

RESOLUCIÓN N° 2213

Resuelve la investigación solicitada por la República de Colombia con ocasión de la medida restrictiva impuesta por la República del Ecuador a las importaciones de azúcar originarias de los países miembros, Expediente N° DG1/GRAV.REST/001/2021

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los artículos 72, 73, 74 y 77 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 425 de la Comisión de la Comunidad Andina; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- [1] El 24 de marzo de 2021, el gobierno de la República de Colombia mediante Oficio OALI con radicado N° 2-2021-013651 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante, MINCIT), solicitó a la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, SGCAN) el inicio de un procedimiento para calificar como gravamen y restricción la medida adoptada por la República del Ecuador mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX del 31 de octubre de 2018 sobre las importaciones de azúcar, clasificadas bajo la subpartida arancelaria 1701.99.90.90¹.
- [2] El 6 de abril de 2021, mediante comunicación N° SG/E/D1/482/2021, la SGCAN con fundamento en lo previsto en el Capítulo VI "*Programa de Liberación*" del Acuerdo de Cartagena y en lo dispuesto en la Decisión 425 "*Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General*" (en adelante, la Decisión 425), admitió a trámite la solicitud presentada por Colombia y dispuso el inicio del procedimiento de investigación correspondiente.
- [3] El 18 de mayo de 2021, mediante comunicación N° SG/E/D1/543/2021 de fecha 16 de abril de 2021, se notificó la solicitud al gobierno del Ecuador informando el inicio de investigación, y se le concedió un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente a este órgano comunitario su respuesta correspondiente². De igual forma, mediante comunicación N° SG/E/D1/544/2021 se puso en conocimiento de los demás Países Miembros el inicio del procedimiento de investigación, otorgándoles similar plazo para que presenten los elementos de información que consideren pertinentes.

¹ Debe señalarse que la medida adoptada por el gobierno del Ecuador mediante Resolución 020-2018 del COMEX actualmente se encuentra en trámite mediante Expediente N° DG1/PD.AGRO/001/208 en la SGCAN, pendiente de la decisión de la Comisión de la Comunidad Andina.

² Debido a problemas de capacidad presentados en el sistema de gestión documentaria del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca del Ecuador, la comunicación N° SG/E/D1/543/2021 de fecha 16 de abril de 2021 y sus anexos fue recibida por dicho Ministerio el 18 de mayo de 2021, tal como se señala en su Oficio N° MPCEIP –VCE-2021-0214-O del Ecuador. Esta situación se puso en conocimiento de los demás Países Miembros mediante comunicación N° SG/E/D1/812/2021 el 20 de mayo de 2021.

La comunicación N° SG/E/D1/544/2021 del 16 de abril de 2021, fue notificada a los demás Países Miembros sin inconvenientes en la fecha indicada. Folios 0288, 0293 y 0294 del expediente.

- [4] El 1 de junio de 2021, el gobierno del Ecuador mediante Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2021-0078 del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversión y Pesca (en adelante, MPCEIP) solicitó a la SGCAN una prórroga de diez (10) días hábiles para brindar su respuesta.
- [5] El 2 de junio de 2021, mediante comunicación N° SG/E/D1/896/2021, la SGCAN atendió la solicitud de prórroga del gobierno del Ecuador y concedió a dicho país el plazo adicional de diez (10) días hábiles para que brinde su respuesta; es decir, hasta el 30 de junio de 2021. En la misma fecha, la SGCAN puso en conocimiento a los demás Países Miembros la extensión de dicho plazo mediante comunicación N° SG/E/D1/897/2021.
- [6] El 30 de junio de 2021, el gobierno del Ecuador mediante Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2021-0117 del MPCEIP presentó su respuesta con relación al asunto de este procedimiento, dentro del plazo establecido por la SGCAN en las comunicaciones N° SG/E/D1/543/2021 y SG/E/D1/896/2021.
- [7] El 1 de julio de 2021, mediante comunicación N° SG/E/D1/1065/2021 la SGCAN avisó recibo del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2021-0117 del MPCEIP al gobierno del Ecuador y mediante comunicación N° SG/E/D1/1066/2021 puso en conocimiento de los demás Países Miembros la respuesta del Ecuador.
- [8] El 7 de julio de 2021, el gobierno de Colombia mediante Oficio AOLI con radicado N° 2-2021-030633 del MINCIT presentó un escrito adicional al procedimiento tramitado mediante expediente DG1/GRAV.REST/001/2021.

II. SOLICITUD Y ARGUMENTACIONES PRESENTADAS POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

- [9] El gobierno de la República de Colombia mediante Oficio OALI con radicado N° 2-2021-013651 del MINCIT, recibido en la SGCAN el 24 de marzo de 2021, solicitó a este órgano comunitario calificar como gravamen y restricción la medida adoptada por la República del Ecuador mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX del 31 de octubre de 2018 sobre las importaciones de azúcar, clasificadas bajo la subpartida arancelaria 1701.99.90.90³.
- [10] El gobierno de Colombia basa su solicitud en los artículos 72 al 76 del Acuerdo de Cartagena, relativos al Programa de Liberación, así como en los artículos 46 y siguientes de la Decisión 425, relativo al procedimiento administrativo de la SGCAN para la calificación de medidas como gravámenes y restricciones⁴.
- [11] En el documento denominado "*Calificación como gravamen y restricción de la medida adoptada por la República del Ecuador, principalmente, mediante Resolución no. 020-2018 del 31 de octubre de 2018 sobre las importaciones de azúcar clasificadas bajo la subpartida arancelaria 1701.99.90.90, bajo el procedimiento establecido en los artículos 46 y siguientes de la Decisión 425*" (en adelante, la solicitud) se detallan los argumentos formulados por parte del gobierno de Colombia⁵.
- [12] En resumen, se encuentran los siguientes aspectos:

- (i) Respecto a la medida en cuestión y su control administrativo y judicial señala que:

³ Folio 0001 del expediente.

⁴ Folios 0001 y 0079 del expediente.

⁵ Los argumentos presentados por el gobierno de Colombia se desarrollan entre los folios 0013 y 0078 del expediente.

- Las medidas de que tratan los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena no pueden violentar el Programa de Liberación y tampoco pueden estar exentas del control judicial y administrativo⁶.
 - El Trato Especial y Diferenciado concedido a favor de Bolivia y Ecuador en el marco del procedimiento de los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena resulta obsoleto y requiere reglamentación⁷.
 - Las medidas amparadas en los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena sólo pueden mantenerse si son autorizadas por la SGCAN y la Comisión, según sea el caso⁸.
- (ii) Respecto a la competencia de la SGCAN, el solicitante señala que dicho órgano comunitario tiene el mandato de emitir calificación sobre la medida adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX, en ejercicio de su función de preservar el Programa de Liberación⁹.
- (iii) Respecto a la calificación de la medida adoptada mediante la Resolución N° 020-2018 del COMEX señala que:
- Resulta en un gravamen, porque establece un contingente libre de aranceles de 17,229 toneladas anuales de azúcar y aplica, fuera de él, el arancel de NMF (de hasta 45% ad valorem)¹⁰.
 - Resulta en una restricción, ya que la conducta del Ecuador refleja una política dirigida a limitar las importaciones de azúcar de origen andino a su mercado, a través de la reiterada aplicación de medidas formalmente distintas pero orientadas al mismo fin¹¹.
 - Dicha medida incide, dificulta e impide las importaciones intracomunitarias. Los importadores de azúcar en Ecuador deben incurrir en un costo mayor, representado por el arancel hasta del 45%, lo cual a su vez tiene un efecto directo en la participación de mercado de los productores y comercializadores de azúcar colombianos que disminuye debido al contingente establecido¹².

[13] Adjunto a la solicitud, el gobierno de Colombia presenta copia de los siguientes documentos:

- Poder adjunto otorgado por el Señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, Doctor José Manuel Restrepo Abondano, a Mauricio Andrés Salcedo Maldonado, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del MINCIT¹³.
- Resolución N° 1400 del 31 de julio de 2019, por la cual se resuelve nombrar al Sr. Mauricio Andrés Salcedo Maldonado como Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del MINCIT¹⁴.

⁶ Folio 0017 del expediente.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Señala también que, la medida aplicada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena. Folios 0056, 0058, 0064 y 0067 del expediente.

⁹ Folio 0076 del expediente.

¹⁰ Folio 0036 del expediente.

¹¹ Sobre este aspecto, el gobierno de Colombia hace referencia a la medida adoptada sobre las importaciones andinas de azúcar al amparo del Artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, así como también a la supuesta conducta obstruccionista y estrategia dilatoria del Ecuador manifestada en las distintas reuniones llevadas en la Comisión al momento de tratar la medida aplicada mediante Resolución 020-2018 del COMEX. Folios del 0024 a 0029 y del 0038 al 0043 del expediente.

¹² Folio 0046 del expediente.

¹³ Folios 0081 y 0082 del expediente.

¹⁴ Folio 0083 del expediente.

- Cédula de Ciudadanía del Sr. Mauricio Andrés Salcedo Maldonado, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del MINCIT¹⁵.
- Tarjeta Profesional del Sr. Mauricio Andrés Salcedo Maldonado, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del MINCIT¹⁶.
- Resolución N° 020-2018 del 31 de octubre de 2018 del COMEX del Ecuador, por la cual se aplican medidas a las importaciones de azúcar provenientes de la subregión andina en el marco de los artículos 90 al 92 del Acuerdo de Cartagena¹⁷.
- Resolución N° 030-2017 del 15 de diciembre de 2017 del COMEX del Ecuador, por la cual se aplican medidas a las importaciones de azúcar provenientes de la subregión andina en el marco del artículo 97 del Acuerdo de Cartagena¹⁸.
- Resolución N° 2005 de la SGCAN, respecto a la solicitud del Ecuador para la aplicación de medidas correctivas a las importaciones de azúcar originarias de los Países Miembros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena¹⁹.
- Resolución N° 2014 de la SGCAN, que resuelve el recurso de reconsideración presentado por el Ecuador contra la Resolución N° 2005 de la SGCAN²⁰.
- Documento de Trabajo SG/dt 521 del 12 de abril de 2019, correspondiente al Informe de la SGCAN sobre la medida establecida por el gobierno del Ecuador a las importaciones de azúcar provenientes de los Países Miembros al amparo del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena²¹.

[14] El 7 de julio de 2021, mediante Oficio AOLI con radicado N° 2-2021-030633 del MINCIT el gobierno Colombia presentó un escrito adicional, mediante el cual reafirma parte de sus argumentos expuestos en la solicitud, que las medidas aplicadas al amparo del artículo 91 del Acuerdo de Cartagena no se sustrae del control legal andino, que el trato especial brindado a algunos Países Miembros rompe el equilibrio contractual de todos los integrantes y que Ecuador mantiene aún la medida a pesar de no haber sido autorizada por la Comisión, hecho que a su juicio, constituye una restricción y gravamen que va en contra del Programa de Liberación.

