algunos planteamientos para desconocer la capacidad de la Secretaría General (y por ende la del Tribunal) para adelantar este tipo de acciones, fundada en el hecho

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*

de que el IVA es un impuesto interno, no armonizado, y por lo tanto fuera del influjo del Derecho Comunitario. En otras palabras, que es la expresión de la soberanía tributaria de dicho País. Tales planteamientos no son de recibo para el Tribunal no solamente porque contradicen el principio de preeminencia del Derecho Comunitario y porque parten del falso supuesto de la necesidad de la armonización para que tenga aplicación, en ciertos casos, el Derecho Comunitario, sino porque desconocen flagrantemente el texto de la norma del Acuerdo de Cartagena (artículo 75) que proscribe la discriminación al producto de origen subregional que se realice con base en “impuestos internos”.

4.6. Determinación del incumplimiento.

Con fundamento en lo anterior procede el Tribunal a determinar si el hecho de condicionar la exención del impuesto al valor agregado sobre las importaciones de productos subregionales, limitándola a los casos en que se demuestre inexistencia o insuficiencia de la producción nacional de bienes similares, encuadra en las previsiones normativas anteriormente analizadas hasta el punto de configurar incumplimiento o vulneración de las mismas.

Para el Tribunal no cabe duda de que el hecho descrito constituye una objetiva y flagrante violación al principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena al establecer una discriminación a los productos importados, incluyendo a aquéllos originarios de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina, que configura y materializa los supuestos de la violación del indicado principio del Trato Nacional, constituyendo por tanto tal conducta, además, incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La determinación del incumplimiento, en el caso presente, es independiente del hecho de que la legislación interna venezolana haya sido modificada puesto que, como ya se dijo, la sustitución de la base legal, dejando subsistentes los hechos que configuran el incumplimiento, no exonera al Tribunal ni lo inhabilita para deducirlo.

El criterio antedicho es reiteración de posiciones asumidas por el Tribunal en fallos anteriores, uno de los cuales se transcribe, para ratificarlo, a continuación:



“En repetidas oportunidades dentro de la tramitación de este proceso, la demandante hizo saber al Tribunal (véanse memoriales de 8 de febrero de 2001 y 11 de diciembre de 2001), que la conducta infractora había sido modificada por el País Miembro demandado sustituyendo los actos jurídicos en que ella se plasmaba por otros que, por supuesto, no pudieron ser mencionados como constitutivos del incumplimiento acusado ni en la nota de observaciones ni en el dictamen motivado. De esta manera, al momento de producirse la sentencia el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999, proferido con el objeto de aplicar el impuesto al valor agregado –IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, no se encuentra vigente aunque dicho impuesto se sigue cobrando con fundamento en lo que dispusieron otros instrumentos jurídicos que lo subrogaron.

“Para el Tribunal resulta claro que la conducta infractora consistente en cobrar un impuesto a las importaciones subregionales (IVA implícito), independientemente de la plataforma jurídica interna en que esté fundamentada, se mantiene no obstante que hayan sido sustituidos los actos jurídicos que la determinan”⁶.

5. CONDENA EN COSTAS.

Toda vez que las consideraciones antes expuestas conducen a la determinación que se plasmará en la parte decisoria de que el País Miembro demandado, en efecto ha incurrido en el incumplimiento del que se le acusa, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto, la sentencia condenará a la demandada al pago de las costas del proceso, oportunamente solicitadas por la demandante.

Por todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

administrando justicia en nombre y por autoridad de la Comunidad Andina y en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación.

⁶ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Sentencia de 24 de abril de 2002. **Proceso N° 53-AI-2000.** Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 798 de 28 de mayo de 2002.

DECIDE:

PRIMERO: Declarar con lugar la demanda presentada por la Secretaria General contra la República Bolivariana de Venezuela, con oficio N° SG-C/0.5/2045-2003 de 12 de noviembre de 2003.

SEGUNDO: Declarar que la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en incumplimiento de los artículos 4° del Tratado de Creación del Tribunal y 75 del Acuerdo de Cartagena, al dictar y mantener en vigencia en su legislación relativa al IVA disposiciones que supeditan la exención del pago de impuestos al Valor Agregado de los bienes importados originarios de la subregión, mencionadas en los artículos 17 y 18 de la Ley de Reforma Parcial a la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (IVA), a la condición de que no exista producción nacional o que ésta sea insuficiente, en tanto que los bienes nacionales de origen nacional no están sujetos al pago del referido impuesto.

