



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 12-AN-99

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los veinticuatro días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, en la Acción de Nulidad interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) contra las Resoluciones Nos. 139 del 14 de octubre de 1998 y 179 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

VISTOS:

El escrito de demanda presentado ante El Tribunal el 25 de marzo de 1999, mediante el cual la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. 139 del 14 de octubre de 1998 y 179 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, solicitando expresamente la condena en costas para la parte demandada.

El escrito de contestación; el acta de audiencia pública celebrada el día 22 de junio de 1999; las conclusiones de las partes; las pruebas aportadas por las partes y demás documentos obrantes en el expediente;

Y que todo lo anterior se efectuó de conformidad con las disposiciones establecidas por el Tratado de Creación del Tribunal, su Estatuto y su Reglamento Interno.

1. ACTUACION PROCESAL.

La acción de nulidad que debe ser resuelta por El Tribunal se configura con los elementos procesales y las circunstancias de hecho y de derecho que las partes y el Juez Comunitario han actuado dentro del juicio y que se relacionan a continuación:

1.1. La demanda.

El Presidente Ejecutivo y representante legal de CORPEI deduce la acción de nulidad de las Resoluciones N° 139 de 14 de octubre de 1998 y 179 de 14 de enero de 1999, invocando el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena en su primer inciso, segunda parte, que habría sido *“expresamente violado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en consideración a que la cuota redimible en favor de la CORPEI es un recargo análogo a una tasa y por tanto no puede ser considerado ni gravamen ni restricción a las importaciones”*; además, que en el trámite administrativo se violó lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento pertinente (Decisión 425) al negarse al Gobierno del Ecuador y a la Corporación actora, *“la designación de un Director General para que intervenga en calidad de experto especial”*; con la sola razón, para justificar la negativa, de haberse iniciado el trámite de oficio y no a instancia de un País Miembro y también, por no haber atendido favorablemente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución 139 de la Secretaría General impugnada, una vez interpuesto el recurso de reconsideración. Por último, que en la notificación de la Resolución 139 no se hicieron

constar, cual manda el artículo 17 de la Decisión 425, los recursos que tenían el Gobierno del Ecuador y la CORPEI sobre dicha Resolución.

En el objeto de la demanda se expresa el planteamiento de que se declare la nulidad de las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General, las cuales, según se afirma expresamente, son aplicables y causan perjuicio a la CORPEI como se ofrece demostrarlo con las pruebas pertinentes.

1.1.1. Hechos de la demanda.

Como hechos de la demanda se afirma que la CORPEI es una corporación de derecho privado creada por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones LEXI, en su artículo 18, sin fines de lucro, con patrimonio y fondos propios, que se rige por lo dispuesto en el Título XXIX del Código Civil y por su Estatuto. Se señala que el artículo 22 literal c), de la referida ley, establece como parte de su financiamiento, entre otras, *“una cuota redimible del 1.5 por mil por sobre el valor FOB de las exportaciones del petróleo y sus derivados; y, del 1.25 (sic) por mil del valor FOB de toda importación”*. Se destaca que otros recursos son los aportes y fondos no reembolsables que le destinan los organismos internacionales y los legados, donaciones y recursos provenientes de contratos celebrados para la ejecución de programas de promoción de exportaciones.

Sobre la cuota redimible señalada, objeto de la demanda, se refiere que la Secretaría General de la Comunidad Andina, de oficio abrió investigación *“que culminó en la Resolución 139 que determina que el cobro de tal cuota redimible constituye un gravamen a los efectos del Capítulo V sobre el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena”*, Resolución ésta que es confirmada por la mencionada 179.

1.1.2. Fundamentos de derecho de la demanda.

La acción se funda en los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena; artículos 17 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal; artículos 35 y siguientes de su Estatuto; 26 y siguientes de su Reglamento y artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

1.2. La contestación de la demanda.

El Secretario General de la Comunidad Andina procede a contestar la demanda de nulidad interpuesta contra las Resoluciones 139 y 179, a fin de que se declare infundada la misma y *“se confirme la total validez de ambas normas comunitarias impugnadas, con expresa condena de costas a la parte demandante”*.

Al efecto contesta a los hechos ampliándolos en forma detallada con inclusión de supuestas omisiones en que incurrió el actor sobre otros recursos destinados al financiamiento de la CORPEI y sus fuentes; analizando la naturaleza de la cuota redimible sobre las importaciones, conforme al artículo 22 de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones LEXI, reformada por la Ley 24, e indicando su forma de entrega, características y funciones, señaladas por el artículo 21 de la Ley de Comercio Exterior, todo lo cual, según expone, no se menciona en la demanda.