III. CONTESTACION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR E INFORMACIÓN PRESENTADA

[15] El gobierno del Ecuador mediante Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2021-0117 del 30 de junio de 2021 brindó su respuesta dentro del plazo otorgado por la SGCAN.

[16] La respuesta presentada por el gobierno del Ecuador se resume en los siguientes aspectos²²:

(i) Con relación a la medida y su control administrativo y judicial señala que:

- El gobierno de Colombia pretende que, respecto a la reglamentación del artículo 91 y la evolución del concepto de Trato Especial y Diferenciado, la SGCAN interprete

¹⁵ Folio 0084 del expediente.

¹⁶ Folio 0085 del expediente.

¹⁷ Folios del 0086 al 0091 del expediente.

¹⁸ Folios del 0092 al 0096 del expediente.

¹⁹ Folios del 0098 al 0147 del expediente.

²⁰ Folios del 0148 al 0187 del expediente.

²¹ Folios del 0188 al 0238 del expediente con carácter de "reservado".

²² La respuesta presentada por el gobierno del Ecuador se desarrolla entre los folios 0362 y 0387 del expediente.

normas primarias del Acuerdo de Cartagena, prerrogativa que le compete a organismos superiores²³.

- Ecuador activó una herramienta consagrada en una disposición comunitaria²⁴. La medida aplicada al amparo de los artículos 90 y 91 no es unilateral ni arbitraria, pues se siguió con el procedimiento y actualmente se encuentra a la espera del pronunciamiento de la Comisión de la Comunidad Andina²⁵.
 - Ecuador ha sido cauteloso al aplicar la medida de salvaguardia establecida en el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, que es una herramienta de carácter excepcional y transitoria²⁶. Tales hechos son conocidos por distintos organismos del Sistema Andino de Integración y por los Países Miembros, y por tanto no puede desconocerse que la actuación del Ecuador es legítima y apegada a derecho²⁷.
- (ii) Respecto a la competencia de la SGCAN para calificar la medida aplicada mediante la Resolución N° 020-2018 del COMEX, señala que dicho órgano comunitario no podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto por cuanto su actuación en esta línea carecería de motivación y fundamento legal. Lo contrario, transgrediría la norma andina convirtiéndolo en un acto nulo²⁸.
- (iii) Respecto al alcance de cosa juzgada y su aplicación al caso concreto indica que:
- El gobierno del Ecuador se está enfrentando por segunda ocasión a una investigación por la misma causa, lo cual lo coloca en una posición de absoluta inseguridad y desconfianza respecto al sistema procesal comunitario²⁹.
 - Es inaceptable que se pretenda sancionar la medida en cuestión a través de un procedimiento al que le amparan excepciones distintas y taxativamente enumeradas, que el Ecuador no ha invocado. Al referirse a la imposición de una sanción, Ecuador no habla únicamente de la posibilidad de calificación de restricción de su medida, sino del mismo procedimiento activado por Colombia³⁰.

[17] Con base en los elementos expuestos, el gobierno del Ecuador solicita que la SGCAN resuelva que la pretensión de Colombia, es a todas luces improcedente, deliberada, sin fundamento y que finalmente decida archivar esta causa³¹.

[18] Entre la documentación presentada por el gobierno del Ecuador se encuentra copia de lo siguiente:

- Acuerdo Ministerial N° 19 003 del 14 de enero de 2019, por el cual se delega al Subsecretario de Defensa y Normatividad Comercial del MPECIP la participación en cualquier proceso ante la Comunidad Andina.
- Acta, con la denominación “[A CONSIDERACIÓN]”. Periodo Ciento Cincuenta y Dos de Sesiones Extraordinarias de la Comisión, del 26 de mayo de 2020.
- Acta, con la denominación “[A CONSIDERACIÓN]”. Periodo Ciento Veintidós de Sesiones Ordinarias de la Comisión, del 17 de diciembre de 2020.

²³ Folio 00376 del expediente.

²⁴ Folio 0365 del expediente.

²⁵ Folio 0366 del expediente.

²⁶ Folios 0367 y 0368 del expediente.

²⁷ Folio 0369 del expediente.

²⁸ Folios 00371, 00372, 00381 y 00382 del expediente.

²⁹ Folio 0385 del expediente.

³⁰ Folios 0385 y 0386 del expediente.

³¹ Folio 00387 del expediente.

- Informe G/Informe/CAA del Comité Andino Agropecuario, del 2 de octubre de 2020.

IV. COMENTARIOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS

[19] En este acápite, cabe señalar que el Estado Plurinacional de Bolivia y la República del Perú no han presentado comentarios o alguna información en este procedimiento administrativo de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

V. INFORMACIÓN RESPECTO A LA MEDIDA DENUNCIADA

[20] La medida materia de la solicitud presentada por la República de Colombia es aquella adoptada por el gobierno del Ecuador mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX³².

[21] Con el fin de conocer el alcance de la medida denunciada, se expone a continuación el contenido de la parte resolutive de la Resolución N° 020-2018 del COMEX, así como un resumen de sus características principales.

V.1. Resolución N° 020 – 2018 del COMEX

[22] La medida en cuestión se adoptó en noviembre de 2018 al amparo de los artículos 90 a 92 del Programa de Desarrollo Agropecuario del Acuerdo de Cartagena que, en su parte resolutive dispone lo siguiente:

“Artículo 1.- Aplicar una medida comercial, no discriminatoria, a las importaciones a consumo de azúcar que ingresan bajo la subpartida arancelaria 1701.99.90.90 (---- Los demás), fijándose un límite no mayor a 17.229 toneladas anuales para las importaciones originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina con excepción de Bolivia, al amparo de los artículos 90 al 92 del Programa de Desarrollo Agropecuario del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 2.- Para mantener las corrientes de comercio intrasubregional y como medida adoptada por el Ecuador, se dispone la aplicación de arancel 0% a las importaciones a consumo que no superen el límite establecido en el artículo 1 del presente instrumento; y, para aquellas importaciones originarias de la Comunidad Andina con excepción de Bolivia, señaladas en el artículo 1 del presente instrumento que superen el límite previamente establecido, a fin de nivelar los precios en frontera, se aplicará el Arancel de Nación Más Favorecida (NMF) permitido al Ecuador para los países con los cuales no mantiene un acuerdo de comercio preferencial.

(...)

Artículo 4.- Disponer que la medida señalada en el artículo 1 del presente instrumento, sea aplicada por un periodo de tres (3) años con carácter de provisional hasta que, de conformidad al artículo 90 del Programa de Desarrollo Agropecuario del Acuerdo de Cartagena, la Comisión decida sobre el mecanismo aplicado y las medidas propuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) a la luz de los objetivos señalados en el artículo 87 del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 5.- El límite establecido en el citado artículo 1 se aplicará por un periodo de 12 meses, contados a partir de la fecha de entrada en vigor la presente resolución; y, se renovará anualmente de manera automática, durante el periodo de tres años, con los ajustes resultantes de la evaluación realizada por los Ministerios sectoriales competentes, lo que se notificará al SENAE para su respectiva aplicación.

³² Folio 0079 del expediente.

*En el caso de que las condiciones que permiten accionar el mecanismo al amparo del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena continúen, previa evaluación realizada por la Autoridad Investigadora del Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones, la medida podrá ser prorrogada por un periodo similar al inicial.
(...)”*

V.2. Características de la medida en cuestión

- [23] De lo expuesto en el acápite anterior se puede señalar que, la medida adoptada por el gobierno del Ecuador se aplica sobre las importaciones de azúcar para el consumo clasificadas en la subpartida arancelaria 1701.99.90.90. Medida que recae sobre el azúcar proveniente de Colombia y Perú, y en la forma de un contingente arancelario, la cual podría aplicarse por tres (3) años con carácter provisional, hasta que, de acuerdo a la normativa invocada la Comisión decida sobre ellas.
- [24] Adicionalmente a lo ya expuesto, en la Resolución N° 020-2018 del COMEX se deja a salvo el derecho de continuar aplicando la medida por un plazo similar al propuesto inicialmente, si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena.
- [25] En la Tabla N° 1 se encuentra el detalle de las características de la medida en cuestión.

Tabla N° 1
Características de la medida adoptada mediante
Resolución N° 020-2018 del COMEX

Producto	aplicado sobre las importaciones de azúcar para el consumo que ingresa bajo la subpartida arancelaria 1701.99.90.90
Países sobre los cuales se aplica la medida	República de Colombia y República del Perú
Tipo de medida	Contingente arancelario; libre de aranceles (0%) para la importación de 17,229 toneladas anuales de azúcar, y por encima de dicho cupo, la importación estará afectada al pago del Arancel de Nación Más Favorecida (NMF)
Duración	Tres (3) años con carácter de provisional hasta que, de conformidad al artículo 90 del Programa de Desarrollo Agropecuario del Acuerdo de Cartagena, la Comisión decida sobre el mecanismo aplicado y las medidas propuestas por la SGCAN a la luz de los objetivos señalados en el artículo 87 del Acuerdo de Cartagena. En el caso de que las condiciones que permiten accionar el mecanismo al amparo del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena continúen, previa evaluación, la medida podrá ser prorrogada por un periodo similar al inicial.
Marco normativo invocado para aplicar la medida	Amparado en los artículos 90 a 92 del Programa de Desarrollo Agropecuario del Acuerdo de Cartagena

- [26] Un tema adicional a resaltar es que, la medida invocada por el gobierno del Ecuador mediante Resolución 020-2018 del COMEX actualmente se encuentra en trámite mediante Expediente N° DG1/PD.AGRO/001/208 en la SGCAN, pendiente de la decisión de la Comisión de la Comunidad Andina.

VI. DERECHO COMUNITARIO ANDINO

VI.1. Normas Aplicables

[27] Corresponde a la SGCAN, en el marco de sus competencias, efectuar la respectiva evaluación y expedir su pronunciamiento definitivo, de naturaleza breve y sumaria, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 72, 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena, relativos al “Programa de Liberación”.

[28] Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, los Países Miembros se comprometieron a adelantar un programa de liberación del comercio tendiente a eliminar las barreras de todo origen respecto al comercio intrarregional y es pertinente resaltar los siguientes artículos del Acuerdo de Cartagena:

(i) En relación al Programa de Liberación se señala:

“Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.”

(ii) En relación a los términos “gravámenes” y “restricciones” se establece:

“Artículo 73.- Se entenderá por “gravámenes” los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;*
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;*
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;*
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;*
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;*
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y*
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.” (Subrayado fuera de texto)*

[29] De las disposiciones descritas, se puede desprender lo siguiente:

- (i) Cualquier medida unilateral aplicada por los Países Miembros será considerada un gravamen si la misma tiene por objeto aumentar el valor de las importaciones (sean aranceles o recargos equivalentes). No obstante, dejará de tener dicha calificación si la medida en cuestión corresponde a una tasa o recargos análogos cobrados por servicios prestados al importador, proporcional al costo del servicio. Cabe señalar que

este criterio ha sido sostenido por la SGCAN en otros casos relacionados a gravámenes aplicados a las importaciones andinas³³.