TERCERO: Exhortar a la República Bolivariana de Venezuela a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto la aplicación del trato discriminatorio indicado en el ordinal PRIMERO de esta sentencia y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino.

CUARTO: Condenar a la República Bolivariana de Venezuela al pago de las costas causadas.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO



Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel

copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

PROCESO 117-AI-2004

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- Quito, a los veintinueve días del mes de septiembre del año dos mil cuatro.

En la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General en contra de la República de Colombia, por el supuesto incumplimiento "... en que ha incurrido y persistido la República de Colombia de normas del ordenamiento jurídico andino, en particular de los artículos 72, 73, 77 y 97 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 4 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y de las Resoluciones N° 671, 724 y 773 de la Secretaría General, al no haber suspendido las medidas correctivas aplicadas a las importaciones de aceite de soya y girasol refinado y mezclas de aceites vegetales refinados, clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 1507.90.00.90, 1512.19.00.00 y 1517.90.00.00, provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, según lo ordenado por el artículo 2 de la Resolución N° 671 de la Secretaría General, así como al no haber levantado las medidas calificadas como restricción mediante la Resolución N° 724 modificada por la Resolución N° 773 de la Secretaría General, y por el contrario haber continuado y ampliado tales medidas al producto clasificado en la subpartida 1517.10.00.00".

VISTOS:

El escrito de demanda presentado ante este Tribunal el día 6 de septiembre de 2004 por el Secretario General de la Comunidad Andina, escrito en el que además de demandar el incumplimiento ya señalado, se solicita que el Tribunal ordene la suspensión provisional del Decreto emitido por el Gobierno colombiano, así como otras medidas descritas en su solicitud, que en opinión de la Secretaría General infringe el ordenamiento andino; dicha petición que se formula en los siguientes términos:

"Conforme a lo dispuesto por el artículo 28 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Secretaría General solicita que ese órgano judicial comunitario ordene la suspensión provisional de la conducta infractora denunciada en la presente demanda, en razón de que su mantenimiento ha causado, está y puede seguir causando perjuicios irreparables para los intereses de la Comunidad Andina

Esta solicitud se formula en virtud de que las restricciones que la República de Colombia ha venido imponiendo durante los últimos años, han perjudicado gravemente el comercio intracomunitario, los objetivos del Acuerdo de Cartagena y el propio sistema jurídico institucional de la Comunidad Andina.

Dichos perjuicios se han reflejado en una disminución considerable del comercio intracomunitario de productos oleaginosos, principalmente en las exportaciones de Bolivia hacia Colombia, con las graves consecuencias que ello acarrea a los consumidores, en contravención a la finalidad de procurar un mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión, que persigue el Acuerdo de Cartagena. En efecto, conforme se puede apreciar de la información obtenida del Sistema Integrado de Comercio Exterior con base en la información estadística remitida por los Países Miembros (que se acompaña como Anexo 32), las importaciones colombianas de aceite de soya originarias de Bolivia decrecieron de 5.5 millones de dólares en el año 2000 a 2.7 millones en el 2003. Por su parte, las importaciones originarias de Bolivia de aceite de girasol disminuyeron de 3.5 millones de dólares a 793 mil dólares en el 2003. Finalmente, las mezclas o preparaciones alimenticias de grasas o aceites pasaron de 7.4 millones de dólares en el año 2000 a 2.3 millones en el año 2003.



Los perjuicios y la preocupación por las reiteradas y flagrantes violaciones al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por parte de la República de Colombia en esta materia, han sido denunciados en varias oportunidades por los Gobiernos de Bolivia y Perú, así como por diversos particulares interesados.

Así, el Gobierno de Bolivia, entre otras denuncias, en su comunicación de 29 de agosto de 2003 (Anexo 22), puso de manifiesto que las medidas aplicadas por Colombia "afectan directa y gravemente a la República de Bolivia". A dicha comunicación, se acompañó la carta IBSE - CADEX, de 12 de agosto de 2003, suscrita por el Presidente del Instituto Boliviano de Comercio Exterior y la Cámara de Exportadores de Santa Cruz (Anexo 33), en la cual se expresa la preocupación del sector productivo por la imposición de las medidas restrictivas aplicadas por Colombia.