Asimismo en cuanto a la investigación de oficio para emitir en su oportunidad las Resoluciones impugnadas, efectúa un recuento breve de los hechos, también omitidos, hasta dar inicio al procedimiento administrativo de incumplimiento.

Entre los fundamentos jurídicos de la contestación de la demanda, se invoca el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre Programa de Liberación que tiene por objeto eliminar los “*gravámenes*” de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro, señalando que este procedimiento administrativo para calificar como “*gravamen*”, la cuota redimible referida se origina en la Ley 12 de 1997, reformada por la Ley 24 de 1997, citando como aplicables los artículos 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena lo que obligó al análisis expuesto en la Resolución 139; desarrolla la descripción de la medida impuesta por el Ecuador, y define las características de las medidas de orden tributario y sus beneficios.

Concluye este punto mencionando que reconoce una excepción a la prohibición general de aplicación de gravámenes, cual es la tasa por servicios prestados, siempre que su cuantía corresponda al monto equivalente a dichos servicios.

Se expresa que las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General, gozan de presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada por la demandante, citando al efecto el artículo 1º literal d) del Tratado del Tribunal y el artículo 15 del Reglamento de la Secretaría General (Decisión 425); así como lo señalado en la sentencia dentro del proceso 3-AI-96, además de otras consideraciones reconocidas por la doctrina sobre los actos administrativos que “*disfrutan de presunción de legalidad, mientras no sean válidamente impugnados*”.

Contesta uno a uno los tres cargos presentados en la demanda. Con respecto al primero, o sea, el de que de las Resoluciones 139 y 179 fueron expedidas con supuesta violación del primer inciso del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, dice que carece de sustento jurídico porque se “*pretende disimular bajo el argumento que no es un tributo sino un recaudo por servicios prestados, sin indicar los servicios que en efecto disfrutarían los importadores de los Países Miembros que se encuentran obligados a cancelarlo*”.

Igualmente le niega todo sustento jurídico al segundo cargo sobre violación del artículo 68 del Reglamento de procedimientos administrativos al negarse la designación de un Director General que intervenga en calidad de experto especial y por no accederse a la suspensión de los efectos de la Resolución 139. Luego de mencionar el contenido del citado artículo 68 de la Decisión 425, que es una norma de carácter procesal que no admite interpretación analógica, sostiene que ha de tener carácter restrictivo; por lo tanto solamente puede ser invocada en el evento en el que “*se controviertan los intereses de dos o más Países Miembros*”.

Afirma que en cuanto a la designación de un Director General distinto a quien compete la sustanciación del procedimiento, para que participe en calidad de experto especial, ello obedece al interés de preservar los principios de legalidad, economía procesal, claridad, eficacia, igualdad de trato a las partes (artículo 5 de la Decisión 425) y que sólo cabría en un procedimiento en el que se controviertan intereses de dos o más Países Miembros. Con referencia al tercer cargo sobre falta de indicación del recurso procedente contra la Resolución 139, razona que carece de fundamento al haberse ejercido dicho recurso por la parte demandante que usó el mismo, lo cual dio lugar a la Resolución 179 que resolvió el recurso interpuesto.

Por lo expuesto solicita al Tribunal declarar infundada la demanda e improcedente en todos sus extremos.

1.3. La audiencia pública y los alegatos de conclusión de las partes.

El Tribunal convocó la Audiencia Pública estatutaria con el fin de oír a las partes, habiéndose cumplido ésta el 22 de julio de 1999 con la asistencia de la demandante y de la demandada.

1.3.1. Alegatos de conclusiones de la parte actora.

Luego de la audiencia, la parte demandante, por escrito y de manera ordenada, en varios puntos formula las siguientes conclusiones:

La cuota redimible en favor de la CORPEI no es un impuesto y no se trata de aquéllos que tienen efectos equivalentes a los derechos aduaneros de carácter fiscal, monetario o cambiario.

En interpretación extensiva del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, *“más cerca estaría de ser una **tasa** o “recargo análogo” que corresponde al costo **aproximado** de los servicios prestados”* que los enumera en 10 incisos y concluye afirmando que *“los costos se estiman de manera aproximada para el funcionamiento del órgano, como ocurre con la CORPEI”*.

Los servicios prestados por la CORPEI, claramente enumerados, de ninguna manera pueden ser confundidos con los deberes del Estado ecuatoriano, que aparecen relacionados en la Constitución vigente, los cuales enumera en cinco puntos.