- (ii) Cualquier medida unilateral aplicada por los Países Miembros será considerada una restricción si la misma tiene por objeto impedir o dificultar las importaciones (sea de carácter administrativo, financiero o cambiario). No obstante, dejará de tener dicha calificación si la medida en cuestión se constituye como una excepción en los términos del artículo 73 del propio Acuerdo. Cabe señalar que este criterio ha sido sostenido por la SGCAN en otros casos relacionados a restricciones aplicadas a las importaciones andinas³⁴.

[30] En relación a la Secretaría General de la Comunidad Andina:

“Artículo 74.- Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”. (Subrayado fuera de texto)

VI.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

[31] La jurisprudencia del TJCA es fuente principal del ordenamiento jurídico comunitario andino y cabe resaltar que las disposiciones referidas al “Programa de Liberación” han sido objeto de resolución de disputas en la región andina, en el marco de las cuales se han emitido diversos pronunciamientos del TJCA, orientados a aclarar el alcance y la correcta interpretación de dichas disposiciones, los cuales servirán de guía para evaluar el presente procedimiento.

³³ A manera de ejemplo, puede consultarse los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 1999 de la SGCAN, relativa a la calificación como gravamen de la tasa de servicio de control aduanero impuesta por el gobierno del Ecuador mediante Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M);
- Resolución N° 1254 de la SGCAN, relativa al reclamo del gobierno del Perú para que se califique como “gravamen” a las importaciones originarias de la Subregión la imposición por parte de la República del Ecuador de una tasa de cinco dólares americanos por la importación de cada cerdo vivo clasificado en la subpartida NANDINA 0103.92.00;
- Resolución N° 895 de la SGCAN, relativa a la calificación de la tasa por la prestación del servicio de inspección fitosanitaria aplicada por la República del Ecuador como gravamen para los efectos del Programa de Liberación;
- Resolución N° 516 de la SGCAN, relativa a la calificación de la tasa especial por servicios aduaneros aplicada por el gobierno de Colombia como gravamen para los efectos del Programa de Liberación;
- Resolución N° 513 de la SGCAN, relativa a la calificación de las tasas por permisos fitosanitarios y zoonosarios aplicadas por el gobierno de Venezuela como gravamen para los efectos del Programa de Liberación; y,
- Resolución N° 438 de la SGCAN, relativa a la calificación de la medida adoptada por el gobierno de Perú consistente en la aplicación de una tasa para la importación de productos de origen animal y vegetal como gravamen al comercio.

³⁴ A modo de ejemplo, puede consultarse los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 2088 de la SGCAN, que resuelve la investigación por presuntas restricciones impuestas por el gobierno de Colombia contra las importaciones de café originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- Resolución N° 1695 de la SGCAN, relativa a la calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por el gobierno de Ecuador mediante la Resolución 116 del COMEX;
- Resolución N° 1564 de la SGCAN, relativa a la calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por el gobierno de Ecuador mediante las Resoluciones 65 y 66 del COMEX;
- Resolución N° 1289 de la SGCAN, relativa a la calificación de la exigencia de un requisito técnico a las pilas y baterías de zinc-carbón de los Países Miembros de la Comunidad Andina, por parte de la República del Perú, como restricción a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena;
- Resolución N° 1043 de la SGCAN, relativa a la calificación como restricción injustificada al establecimiento por parte de la República del Ecuador de un cupo a las importaciones de carne de porcinos; y como gravamen al pago de Derechos correctivos automáticos por parte de la República del Ecuador a las importaciones de ganado y carne porcinos originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- Resolución N° 1001 de la SGCAN, relativa a la calificación como restricción para efectos del Programa de Liberación el establecimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela de un Sistema de Banda de Precios de Referencia para las importaciones de fibras, hilados, tejidos y confecciones originarias de los Países Miembros, y su utilización como Método de Valoración Aduanera; y,
- Resolución N° 2019 de la SGCAN, por el cual se resuelve la investigación de oficio por presuntas restricciones impuestas por el gobierno de Colombia contra las importaciones de cemento originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

VII. ARGUMENTOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS Y CUESTIONES PREVIAS

- [32] Previamente a desarrollar las argumentaciones de los Países Miembros en el presente asunto de calificación de gravámenes y restricciones, se describirán las cuestiones previas.
- [33] En este sentido, como cuestiones previas se evaluarán aspectos que han sido abordados por los Países Miembros durante el procedimiento, sobre:
- (i) Las medidas que se amparan en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena y su control administrativo y judicial.
 - (ii) La competencia de la SGCAN para calificar las medidas que se amparan en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena.
 - (iii) El alcance de cosa juzgada y su aplicación al caso concreto.

VII.1. Las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena y su control administrativo y judicial

VII.1.1. Argumento de la República de Colombia

- [34] El gobierno de Colombia manifiesta en su solicitud que:

“(...) los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena no se pueden interpretar como disposiciones que permiten desconocer o modificar el Programa de Liberación de manera unilateral por alguno de sus Países Miembros y, menos aún, que de presentarse un desconocimiento de esa naturaleza, este escape y quede completamente por fuera del control y disciplina de los órganos comunitarios. Por el contrario, estos artículos consagran un mecanismo de autorización para imponer medidas unilaterales temporales, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí previstos, particularmente, el de autorización por la SGCAN o por la Comisión para el caso de las salvaguardias especiales agrícolas.”³⁵
(Resaltado y subrayado fuera del texto)

- [35] En línea con lo anterior, señala que de ninguna manera debe considerarse bajo el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena que se haya concedido a Bolivia y Ecuador, en el marco del Trato Especial y Diferenciado, una patente para imponer a su voluntad una medida violatoria del Programa de Liberación. Respecto a este tratamiento y lo dispuesto en el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena, el gobierno de Colombia considera que actualmente dicho procedimiento es obsoleto y por ello sugiere su reglamentación³⁶.
- [36] Agrega que, un país que califique una medida como salvaguardia agrícola refiriéndose a la medida del artículo 90, no implica que esté justificada y pueda sustraerse del control, verificación, supervisión y pronunciamiento de las autoridades comunitarias. Una conclusión contraria, considera el gobierno de Colombia, implicaría admitir que existen medidas capaces de modificar unilateralmente el Acuerdo de Cartagena y su Programa de

³⁵ Folios 0016 y 0017 del expediente.

³⁶ Folio 0021 del expediente.

Liberación³⁷. Finalmente, enfatiza que las restricciones sólo pueden mantenerse con las autorizaciones de la SGCAN o de la Comisión, según sea el caso³⁸.

VII.1.2. Respuesta de la República del Ecuador

[37] En referencia a lo señalado por Colombia con relación a la reglamentación del artículo 91 con la evolución del concepto de Trato Especial y Diferenciado, manifiesta que:

*“La República de Colombia pretende que la Secretaría General aclare, precise o interprete normas primarias u originarias contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sin que el órgano comunitario cuente con la aptitud legal para ello, desconociendo así, prerrogativas propias y exclusivas de organismos superiores de la Comunidad Andina, como son la Comisión y el propio Tribunal de Justicia.”*³⁹

[38] Respecto a lo anterior, se hace mención al proceso 7-AI-99 del TJCA, donde se señala que sólo al órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina le compete en el trámite de aplicación de las normas del ordenamiento comunitario realizar su interpretación, la llamada interpretación judicial; y sólo a la Comisión en su carácter de organismo legislativo le corresponde realizar lo que se conoce doctrinariamente con el nombre de interpretación auténtica sobre las Decisiones expedidas⁴⁰.

[39] Por otra parte, respecto a la aplicación de la medida agrega lo siguiente:

*“Ecuador no hizo otra cosa sino activar una herramienta consagrada en una disposición comunitaria (...), aplicando estrictamente lo que manda la norma en el ejercicio de una facultad de los Países Miembros, que en virtud de su condición también reconocida por los mismos, su ejercicio varía legítimamente, puesto que uno de los objetivos del proceso de integración es el desarrollo equilibrado y armónico de sus Miembros.”*⁴¹

*“(...) la República del Ecuador es enfática al reiterar que la medida aplicada al amparo de los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena, no fue unilateral y menos aún arbitraria, pues para hacerlo, activó el procedimiento regulado por aquellas disposiciones normativas, y en virtud de ello, se encuentra a la espera de un pronunciamiento definitivo por parte de la Comisión de la Comunidad Andina (...).”*⁴²

[40] Sobre las características de la medida indica que, *“(...) en observancia y respeto de la normativa comunitaria, el Ecuador ha sido muy cauteloso al aplicar la medida de salvaguardia establecida en el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, teniendo en cuenta que como lo ha señalado el Tribunal, se trata de una herramienta de carácter excepcional y transitorio”*⁴³, haciendo referencia al Proceso 1-N-86. (subrayado fuera de texto)

³⁷ En estricto, en la solicitud se señala lo siguiente:

“12. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que el simple hecho de que un País Miembro decida calificar un acto unilateral con la denominación de salvaguardia especial agrícola no implica, automáticamente, que esa medida esté justificada bajo el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena y menos aún que la misma pueda sustraerse, que sea inmune al control, verificación, supervisión y pronunciamiento de las autoridades comunitarias.

13. Una conclusión contraria, en la práctica, llevaría a que los Países Miembros pudieran denominar cualquier tipo de medida como salvaguardia especial agrícola a su propio arbitrio, y sin considerar la definición acordada por todos los Miembros de la CAN en el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de sustraerla del análisis de los órganos administrativos y jurisdiccionales de la CAN. Esto, en últimas, implicaría admitir que existen medidas capaces de modificar unilateralmente el Acuerdo de Cartagena y su Programa de Liberación; es decir, medidas que no se encuentran sujetas a control.” (Folio 0017 del expediente)

³⁸ El gobierno de Colombia resalta también que la medida aplicada en virtud de la Resolución N° 020 – 2018 del COMEX no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, por ser discriminatoria al situar a países de la región en una desventaja frente a terceros, y por no limitar las importaciones a lo necesario para cubrir el déficit de producción interna debido a que en Ecuador no existe tal déficit. Folios 0056, 0064 y 0067 del expediente.

³⁹ Folio 00376 del expediente.

⁴⁰ Folio 00377 del expediente.

⁴¹ Folio 00365 del expediente.

⁴² Folio 0366 del expediente.

⁴³ Folios 0366 y 0367 del expediente.