De igual manera en su oficio VREI-DGIN-DIS-316/2003/7714, de 18 de agosto de 2003, el Gobierno de Bolivia destacó que las medidas adoptadas por Colombia, "constituye un desconocimiento de los compromisos asumidos en ocasión del XIV Consejo Presidencial Andino, efectuado en Quirama, Colombia el pasado mes de junio, en cuyo marco se acordó adoptar disposiciones que promuevan un mayor desarrollo y un comercio creciente y sostenido de las cadenas de las oleaginosas". Cabe señalar que en la última reunión del Consejo Presidencial Andino, se reiteró la necesidad de promover un mayor desarrollo y un comercio creciente y sostenido de la cadena de oleaginosas, tal como aparece en la Directriz 31 del Acta de San Francisco de Quito.

De otra parte, los perjuicios ocasionados como consecuencia de la aplicación de restricciones a las importaciones de productos oleaginosos, no son meramente económicos, sino que atentan contra la credibilidad y eficacia del sistema jurídico e institucional de la Comunidad Andina, en razón de que la Secretaría General expresamente ha denegado las medidas de salvaguardia o ha ordenado el levantamiento de las restricciones impuestas por Colombia, mediante Resoluciones de efecto obligatorio, que forman parte del ordenamiento jurídico andino, de acuerdo con los artícu-

los 1 y 4 del Tratado del Tribunal de Justicia. No obstante, la República de Colombia ha mantenido una actitud contraria al principio de cooperación leal que debe presidir las actuaciones de los Países Miembros en sus relaciones con las instituciones comunitarias.

Adicionalmente, cabe señalar que los perjuicios ocasionados son de imposible o de difícil reparación, debido a la naturaleza de las medidas restrictivas impuestas por Colombia, por cuanto los contingentes y los sistemas de administración de las importaciones, sólo podrían ser reparados como consecuencia de una declaratoria judicial de responsabilidad del Estado por el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino. Dicha responsabilidad sólo podría hacerse efectiva ante los tribunales nacionales, para lo cual una orden cautelar del Tribunal Andino constituiría un elemento procesal decisivo a la hora de presentar las correspondientes reclamaciones.

Por último, la fractura del sistema institucional andino por el desconocimiento de las Resoluciones y Dictamen de la Secretaría General, no podría ser objeto de reparación alguna.

Específicamente, la Secretaría General solicita que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como medida cautelar, ordene la suspensión provisional de la conducta materia de la presente acción y, en consecuencia:

- (a) Ordene la suspensión provisional de la aplicación del Decreto 2646 de 20 de agosto de 2004.
- (b) Ordene que, durante la sustanciación del proceso y hasta que se emita sentencia, la República de Colombia se abstenga de aplicar medidas de carácter restrictivo a las importaciones de aceite de soya y girasol refinado, mezclas de aceites vegetales refinados y margarinas clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 1507.90.00.90, 1512.19.00.00, 1517.90.00.00 y 1517.10.00.00, originarios de la Subregión;
- (c) Disponga que, durante la sustanciación del proceso y hasta que el Tribunal emita sentencia, cualquier medida relacionada



con las importaciones subregionales de los señalados productos oleaginosos que se encuentre vigente sea considerada como un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, a efectos de que los particulares afectados puedan obtener ante las vías jurisdiccionales internas el restablecimiento de sus derechos;

- (d) Disponga que, durante la sustanciación del proceso y hasta que el Tribunal emita sentencia, la Secretaría General se abstenga de tramitar cualquier nueva solicitud de aplicación de medidas de salvaguardia relacionada con importaciones subregionales de productos oleaginosos que la República de Colombia llegue a presentar; y,
- (e) Disponga que, durante la sustanciación del proceso y hasta que el Tribunal emita sentencia, la Secretaría General mantenga informado al Tribunal de cualquier nueva medida de efectos restrictivos que la República de Colombia llegue a aplicar y que esté relacionada con importaciones subregionales de productos oleaginosos”.