[41] Asimismo, indica que, “[e]n razón de los hechos expuestos, conocidos y participados por distintos organismos del SAI, y por los Países Miembros de la CAN; no puede concluirse algo distinto que no sea la legítima actuación apegada a Derecho de la República de Ecuador, por cuanto, desde el inicio se aseguró de cumplir el procedimiento establecido en el Acuerdo de Cartagena, artículos 90 a 92 regulatorios de la salvaguardia agrícola.”⁴⁴

VII.1.3. Análisis de la SGCAN

[42] Conforme los alegatos esgrimidos por las Partes en el presente procedimiento, resulta pertinente evaluar los siguientes aspectos:

- (i) La naturaleza de las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena en el contexto de los Programas de Desarrollo Agropecuario.
- (ii) El control por parte de los órganos comunitarios sobre las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena.

i) La naturaleza de las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena en el contexto de los Programas de Desarrollo Agropecuario

[43] Los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena se encuentran ubicados en el Capítulo IX del Acuerdo de Cartagena, denominado “Programas de Desarrollo Agropecuario”, el cual contiene las siguientes disposiciones:

CAPÍTULO IX Programas de Desarrollo Agropecuario

“Artículo 87.- Con el propósito de impulsar el desarrollo agropecuario y agroindustrial conjunto y alcanzar un mayor grado de seguridad alimentaria subregional, los Países Miembros ejecutarán un Programa de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, armonizarán sus políticas y coordinarán sus planes nacionales del sector, tomando en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos:

- a) El mejoramiento del nivel de vida de la población rural;
- b) La atención de los requerimientos alimentarios y nutricionales de la población en términos satisfactorios en procura de la menor dependencia posible de los abastecimientos procedentes de fuera de la Subregión;
- c) El abastecimiento oportuno y adecuado del mercado subregional y la protección contra los riesgos del desabastecimiento de alimentos;
- d) El incremento de la producción de los alimentos básicos y de los niveles de productividad;
- e) La complementación y la especialización subregional de la producción con miras al mejor uso de sus factores y al incremento del intercambio de productos agropecuarios y agroindustriales; y
- f) La sustitución subregional de las importaciones y la diversificación y aumento de las exportaciones.

Artículo 88.- Para el logro de los objetivos enunciados en el artículo anterior, la Comisión, a propuesta de la Secretaría General, tomará, entre otras, las medidas siguientes:

- a) Formación de un Sistema Andino y de Sistemas Nacionales de Seguridad Alimentaria;

⁴⁴ Folio 0369 del expediente.

- b) *Programas conjuntos de desarrollo agropecuario y agroindustrial por productos o grupos de productos;*
- c) *Programas conjuntos de desarrollo tecnológico agropecuario y agroindustrial, comprendiendo acciones de investigación, capacitación y transferencia de tecnología;*
- d) *Promoción del comercio agropecuario y agroindustrial intrasubregional y celebración de convenios de abastecimiento de productos agropecuarios;*
- e) *Programas y acciones conjuntas en relación al comercio agropecuario y agroindustrial con terceros países;*
- f) *Normas y programas comunes sobre sanidad vegetal y animal;*
- g) *Creación de mecanismos subregionales de financiamiento para el sector agropecuario y agroindustrial;*
- h) *Programas conjuntos para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales del sector; e*
- i) *Programas conjuntos de cooperación en el campo de la investigación y transferencia de tecnología en áreas de interés común para los Países Miembros tales como genética, floricultura, pesca, silvicultura y aquellos que la Comisión determine en el futuro.*

Artículo 89.- *La Comisión y la Secretaría General adoptarán las medidas necesarias para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de Bolivia y el Ecuador y su participación en el mercado ampliado.*

Artículo 90.- *Cualquier País Miembro podrá aplicar, en forma no discriminatoria, al comercio de productos incorporados a la lista a que se refiere el Artículo 92, medidas destinadas a:*

- a) *Limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficit de producción interna; y*
 - b) *Nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional.*
- Para la aplicación de dichas medidas, cuando sea del caso, los Países Miembros ejecutarán acciones por intermedio de agencias nacionales existentes, destinadas al suministro de productos alimenticios agropecuarios y agroindustriales.*

Artículo 91.- *El país que imponga las medidas de que trata el artículo anterior dará cuenta inmediata a la Secretaría General, acompañando un informe sobre las razones en que se ha fundado para aplicarlas.*

A Bolivia y Ecuador sólo podrá aplicarlas en casos debidamente calificados y previa comprobación por la Secretaría General de que los perjuicios provienen sustancialmente de sus importaciones. La Secretaría General deberá pronunciarse obligatoriamente dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción del informe y podrá autorizar su aplicación.

Cualquier País Miembro que se considere perjudicado por dichas medidas podrá presentar sus observaciones a la Secretaría General.

La Secretaría General analizará el caso y propondrá a la Comisión las medidas de carácter positivo que juzgue convenientes a la luz de los objetivos señalados en el Artículo 87.

La Comisión decidirá sobre las restricciones aplicadas y sobre las medidas propuestas por la Secretaría General.

Artículo 92.- *Antes del 31 de diciembre de 1970, la Comisión, a propuesta de la Secretaría General, determinará la lista de productos agropecuarios para los efectos*

*de la aplicación de los Artículos 90 y 91. Dicha lista podrá ser modificada por la Comisión, a propuesta de la Secretaría General.*⁴⁵ (Subrayado fuera de texto)

[44] De lo citado previamente, se observa que, por medio de las disposiciones del capítulo “Programas de Desarrollo Agropecuario” del Acuerdo de Cartagena se busca impulsar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de la Comunidad Andina. En ese marco, se plantean objetivos como mejorar el nivel de vida de la población rural, promover el comercio intracomunitario, garantizar la provisión de alimentos en la región y reducir la dependencia de los abastecimientos fuera del bloque, entre otros (Artículo 87).

[45] También, en el marco de indicado programa, se otorgan las siguientes facultades y obligaciones a la Comisión de la Comunidad Andina y a la SGCAN para lograr el cumplimiento de los objetivos planteados:

- La Comisión podrá, a propuesta de la SGCAN, adoptar medidas para crear un sistema de seguridad alimentaria, programas conjuntos de desarrollo agropecuario y agroindustrial (que comprenda el desarrollo de productos, tecnología, investigación, capacitación etc.), de sanidad vegetal y animal; para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, promover el comercio intracomunitario de productos agropecuarios y agroindustriales, entre otros (Artículo 88).
- La Comisión y la SGCAN tomarán acciones específicas en el marco del Trato Especial y Diferenciado a favor de Bolivia y Ecuador para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial en ambos países, y su participación en el mercado ampliado (Artículo 89).
- Se encarga a la Comisión y a la SGCAN evaluar y decidir sobre las medidas restrictivas aplicadas por los Países Miembros para un grupo limitado de productos agropecuarios. En aplicación del Trato Especial y Diferenciado concedido a favor de Bolivia y Ecuador, corresponderá a la SGCAN calificar tales medidas cuando se aplique contra las importaciones de dichos países. En los demás casos, será la Comisión quien decida sobre las restricciones aplicadas (Artículos 90 y 91).
- Se encarga exclusivamente a la Comisión determinar, a propuesta de la SGCAN, la lista de productos agropecuarios sobre los cuales se pueden aplicar las medidas restrictivas antes referidas (Artículo 92).

[46] Además de todo lo anterior, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Capítulo “Programas de Desarrollo Agropecuario” del Acuerdo de Cartagena, se otorgan facultades para que los Países Miembros puedan adoptar medidas que limiten y graven las importaciones a un grupo de productos agropecuarios, sujetas al posterior pronunciamiento de la Comisión de la Comunidad Andina o de la SGCAN (según corresponda). Ello, cuando necesiten limitar las importaciones a lo necesario para cubrir el déficit de producción interna y tengan que nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional (literales a) y b) del Artículo 90), se entiende, sobre las ramas de producción de la lista de productos agropecuarios definidos previamente por la Comisión (Artículo 92).

[47] Respecto al punto anterior, se debe resaltar que bajo las condiciones que se prevén en el Artículo 90 del Acuerdo de Cartagena se busca atender situaciones especiales de emergencia económica de determinados sectores productivos agropecuarios o agroindustriales de los Países Miembros (limitando las importaciones para cubrir déficits de producción y equiparando los precios de los productos importados a los nacionales). Por tanto, el mecanismo contemplado en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, no es sino la excepción al principio general de libre movimiento de bienes y, por ende, al

⁴⁵ Acuerdo de Cartagena, Decisión 563.

Programa de Liberación que se invoca por causales económicas, de forma similar a las cláusulas de salvaguardia previstas en el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena⁴⁶.

- [48] Teniendo en cuenta que las medidas aplicadas en el marco de los Artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena guardan similar naturaleza a los mecanismos de salvaguardia del Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, resulta importante traer a colación lo mencionado por el TJCA en el Proceso 1-N-86 respecto a este último mecanismo (las salvaguardias):

“Una primera consecuencia de estos principios generales es la obvia de que, mientras el proceso de liberación, es automático e irrevocable, la defensa excepcional que se autoriza, en aparente detrimento de tal proceso, no puede ser en ningún caso unilateral, automática ni irrevocable. Muy por el contrario, tiene establecido el derecho comunitario que la aplicación de tales medidas exceptivas, siempre temporales o transitorias, deben ceñirse rígidamente a los procedimientos previamente señalados en las normas exceptivas pertinentes que son, por lo mismo, imperativas, estrictas y que excluyen, por definición, actuaciones ex-officio, unilaterales o puramente potestativas y que, jurídicamente, están sujetas a una interpretación restrictiva, como normas de excepción.” (Subrayado fuera de texto)

- [49] Conforme a lo señalado por el TJCA, existen medidas restrictivas en el Acuerdo de Cartagena (como aquellas amparadas bajo los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena), que se autorizan como defensa excepcional y que no trasgreden el Programa de Liberación, siempre que los mismos se ciñan rígidamente a los procedimientos previstos.

- [50] Así, de la lectura conjunta de las disposiciones contenidas el Capítulo IX “Programa de Desarrollo Agropecuario” se puede señalar lo siguiente respecto a las medidas aplicadas en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena:

- Se tratan de medidas especiales de naturaleza restrictiva permitidas, previstas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Andina y aplicadas a un número limitado de productos, cuyo propósito se encuentra alineado a contribuir con el logro de los objetivos de desarrollo del sector agropecuario y agroindustrial de la Comunidad Andina plasmados en el Artículo 87 del Acuerdo de Cartagena, tal como se ha señalado en el Documento de Trabajo SG/dt 521⁴⁷.
- En el marco de dicho programa de desarrollo, se brindan facultades a los Países Miembros para aplicar medidas restrictivas provisionales sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCAN o de la Comisión, según corresponda. Es decir, al igual que las medidas restrictivas consagradas en el Capítulo XI “*Cláusulas de Salvaguardia*” del Acuerdo de Cartagena, también constituyen una excepción al Programa de Liberación, siempre que los mismos se ciñan rígidamente al procedimiento previsto y sean autorizadas por los órganos comunitarios competentes.

ii) *El control por parte de los órganos comunitarios sobre las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena*

- [51] Respecto a lo anterior, la norma comunitaria es explícita en establecer cuáles son esas razones que se debe fundamentar, cuando se busca aplicar medidas que afecten las importaciones provenientes de Bolivia y Ecuador, debe demostrarse que el perjuicio grave alegado es ocasionado sustancialmente por estas importaciones. En efecto, el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena establece que un País Miembro podrá aplicar a dichos países

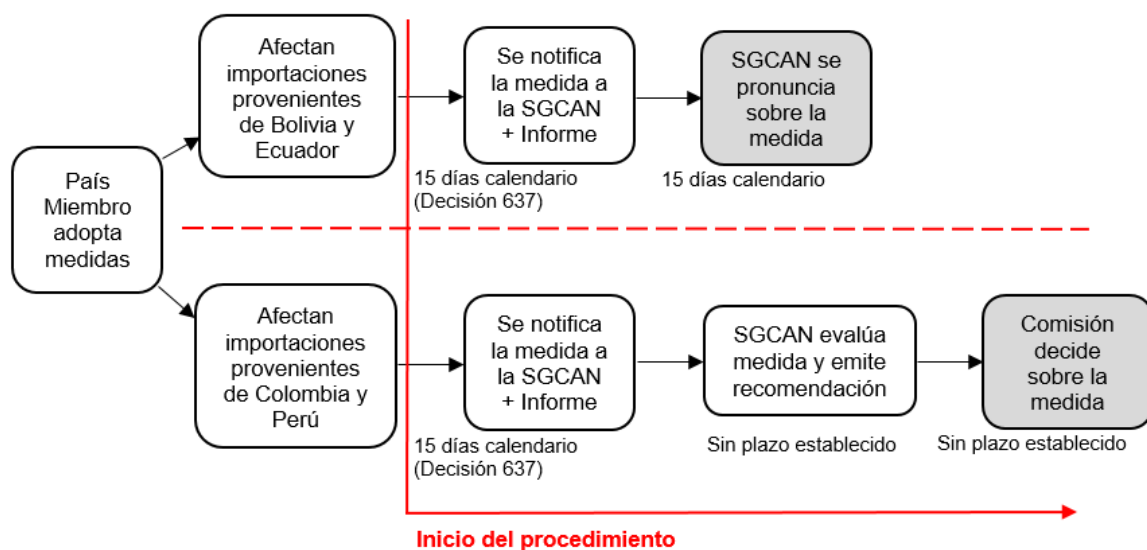
⁴⁶ Las cláusulas de salvaguardia previstas en el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena contempla la posibilidad de que se apliquen sobre las importaciones andinas medidas restrictivas para atender situaciones de emergencia nacional, de índoles económica, cambiaria o financiera.

⁴⁷ Documento de Trabajo SG/dt 521. Folios 0188 al 0238 del expediente con carácter de “reservado”.

las medidas de que trata el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena en casos debidamente calificados y previa comprobación de la SGCAN de que los perjuicios provienen sustancialmente de sus importaciones. El artículo 114 del propio Tratado Fundamental, hace explícito el carácter excepcional que debe tener la medida correctiva, al calificar que debe corregir un perjuicio grave.

- [52] Respecto a lo anterior, la norma comunitaria es explícita en establecer cuáles son esas razones que se debe fundamentar cuando se busca aplicar medidas que afecten las importaciones provenientes de Bolivia y Ecuador. En efecto, el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena establece que un País Miembro, podrá aplicar a dichos países las medidas de que trata el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena en casos debidamente calificados y previa comprobación de la SGCAN de que los perjuicios provienen sustancialmente de sus importaciones.
- [53] Por tanto, de la lectura del artículo 91 del Acuerdo de Cartagena se desprende que, si bien, en todos los casos se exige que el País Miembro presente un informe sobre las razones que fundamentan la medida adoptada, cuando se aplican medidas que afectan las importaciones provenientes de Colombia y Perú, no se requiere constatar en estricto que tales importaciones causan un perjuicio a la producción nacional para validarla como la razón que motivó la adopción de la medida.
- [54] En el caso de las medidas aplicadas contra importaciones provenientes de Colombia y Perú, la medida es analizada por la SGCAN, quien propone a la Comisión las medidas de carácter positivo que juzgue conveniente a la luz de los objetivos señalados en el Artículo 87 del Acuerdo de Cartagena; y es la Comisión de la Comunidad Andina el órgano comunitario que decide sobre las restricciones aplicadas y las medidas propuestas por la SGCAN.
- [55] Por tanto, se observa claramente que las medidas aplicadas bajo el amparo de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena se encuentran bajo el control de la SGCAN y de la Comisión de la Comunidad Andina, en dos procedimientos distintos que toman en cuenta el Trato Especial y Diferenciado a favor de Bolivia y Ecuador, tal como se aprecia en el Gráfico N° 1, a continuación:

Gráfico N° 1
Esquema de aplicación de las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena



[56] Así pues, las medidas que se aplican al amparo de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena no se encuentran por fuera del control de los órganos comunitarios. Es más, culminado el procedimiento que se visualiza en el Gráfico N° 1 de este Informe se contempla aún otros escenarios al que pueden recurrir los administrados para el control de tales medidas restrictivas. Por ejemplo:

- En el caso de las medidas que afecten las importaciones provenientes de Bolivia y Ecuador, luego que la SGCAN se haya pronunciado, sobre dicho acto administrativo se pueden plantear recursos de reconsideración como parte del mismo procedimiento administrativo. En una etapa posterior se pueden también presentar Acciones de Nulidad ante el TJCA o las Acciones de Incumplimiento; primero, en una fase prejudicial ante la SGCAN y posteriormente ante el TJCA.
- En el caso de las medidas afecten las importaciones provenientes de Colombia y Perú, luego que la Comisión ha decidido sobre las mismas, pueden presentarse Acciones de Nulidad ante el TJCA o las Acciones de Incumplimiento; primero, en una fase prejudicial ante la SGCAN y posteriormente ante el TJCA.
- En cualquiera de los casos antes descritos, si alguno de los órganos comunitarios dejara de cumplir con sus obligaciones, puede recaer sobre ellos un recurso por omisión ante el TJCA, tal como lo ha manifestado dicho órgano jurisdiccional en el Proceso N° 004-AI-2006:

“El Recurso por Omisión o Inactividad que, a instancia de parte, puede presentarse ante el Tribunal Comunitario por dichos órganos, por los Países Miembros o por las personas naturales o jurídicas, conforme a lo previsto por el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal Andino y 130 del Estatuto, activa la competencia del Órgano Jurisdiccional para señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir su obligación así como las consecuencias que pueden derivar del no acatamiento de la respectiva providencia, de donde se desprende que en ningún caso el Derecho Comunitario deja en indefensión a los sujetos comunitarios.” (Subrayado fuera de texto)

[57] Por tanto, no existe razón para señalar que las medidas a las que se refieren los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena escapan del control administrativo o judicial de órganos comunitarios una vez se haya iniciado el procedimiento (como en el presente caso), es decir desde que se notifica correctamente la medida a la SGCAN (ver Gráfico N° 1).

[58] En ese sentido, se puede indicar lo siguiente respecto a los argumentos presentados por los gobiernos de Colombia y Ecuador:

- Las medidas contempladas en los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena constituyen excepciones al Programa de Liberación y se encuentran bajo el control de los órganos comunitarios correspondientes, la SGCAN o la Comisión. En el caso específico de la Resolución N° 020-2018 del COMEX, la medida fue correctamente notificada, está en trámite y se encuentra pendiente de decisión por parte de la Comisión. Como SGCAN, corresponde velar porque se cumpla estrictamente el procedimiento.
- El Trato Especial y Diferenciado, instrumento creado desde la formación del Pacto Andino a favor de Bolivia y Ecuador, se plasma en diversos asuntos de que trata el Acuerdo de Cartagena. Por ejemplo, en los “Programas de Desarrollo Agropecuario”, desde el mandato que se otorga a la SGCAN y a la Comisión para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de Bolivia y Ecuador, así como en la aplicación de las medidas restrictivas contempladas en los artículos 90 y 91 del Acuerdo. De allí que, los

órganos comunitarios deben garantizar que el procedimiento por el cual se examina actualmente la Resolución N° 020-2018 del COMEX se haga a la luz de dicho trato especial, que para el caso específico supone que sea la Comisión, quien decida sobre dicha medida en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, pues cuestionar o evaluar la validez del Trato Especial y Diferenciado implicaría actuar fuera del marco legal andino.

- El procedimiento de aplicación de las medidas de que trata los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, brinda facultades a los Países Miembros para aplicar en una primera etapa, medidas restrictivas de carácter provisional hasta el pronunciamiento de la SGCAN o de Comisión (ver Gráfico N° 1). Así, la medida adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX tiene carácter provisional ya que aún falta la decisión de la Comisión. Por esa razón, no podría adelantarse opinión y alegarse que dicha medida está en contravía del Acuerdo de Cartagena y su Programa de Liberación⁴⁸.

VII.2. Competencia de la SGCAN para calificar las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena

VII.2.1. Argumento de la República de Colombia

- [59] El gobierno de Colombia sugiere en su solicitud que la SGCAN tiene el mandato de emitir su pronunciamiento y calificar la medida en cuestión:

“(...) en caso que la SGCAN considere que la Resolución No. 020-2018 es una salvaguardia especial agrícola en los términos del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, el proceso de carácter administrativo en este momento en curso en la Comisión no excluye ni sustrae de la jurisdicción andina la decisión sobre esta materia. Siendo así, en ejercicio de su función de preservación del Programa de Liberación y de la iniciativa jurisdiccional, la SGCAN tiene el mandato de emitir calificación en los términos solicitados.”⁴⁹ (Subrayado fuera de texto)

VII.2.2. Respuesta de la República del Ecuador

- [60] El gobierno del Ecuador aduce que la SGCAN no podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto por cuanto la actuación del órgano comunitario en esta línea carecería de motivación y fundamento legal. Agrega que, lo contrario, transgrediría la norma comunitaria andina, convirtiéndolo en un acto de nulidad.
- [61] En su respuesta señaló en referencia a la posible calificación de la Resolución N° 020 – 2018 del COMEX lo siguiente:

“Si bien la Secretaría admitió a trámite la solicitud de calificación de restricción presentada por Colombia, al reunir los requisitos de forma exigidos por la normativa pertinente (Decisión 425, artículo 47); no podrá hacerlo en cuanto al fondo del asunto, es decir la procedencia de dicha solicitud, por cuanto la actuación del órgano administrativo comunitario en esa línea carecería de motivación y fundamento legal aplicable, convirtiéndolo en un acto de nulidad absoluta.”⁵⁰

⁴⁸ Al respecto, Colombia señala que, la Resolución N° 020-2018 de COMEX no cumple con los requisitos que exige el art. 90 del Acuerdo de Cartagena. Sobre el particular se debe señalar que, dicha evaluación corresponde a un examen que se efectúa en el marco del procedimiento establecido en los arts. 91 y 92 del Acuerdo de Cartagena, sobre el cual está pendiente de decisión por parte de la Comisión. El cumplimiento o no de tales requisitos no corresponde ser evaluados en un procedimiento por gravámenes o restricciones.