CONSIDERANDO:

Que la demanda cumple con los requisitos establecidos en los artículos 45, 46, 47 y 49 del Estatuto del Tribunal de Justicia, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;

Que, el demandante solicita, como medida cautelar al amparo de lo dispuesto en el artículo 28 del Tratado de Creación del Tribunal, que se suspenda provisionalmente la conducta infractora materia de la presente acción, señalando en términos generales determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, que debería observar la demandada a fin de no causar, o de no seguir causando, perjuicios irreparables o de difícil reparación a los Países Miembros, las mismas que están puntualmente indicadas en el escrito de demanda y transcritas en la parte motiva de este auto;

Que el Tribunal tiene establecido que: “... la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles

prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (*fumus boni iuris*) y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento (*periculum in mora*). El examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la sentencia de mérito” (Sentencia dictada en el Proceso N° 96-IP-2004);

Que, en el caso de autos, se observa que la parte actora acompañó a su demanda elementos documentales demostrativos de la existencia de la Resolución 773, modificatoria de la Resolución 224, a través de la cual se declara que “... el establecimiento por parte de la República de Colombia de un contingente para la importación de productos comprendidos en las subpartidas arancelarias NANDINA 1507.90.00.90 y 1517.90.00.00 originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, así como la exigencia de licencias previas para la administración de dicho contingente, constituye una restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, que incide sobre la importación de productos originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, y por lo tanto vulnera el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena”, así como del Decreto 2646 de la República de Colombia, del 19 de agosto de 2004, elementos que permiten a este Tribunal reconocer como verosímil *prima facie* la existencia de la obligación invocada por la actora, toda vez que las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad que, dictadas válidamente, califiquen la medida aplicada por un País Miembro como gravamen o restricción al comercio intrasubregional, son de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio del interés general de la Comunidad y del derecho de defensa del País Miembro demandado;

Que, en la fase precontenciosa de las acciones de incumplimiento los actos de la Secretaría General que se expresan mediante la Nota de Observaciones y el Dictamen de Incumplimiento no tienen fuerza vinculante en si mismos, ni aún en el caso de las Resoluciones sobre restricciones al comercio las que a pesar de ser de aplicación inmediata y de obligatorio cumpli-



miento requerirán siempre la intervención del Tribunal en caso de inobservancia por parte del imputado mediante la interposición de la Acción de Incumplimiento, como en el presente caso, donde el procedimiento que ponga fin al proceso podría extenderse por un plazo dilatado que hiciera nugatorio el restablecimiento del derecho conculcado;

Que, con el fin de remediar esta situación de urgencia y tutelar fundamentalmente el ordenamiento jurídico andino que se ve seriamente afectado con la promulgación de una norma trasgresora, el Tribunal está facultado para ordenar la suspensión provisional de tal medida, cuando estime que ésta pudiera causar perjuicios irreparables o de difícil reparación, como resulta evidente en el caso de autos;

Que, para evitar que con la ejecución de la medida cautelar se pudiera infligir, a su vez, un daño también de difícil reparación a la parte demandada, la ley deja a la discreción del Tribunal el exigir al demandante, previamente al dictado de la medida, el afianzamiento de la obligación; lo que en este caso no es necesario por tratarse de una acción emprendida por la Secretaría General como veladora del Ordenamiento Jurídico Comunitario en representación de los intereses de todos los Países Miembros;

Que, para librar la orden de suspensión provisional es menester que concurren los requisitos de urgencia, de eventual daño irreparable, de la afectación del orden público comunitario y que las circunstancias de hecho y de derecho que así lo demuestren hayan quedado verosímelmente acreditadas como en el presente caso;

DECIDE:

Primero: Admitir la demanda a trámite y ordenar su notificación a la demandada, advirtiéndole que a los fines de la contestación a la misma se le concede un término de 40 días continuos, contados a partir de dicha notificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 54 y 56 del Estatuto.

Segundo: Tener como parte demandante a la Secretaría General de la Comunidad Andina, representada por el Secretario General, el doctor Allan Wagner Tizón y reconocer personería a los doctores Santiago Rojas Arroyo, Genaro Baldeón Herrera, Carolina Rodríguez Aguilera, Álvaro Gutiérrez Bendezú, Mónica Rosell Medina y Carlos Adriázola, para que intervengan en el juicio como sus abogados.

Tercero: Suspender provisionalmente la aplicación del Decreto 2646 de 2004 expedido el 19 de Agosto de 2004 por la República de Colombia y publicado en el Diario Oficial 45.646 del 20 de Agosto de 2004 hasta que se expida sentencia definitiva en este proceso.

Notifíquese y Cúmplase

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- *El auto que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-*

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.