⁴⁹ Folio 0076 del expediente.

⁵⁰ Folio 0372 del expediente.

“(…) [A] la Secretaría General le corresponde controlar el cumplimiento y ejecutar las Decisiones de la Comisión, supuesto en el cual la jerarquía legal de las Resoluciones de la Secretaría General es inferior y supeditada a la de la Comisión. Cualquiera que fuere el origen del derecho derivado nacido de las competencias de la Secretaría General -autónomo o supeditado a las Decisiones- no puede en ningún caso contradecir o violentar ni el espíritu ni el contenido de las normas constitucionales comunitarias.”⁵¹

“(…) [F]rente al cabal cumplimiento del Ecuador de los presupuestos necesarios de aplicación de una salvaguardia de esta naturaleza, establecidos en el artículo 91 del Acuerdo de Cartagena, ha observado los condicionamientos establecidos en la propia normativa comunitaria de carácter primario, originario o constitucional como lo es el Acuerdo de Cartagena, por lo que corresponde al órgano comunitario designado para el efecto, pronunciarse respecto de la procedencia de la medida aplicada por el Ecuador.”⁵²

“(…) [L]a Secretaría, al calificar la solicitud de la República de Colombia como procedente, sin duda agravaría la situación inicial del Ecuador, al establecer en su Resolución un criterio completamente novedoso de tratamiento de este tipo de procedimientos, trasgrediendo además la normativa andina comunitaria, al infringir el postulado sobre salvaguardia agrícola contenido en el artículo 90 del Acuerdo de Cartagena.”⁵³ Agrega además que, “[e]l ir más allá de sus facultades expresamente regladas, constituye desviación de poder, vicio de nulidad absoluta ampliamente analizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”⁵⁴, haciendo referencia al Proceso 01-AN-97.

VII.2.3. Análisis de la SGCAN

- [62] En el presente acápite las Partes formulan alegaciones respecto a si la SGCAN tiene la competencia para calificar la medida adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX, la cual se ampara en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena.
- [63] Lo anterior, supone definir si ante el procedimiento en trámite de la medida en cuestión al amparo de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, que aún no culmina con la decisión de la Comisión, puede calificarse la misma medida en un procedimiento por restricciones y gravámenes por parte de la SGCAN, sin que ello implique una desviación de poder de éste último.
- [64] A fin de atender la problemática antes planteada, resulta importante revisar jurisprudencia del TJCA, respecto a lo que se entiende por desviación de poder y determinar si en el presente caso, ante una supuesta calificación por parte de la SGCAN, el acto administrativo estaría respaldado por el Derecho Comunitario.
- [65] Por lo antes expuesto, se analizará los siguientes aspectos:
- (i) Características de los procedimientos por restricciones y gravámenes, y de las medidas restrictivas aplicadas en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena; y,
 - (ii) Calificación de la medida en cuestión por parte de la SGCAN y su compatibilidad con el Derecho Comunitario Andino.

⁵¹ Folio 0371 del expediente.

⁵² Folios 0381 y 0382 del expediente.

⁵³ Folio 0382 del expediente.

⁵⁴ *Ibidem*.

(i) Características de los procedimientos por restricciones y gravámenes, y de las medidas restrictivas aplicadas en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena.

Sobre el procedimiento de restricciones y gravámenes

- [66] Como se ha señalado, por medio del procedimiento de calificación de gravámenes y restricciones, se busca calificar si determinadas medidas aplicadas unilateralmente por algún País Miembro, impiden, dificultan, o hacen más onerosas las importaciones de cualquier mercancía originaria de la subregión. Para tal efecto, se brinda competencia a la SGCAN para que, a solicitud de parte o de oficio, inicie un procedimiento de investigación.
- [67] Luego de efectuado el procedimiento de investigación, la SGCAN determinará si la medida aplicada unilateralmente por algún País Miembro califica o no como una restricción o gravamen; es decir, si inciden sobre las importaciones andinas en las formas señaladas en el párrafo anterior; o si dichas medidas se constituyen como alguna de las excepciones previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.
- [68] Para que una medida unilateral aplicada por un País Miembro se exceptúe de ser calificada como un gravamen o una restricción, es porque dicha medida corresponde a una tasa que se cobra por brindar un servicio específico, o porque dicha medida busca proteger la moralidad pública, la seguridad, la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, el patrimonio nacional, regular el comercio de armas, municiones y otros materiales de guerra, así como de oro y plata, o de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material empleado en el desarrollo de la energía nuclear.
- [69] Así, luego de la evaluación correspondiente el caso concluye con la expedición de una Resolución por parte de la SGCAN.

Sobre el procedimiento de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena

- [70] Como se ha señalado, en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena se busca calificar si determinadas medidas aplicadas por algún País Miembro en razón del procedimiento previsto, buscan limitar las importaciones a lo necesario para cubrir el déficit de producción interna y gravar las mismas para equiparar los precios del producto importado al del producto nacional.
- [71] Para tal efecto, se brinda competencias a la SGCAN y la Comisión, para que revisen la medida y brinden una determinación. Dependiendo de si la medida de algún País Miembro se aplica sobre las importaciones provenientes de Bolivia o Ecuador, o sobre las importaciones provenientes de Colombia o Perú, el procedimiento se distingue en lo que respecta al tipo de examen que se debe realizar sobre las importaciones y respecto al órgano comunitario competente para conocer la medida. (Ver Gráfico N° 1)
- [72] En el caso particular de la medida que se analiza (adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX), ésta se aplica sobre las importaciones de Colombia y Perú (ver Tabla N° 1). Entonces, de acuerdo a lo antes señalado (ver Gráfico N° 1), es la Comisión (y no la SGCAN) el órgano comunitario competente para decidir sobre las restricciones aplicadas y sobre las medidas propuestas por esta Secretaría General.
- [73] De esta manera, para que la medida restrictiva aplicada bajo el procedimiento de los artículos 90 a 92 se constituyan en una excepción al Programa de Liberación, deben contar con el pronunciamiento positivo de la Comisión. Una decisión contraria, implicaría que la medida adoptada por el País Miembro es una restricción⁵⁵ que contraviene el Acuerdo de

⁵⁵ Debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el Artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, la medida contemplada debe restringir las importaciones (literal a) y gravar el valor de los productos importados (literal b). A saber:

Cartagena y su Programa de Liberación. En este último escenario, le corresponde al País Miembro que ha adoptado la medida asegurar su retiro, en apego al Derecho Comunitario Andino. Caso contrario, se podría activar un proceso prejudicial por Acción de Incumplimiento contra dicho país.

[74] De lo expuesto hasta aquí, queda claro para la SGCAN, que los procedimientos para evaluar medidas restrictivas en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena y el de calificación de medidas unilaterales como restricciones y gravámenes, previsto en los artículos 72 a 74 del mismo Acuerdo, atienden dos cuestiones totalmente distintas, y que las medidas revisadas en el primer procedimiento no podrían ser evaluadas en el marco del segundo. Ello, por las siguientes razones:

- El procedimiento contemplado en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena faculta a los Países Miembros la aplicación provisional de medidas restrictivas aplicadas ante situaciones económicas especiales, que afrontan determinados sectores agropecuarios o agroindustriales de un país, sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCAN o la Comisión, y únicamente pueden ser revisadas bajo dicho procedimiento después de haber sido notificada correctamente a la SGCAN. (Ver Gráfico N° 1)⁵⁶
- En los procedimientos por restricciones y gravámenes, cualquier tipo de medida aplicada por algún País Miembro, sobre cualquier producto, está sujeta al control de la SGCAN si existe la presunción de que dicha medida limita, dificulta o encarece las importaciones andinas, a menos que se constituya en alguna de las excepciones previstas en el Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.
- Entre las medidas de excepción a las que se refiere el Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, no se encuentran aquellas aplicadas ante situaciones económicas especiales. De allí que las medidas aplicadas en virtud los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena llevan un procedimiento distinto con el fin de ser autorizadas, pues sometidas a un procedimiento por restricciones y gravámenes siempre calificarán como tal por su propia naturaleza (son medidas restrictivas que limitan y gravan las importaciones), y estarían siempre impedidas de aplicarse.

(ii) Calificación de la medida en cuestión por parte de la SGCAN y su compatibilidad con el Derecho Comunitario Andino

[75] Con base en lo expuesto en el acápite anterior, queda claro para la SGCAN que una medida restrictiva que se haya invocado en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena y que ha seguido el procedimiento previsto (es decir, que ha sido notificada correctamente y se encuentre en trámite) no podría ser sometida a una calificación dentro del procedimiento por restricciones y gravámenes.

[76] Como se ha venido señalando, desde el Acuerdo de Cartagena se ha dado un tratamiento especial a los productos agropecuarios y agroindustriales, y considerando la importancia de brindar un Trato Especial y Diferenciado a Bolivia y Ecuador, la competencia para conocer una medida adoptada por alguno de estos Países Miembros al amparo de los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena recae de manera exclusiva en la Comisión de la Comunidad Andina.

“Acuerdo de Cartagena

Artículo 90.- *Cualquier País Miembro podrá aplicar, en forma no discriminatoria, al comercio de productos incorporados a la lista a que se refiere el Artículo 92, medidas destinadas a:*

a) Limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficit de producción interna; y

b) Nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional.”

⁵⁶ Esto quiere decir que el País Miembro cumple con lo previsto en el Acuerdo de Cartagena y en la Decisión 637 de notificar dentro del plazo de 15 días calendario la medida adoptada a la SGCAN, acompañando a dicha notificación un informe que sustenta la medida.

- [77] La Comisión es el órgano encargado de adoptar medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena (artículo 22 literal b) del Acuerdo de Cartagena). En el cumplimiento de sus funciones, la Comisión considera de manera especial la situación de Bolivia y Ecuador, en función de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, de los tratamientos preferenciales previstos en su favor y del enclaustramiento geográfico del primero (Artículo 22 del Acuerdo de Cartagena).
- [78] En ese contexto, resulta coherente que las medidas aplicadas por Bolivia y Ecuador en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, que tienen como propósito limitar y gravar las importaciones provenientes de Colombia y Perú bajo ciertas condiciones (países con mayor desarrollo relativo en la Comunidad Andina), sean decididas por la Comisión, por resultar un tema sensible y de especial importancia para el desarrollo agropecuario y agroindustrial de los primeros.
- [79] Incluso la toma de decisión por parte de la Comisión para atender los casos en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena es distinta a la mecánica empleada en otros asuntos, tal como se observa en el artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, recogido también en el artículo 25 de la Decisión 471 “*Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina*” (en adelante, Decisión 471), pues se requiere adoptar tales medidas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo:

Acuerdo de Cartagena

“Artículo 26.- *La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Se exceptúan de esta norma general:*

a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo.

(...)

ANEXO I

(...)

9. Aprobar y modificar la lista de productos agropecuarios de que trata el Artículo 92.

(...)

15. Aprobar las medidas a que se refiere el último inciso del Artículo 91. (Subrayado fuera de texto)

Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina

(...)

Artículo 23.- *Finalizados los debates, y de no producirse un consenso, se procederá a votación. Tanto la votación como el resumen de acuerdos adoptados en la sesión deberán constar en el acta correspondiente.*

Artículo 24.- *La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Seguidamente, el Secretario de la Comisión anunciará el resultado de la votación.*

La mayoría absoluta determina el número entero que sigue a la fracción matemática de la mitad.

Artículo 25.- *Se excluyen de la norma general las materias que se señalan a continuación, las que deberán ser aprobadas por mayoría absoluta y sin que haya voto negativo:*

(...)

h) *Aprobar y modificar la lista de productos agropecuarios de que trata el Artículo 104 [actual Artículo 92] del Acuerdo de Cartagena;*

(...)

m) *Aprobar las medidas a las que se refiere el último párrafo del Artículo 103 [actual Artículo 91] del Acuerdo de Cartagena.”*

(Subrayado fuera de texto)

[80] Con todo lo expuesto, se evidencia que las medidas aplicadas al amparo de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena cuando recaen sobre las importaciones de Colombia y Perú, como la medida que se denuncia en el presente procedimiento (Resolución N° 020-2018 de COMEX), sólo puede ser conocida por la Comisión de la Comunidad Andina y no por la SGCAN, ni menos aún ser sometidas a un procedimiento distinto como el de restricciones y gravámenes.

[81] Pero sumado a lo anterior, se debe señalar que existe jurisprudencia del TJCA, mediante el cual dicho órgano jurisdiccional precisa que el órgano comunitario para conocer las medidas aplicadas a los Países Miembros, que no sean Bolivia y Ecuador, en el marco de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena es la Comisión de la Comunidad Andina, y mientras no exista un pronunciamiento de dicha autoridad competente, resulta improcedente que pueda ser revisado, incluso, judicialmente, hasta que se agote la vía administrativa. En efecto, en el Proceso N° 004-AI-2006 se señala lo siguiente:

“Que el procedimiento de las medidas de salvaguardia agrícolas y agropecuarias para ser correctamente aplicadas deben cumplir con un procedimiento comunitario previo: (i) el País que imponga una medida de salvaguardia deberá informar inmediatamente a la Secretaría General acompañando un informe que justifique la aplicación de dichas medidas; (ii) en los casos de Bolivia y Ecuador, la Secretaría General, deberá pronunciarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción del informe y podrá autorizar su aplicación; (iii) cualquier País Miembro que se considere perjudicado por dichas medidas podrá presentar sus observaciones a la Secretaría General; (iv) la Secretaría General analizará el caso y propondrá a la Comisión las medidas de carácter positivo que juzgue convenientes de acuerdo a los objetivos señalados en el artículo 87 del mismo Acuerdo; y. (v) la Comisión deberá decidir sobre las restricciones aplicadas y sobre las medidas propuestas por la Secretaría General.

Que un procedimiento comunitario previo culmina con el pronunciamiento del último órgano llamado a pronunciarse o con el cumplimiento del plazo concedido a dicho órgano sin que éste se haya pronunciado.

Que la Comisión de la Comunidad Andina, en el caso de autos, no ha emitido su pronunciamiento, y que la norma comunitaria prevé el recurso y el procedimiento para lograr que, cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuviesen de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico puedan ser requeridos por el Tribunal Comunitario, para que cumplan con dichas obligaciones. El Recurso por Omisión o Inactividad que, a instancia de parte, puede presentarse ante el Tribunal Comunitario por dichos órganos, por los Países Miembros o por las personas naturales o jurídicas, conforme a lo previsto por el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal Andino y 130 del Estatuto, activa la competencia del Órgano Jurisdiccional para señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir su obligación así como las consecuencias que pueden derivar del no acatamiento de la respectiva providencia, de donde se desprende que en ningún caso el Derecho Comunitario deja en indefensión a los sujetos comunitarios.⁵⁷

- [82] Como se aprecia, el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina reconoce, que en el marco del procedimiento de los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, el pronunciamiento de la Comisión de la Comunidad Andina es el acto que pone fin a este procedimiento, criterio que ha sido sostenido también en otros Procesos del TJCA, como los acumulados 73-AI-2000, 83-AI-2000, y 97-AI-2005, tal como se manifiesta en el proceso que se ha revisado.
- [83] Además, da cuenta el órgano jurisdiccional que, en el eventual escenario que la autoridad competente se abstuviese de cumplir sus obligaciones se puede plantear ante el TJCA, un recurso por omisión. Con ello, se dejan claro que en ningún caso el derecho andino deja en indefensión a los sujetos comunitarios.
- [84] Entonces, hasta aquí, no queda duda que las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena corresponde a un procedimiento especial que únicamente puede atenderse por esa vía una vez admitido a trámite. En el caso particular del caso en cuestión (Resolución 020-2018 del COMEX) por la Comisión, que luego de emitir su pronunciamiento recién podría estar sujeta a revisión judicial por parte del TJCA, o también por la SGCAN en un procedimiento por Acción de Incumplimiento, de corresponder; pero en ningún caso en un procedimiento por restricciones y gravámenes por la naturaleza de la medida como ya se explicó.
- [85] Es necesario resaltar, que la práctica institucional de la SGCAN ha seguido las líneas antes descritas, por ejemplo:
- (i) Ante medidas sujetas a procedimientos amparados bajo los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena que hayan estado en trámite, no se cuenta con antecedentes de que la SGCAN haya iniciado en paralelo un procedimiento por restricciones y gravámenes para calificar las mismas medidas.⁵⁸

⁵⁷ Respecto a este Proceso, la República de Colombia solicita a la SGCAN que dicha referencia judicial sea obviada, pues considera un mal precedente que victimizó al País Miembro afectado por un gravamen contrario al Acuerdo de Cartagena y le dio a otro País Miembro el poder de hecho para violar el Programa de Liberación andino.

Sobre el particular, la SGCAN debe velar por hacer cumplir el Acuerdo, en ese marco le corresponde dejar en manos de la Comisión la decisión de la medida en cuestión. Tal como se ha explicado, las medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena que se encuentren en trámite y pendiente de decisión del órgano comunitario competente no pueden ser calificadas en un procedimiento por restricciones o gravámenes, por la naturaleza de la medida. Por tanto, la SGCAN entiende que primero debe agotarse la vía administrativa del procedimiento contemplado en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, en línea con el criterio desarrollado por el TJCA en el Proceso 004-AI-2006, pues una vez culminado dicho procedimiento se pueden activar otros mecanismos comunitarios a fin de velar por el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena y su Programa de Liberación. Más aún, se ha indicado que se pueden activar recursos por omisión si alguna autoridad comunitaria no cumple con su función. Por tanto, existen mecanismos que no permiten dejar en indefensión a los sujetos administrados.

⁵⁸ Existen antecedentes de que la SGCAN ha iniciado procedimientos para calificar medidas amparadas en los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, cuando las mismas se aplicaron unilateralmente por los Países Miembros sin ajustarse al

- (ii) En procedimientos por Acción de Incumplimiento respecto a medidas aplicadas por los Países Miembros al amparo de los artículos 90 a 92, existe un caso en el cual la SGCAN emitió un Dictamen respecto a las medidas ya calificadas por la SGCAN (es decir, luego de haberse expedido una Resolución), pero suspendió el procedimiento por Acción de Incumplimiento respecto a las medidas pendientes de decisión por parte de la Comisión, al no haberse agotado la vía administrativa.

Es el caso de las Resoluciones N° 388 de la SGCAN sobre el Dictamen 17-2000 de Incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela, al aplicar un sistema de contingentes o cuotas y licencias de importación al azúcar originario de Países Miembros, que en su parte resolutive señala:

“Artículo 3.- Mantener la suspensión del procedimiento administrativo iniciado por la Nota de Observaciones SG-F/2.1/797/2000 respecto de los productos comprendidos en la lista a que se refiere la Decisión 474 originarios de Colombia, hasta tanto la Comisión se pronuncie sobre la aplicación de la salvaguardia invocada por el Gobierno de Venezuela.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

- [86] En conclusión, se debe reafirmar que la SGCAN no tiene la atribución para calificar la medida en cuestión (Resolución N° 020-2018 del COMEX) como una restricción o gravamen, conociendo que la misma se encuentra en trámite y pendiente de decisión por parte de la Comisión, en razón de lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, la Decisión 471, las jurisprudencia del TJCA manifestado en los procesos N° 004-AI-2006, 73-AI-2000 y 83-AI-200 acumulados, y 97-AI-2005, así como en la práctica institucional de la SGCAN reflejada en la Resolución N° 388 ya descrita.
- [87] Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se evaluará las consecuencias de una posible calificación de la medida en cuestión.
- [88] En el escenario en el cual la SGCAN decidiera calificar a la medida en cuestión dentro del procedimiento por restricciones y gravámenes, y como resultado emitiera una Resolución en ese sentido, dicho acto administrativo podría ser anulada por el TJCA, en la medida que la acción de nulidad es el procedimiento de control de la legalidad que se constituye en el fundamento del régimen de Derecho Comunitario.

procedimiento respectivo, pues se trataron de casos que no fueron admitidos a trámite. Por ejemplo, cuando los Países Miembros dejaron de notificar la medida a la SGCAN, o la notificaron fuera de tiempo, o si la notificaron en el plazo establecido no adjuntaron el informe respectivo; o porque correspondieron a salvaguardias no amparadas en el marco andino, en resumen, se trata de situaciones que no se comparan a la medida aplicada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX que actualmente está en trámite y pendiente de la decisión de la Comisión. Al respecto pueden revisarse las siguientes Resoluciones de la SGCAN a modo de ejemplo:

- Resolución N° 1796 de la SGCAN, relativa a la terminación del procedimiento. Solicitud del Perú para la calificación como gravamen de la salvaguardia OMC aplicada a los pisos de madera por parte del Ecuador;
- Resolución N° 1494 de la SGCAN, relativa a la calificación como restricción al comercio de una salvaguardia excepcional y temporal para la importación de papa;
- Resolución N° 1043 de la SGCAN, relativa a la calificación (i) como restricción injustificada al establecimiento por parte de la república del Ecuador de un cupo a las importaciones de carne de porcinos (subpartidas nandina 0203.11.00, 0203.19.00 y 0203.29.00); y, (ii) como gravamen al pago de derechos correctivos automáticos por parte de la república del Ecuador a las importaciones de ganado y carne porcinos (subpartidas nandina 0103.91.00, 0103.92.00, 0203.12.00, 0203.21.00, 0203.22.00, 0210.12.00 y 0210.19.00) originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- Resolución N° 1039 de la SGCAN, relativa a la calificación del establecimiento por parte de la República de Perú al pago de derechos correctivos ad valorem de 21 por ciento a las importaciones de azúcar clasificada en la subpartida arancelaria nandina 1701.99.00.90, originarias de los Países Miembros, como gravamen para efectos del Programa de Liberación;
- Resolución N° 967 de la SGCAN, relativa a la calificación de la aplicación por parte de la República de Bolivia de un régimen de licencias previas y un contingente como restricción, y al pago de un gravamen arancelario más un derecho arancelario variable adicional a las importaciones de azúcar clasificadas en las subpartidas arancelarias Nandina 1701.11.90 y 1701.99.00, originarias de los Países Miembros, como gravamen para efectos del Programa de Liberación;
- Resolución N° 760 de la SGCAN, relativa a la calificación de los “derechos correctivos ad valorem” aplicados por la República del Perú a productos de la cadena de oleaginosas, como gravamen a las importaciones originarias de la subregión.

[89] Este entendimiento del Tribunal es conforme con el Tratado de Creación del TJCA, artículo 17 y su Estatuto en el artículo 101, en los cuales se señala respectivamente lo siguiente:

“Artículo 17.- *Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado”.* (Subrayado fuera de texto)

Artículo 101.- Objeto y finalidad

La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.” (Subrayado fuera de texto)

[90] En línea con lo anterior, el TJCA expresó en la sentencia del proceso N° 01-AN-2014 que:

“De acuerdo con lo establecido en el Artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA, como competencia respecto de la acción de nulidad, este órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de normas de derecho secundario o normas derivadas.

Este análisis tiene por objeto determinar si la norma cuestionada es acorde o no al ordenamiento que conforman las normas de derecho primario o secundario. Dicho en otros términos, el análisis de validez tiene por objeto determinar si la norma materia de cuestionamiento respeta o no las disposiciones jurídicas contenidas en las normas fundamentales o constitucionales, en unos casos, o las normas derivadas, en otros, lo que supone, como puede advertirse, un control de legalidad.” (Subrayado fuera de texto)

[91] Asimismo, el TJCA ha señalado que la finalidad de la acción de nulidad ejercida contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino es la tutela del mismo, a fin de que aquella quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho. En efecto, en la Sentencia del proceso 1-AN-96 ha dispuesto que:

“En el contencioso comunitario andino de anulación el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada, puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de disconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.” (Subrayado fuera de texto)

[92] Conforme se desprende de lo indicado por la jurisprudencia del TJCA, para que la acción de nulidad se declare fundada debe demostrarse que el acto recurrido es:

- Contrario a normas superiores de derecho. En este sentido, como lo ha señalado el TJCA, la acción de nulidad “[...] se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos.”⁵⁹ (Subrayado fuera de texto)
- Se ha dictado con desviación de poder. Para entender este punto debe considerarse que la actividad pública tiende siempre a satisfacer las necesidades del interés público y la desviación de ese interés público, constituye una anomalía que ha venido a denominarse tanto en la doctrina, como en la práctica administrativa de diversos países, “desviación de poder”.

[93] Acerca de la desviación de poder, el TJCA se ha pronunciado en varios procesos y al efecto se señala el proceso 02-AN-2017 indicando lo siguiente:

“La desviación de poder emerge cuando una autoridad administrativa al ejercitar sus facultades o poderes lo hace con un objetivo distinto de aquel para el que fueron otorgados, así como cuando sigue un procedimiento diferente a aquel previsto y autorizado por una disposición específica del ordenamiento jurídico, o cuando teniendo facultades discrecionales regladas actúa apartándose de las opciones que le confiere la ley.

Con relación a la inobservancia de los aspectos reglados del acto, la doctrina dice: ‘Se trata del control de la violación de las formas sustanciales establecidas tanto por las disposiciones de los Tratados constitutivos como el derecho comunitario derivado. Una irregularidad que afecta a la forma de la decisión o al procedimiento seguido, que perjudica los derechos de terceros o de las personas contempladas por la decisión o que es susceptible de tener una influencia en el contenido de la decisión’. (López-Jurado Romero de la Cruz Carmen, op. cit. p. 445).

Al respecto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado que: ‘Un acto adolece de desviación de poder cuando resulta evidente, a partir de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados por la institución demandada o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso’. (Sentencia emitida en el asunto C-110/97).” (Subrayado fuera de texto)

[94] En este mismo sentido, el TJCA en el proceso 01-AN-2014, en la que se cita a su vez la sentencia del proceso 214-AN-2005, señaló con respecto a la desviación de poder lo siguiente:

“La desviación de poder es aquel vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y que contradice el hecho o regla de especialidad que establece en materia administrativa, que los órganos u entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones. Esta desviación se expresa en tres formas: la decisión carente de todo objetivo de interés público; decisión con un objetivo de interés público que no es el correcto; y la desviación del procedimiento.” (Subrayado fuera de texto)

[95] Ahora bien, siendo la desviación de poder un tipo de acto ilícito de la administración que genera la nulidad de los actos, para su configuración y alegato formal se requiere de al menos un componente objetivo y otro subjetivo. En ese sentido, y como puede apreciarse de la jurisprudencia del TJCA, la desviación de poder puede presentarse cuando:

⁵⁹ Uribe Restrepo, Fernando, “El Derecho de la Integración en el Grupo Andino”. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 77, 140. Citado en la Sentencia del TJCAN de 19 de agosto de 2003, dentro del proceso N° 23-AN-2002.

- (i) Una autoridad administrativa al ejercitar sus facultades o poderes lo hace con un objetivo distinto de aquel para el que fueron otorgados (ámbito subjetivo).
- (ii) Una autoridad administrativa sigue un procedimiento diferente a aquel previsto y autorizado por una disposición específica del ordenamiento jurídico, sea esta una consagrada en normas de derecho primario o derivado (ámbito objetivo).

[96] En este sentido, aplicar un procedimiento de calificación de restricciones y gravámenes sobre una medida para la cual fue establecido en un procedimiento especial en el mismo Acuerdo de Cartagena, con la finalidad de dar un tratamiento diferenciado a una materia sensible y que actualmente se encuentra en trámite, podría a todas luces configurar una desviación de poder.

[97] Por tanto, como ya se ha señalado, específicamente en el presente asunto, la SGCAN no cuenta con la competencia para calificar la Resolución N° 020-2018 del COMEX en el marco de un procedimiento por gravámenes y restricciones, pues de hacerlo se estaría configurando una desviación de poder por parte de este órgano comunitario, con el riesgo de que la Resolución que eventualmente se expida calificando la medida pueda ser objeto de nulidad ante el TJCA.

VII.3. Cosa juzgada y su aplicación al caso concreto

VII.3.1. Argumento de la República del Ecuador

[98] El gobierno del Ecuador alega que se enfrenta por segunda ocasión a una investigación por la misma causa, colocándolo en una posición de absoluta inseguridad y desconfianza respecto al sistema procesal comunitario⁶⁰.

[99] Asimismo, considera inaceptable que se pretenda sancionar la medida en cuestión a través de un procedimiento al que le amparan excepciones distintas y taxativamente enumeradas, que el Ecuador no ha invocado⁶¹.

VII.3.2. Análisis de la SGCAN

[100] Tomando en cuenta lo mencionado precedentemente, se debe aclarar que actualmente la medida en cuestión se encuentra en trámite en el marco del procedimiento estipulado por los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena, pendiente de decisión por parte de la Comisión, por lo que se podría señalar que aún no se ha juzgado la medida del Ecuador conforme la normativa comunitaria.

[101] En consecuencia, como bien se señaló, la SGCAN, en este asunto específico, no tiene la competencia para calificar la medida aplicada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX, por lo cual, en estricto no se evaluará el fondo del asunto que permita juzgar la medida en cuestión.

[102] En consideración de las situaciones antes descritas, la SGCAN en apego al ordenamiento jurídico comunitario garantiza el sistema procesal comunitario.

VIII. Calificación de la Resolución N° 020 – 2018 del COMEX

[103] Como se ha explicado, la SGCAN en el presente asunto específicamente, no tiene facultades para calificar una medida que corresponde a un procedimiento especial, toda

⁶⁰ Folio 0385 del expediente

⁶¹ Folios 0385 y 0386 del expediente

vez que se tiene un trámite pendiente en el órgano comunitario competente, que es la Comisión de la Comunidad Andina.

[104] Siendo ello así, carece de objeto continuar con el presente análisis para calificar la Resolución N° 020 – 2018 del COMEX⁶².

IX. CONCLUSIONES

[105] En función de los argumentos expuestos y el análisis efectuado, se puede concluir que la SGCAN, en el presente asunto específico, no tiene atribuciones para calificar la medida adoptada mediante la Resolución N° 020-2018 del COMEX, por las siguientes razones:

- (i) La medida en cuestión constituye por su naturaleza una medida restrictiva que se aplica provisionalmente para atender situaciones económicas especiales, la cual se encuentre actualmente en trámite a la espera de la decisión de la Comisión Comunidad Andina dentro del procedimiento establecido bajo los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena.
- (ii) En los procedimientos por restricciones y gravámenes, sólo pueden autorizarse medidas que se constituya en alguna de las excepciones previstas en el Artículo 73 del Acuerdo, entre las cuales no se encuentran aquellas aplicadas ante situaciones económicas especiales. De allí que las medidas aplicadas en virtud los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena llevan un procedimiento distinto con el fin de ser autorizadas.
- (iii) El mecanismo establecido bajo los artículos 90 a 92 del Acuerdo de Cartagena corresponde a procedimientos especiales, exceptuados del Programa de Liberación, que en el caso particular debe ser decidido por la Comisión de la Comunidad Andina en razón de lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, la Decisión 471, la jurisprudencia del TJCA manifestó en los procesos N° 004-AI-2006, 73-AI-2000 y 83-AI-200 acumulados, y 97-AI-2005, así como en la práctica institucional de la SGCAN reflejada en la Resolución N° 388.
- (iv) La calificación de la medida adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX podría configurar una desviación de poder por parte de la SGCAN, con el riesgo de que la Resolución que eventualmente se expida pueda ser objeto de nulidad ante el TJCA.

[106] Que, por lo anteriormente expuesto, la Secretaría General:

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar improcedente la solicitud del gobierno de la República de Colombia, toda vez que la Secretaría General de la Comunidad Andina no tiene competencia, en el presente asunto específico, para calificar la medida adoptada mediante Resolución N° 020-2018 del COMEX, ya que la medida aún se encuentra en trámite ante la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 2.- Disponer el archivo del caso tramitado mediante expediente N° DG1/GRAV.REST/001/2021.

⁶² En la medida que no se continúa con el análisis de calificación de la medida, quedan por fuera del análisis de la SGCAN los alegatos formulados por las Partes referidas al tema.

Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, que entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los catorce días del mes de julio del año dos mil veintiuno.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General