La cuota *“no afecta solamente a los importadores sino también a los exportadores; no tiene el carácter parafiscal y peor fiscal; y, no tenía como no tiene que serlo, destinada de manera específica a los usuarios de toda el área andina, aunque en la práctica a ellos también ha dirigido la Corpei sus esfuerzos”*.

La tasa en favor de CORPEI, según afirmación de la demandante, no sólo afecta a las importaciones de la Comunidad Andina, sino a las provenientes de todos los países del mundo y también a las exportaciones hacia todos los países del mundo.

Afirma que la Secretaría General negó sistemáticamente los pedidos del Gobierno del Ecuador, como la suspensión de los efectos de la Resolución 139, mientras se tramitaba la reconsideración. Negó también la designación de un experto especial que hubiere dado imparcialidad y sustento a dicha Resolución. Finalmente no hizo constar, como lo manda el Reglamento, en ambas Resoluciones los recursos que se podrían interponer.

La cuota redimible no es un impuesto, ni una tasa ni un gravamen del tipo fiscal, monetario o cambiario, ya que ella se registra como una inversión o cuenta por cobrar a CORPEI, en dólares por el valor nominal de la cuota y no se registra como gasto.

Remarca la obligatoriedad de la cuota a cargo de los sectores exportador e importador enfatizando que ella no es de carácter fiscal, *“ni monetario y peor aún cambiario”*.

Acompaña documentos que *“no dejan de contener reflexiones jurídicas en parte apreciables al caso”* y solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

1.3.2. Alegato de conclusiones de la parte demandada.

La Secretaría General, en su memorial de conclusiones, presenta sus razones de oposición a la prosperidad de las pretensiones de la CORPEI, expresando que solicita al Tribunal pronunciamiento *“acerca de la procedencia de la demanda de nulidad en este caso, a efectos de evitar que su utilización se convierta en un mecanismo dilatorio que pueda ser utilizado por los Países Miembros para sustraerse del cumplimiento de las resoluciones de la Secretaría General, las mismas que de conformidad con el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”*.

Luego de comentar varias disposiciones legales que estima pertinentes, efectúa un breve recuento de hechos previos a la expedición de la resolución 139 y posterior presentación de la demanda que, a su juicio, resulta infundada.

Seguidamente se contesta en forma precisa, amplia y ordenada a los hechos presentados en la demanda, señalando que tuvo omisiones que resultan determinantes para el Tribunal. Concluye este capítulo señalando que el Ecuador no ha adoptado las medidas correspondientes para dar cumplimiento a las Resoluciones impugnadas, en abierto incumplimiento a lo establecido en el artículo 5 del Tratado de Creación, por lo que se presentó demanda de incumplimiento prevista en el artículo 23 del mismo Tratado (Proceso 19-AI-99).

Recuerda que en los fundamentos jurídicos de la contestación de la demanda de nulidad, se hizo referencia al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena que tiene por objeto eliminar los *“gravámenes”* de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro; en cuya conclusión expresa que la medida impuesta contraviene los artículos 71 y 75 del mencionado Acuerdo.

Con referencia a las Resoluciones 139 y 179, afirma que gozan de presunción de legalidad, que no ha sido desvirtuada por la demandante, fundamentando sus alcances para ratificar dicha presunción.

Contestando al cargo presentado en la demanda, relativo a que las Resoluciones citadas fueron expedidas con supuesta violación del primer inciso del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, dice que carece de sustento jurídico y lejos de poner siquiera en duda su legalidad al analizar el contenido de dicho artículo 72, concluye que tiene pleno fundamento material al haberse establecido un *“gravamen”*.

En cuanto al cargo sobre violación del artículo 68 del Reglamento de procedimientos administrativos al negarse la designación de un Director General como experto especial y por negarse a la suspensión de los efectos de la Resolución 139, previos los fundamentos que estima valederos y las precisiones que expone detalladamente, dice que no están llamados a prosperar.

Con referencia al cargo sobre falta de indicación del recurso procedente contra la Resolución 139, igualmente expresa que carece de fundamento al haberse ejercido dicho recurso por la parte demandante, dando lugar a la Resolución 179 que resolvió el recurso interpuesto.

Finalmente se reitera la petición para que el Tribunal declare sin fundamento la demanda *“instaurada por el Gobierno del Ecuador (sic)”*, con expresa condena en costas para la demandante.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia del Tribunal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la acción de nulidad planteada en virtud de lo que disponen los artículos 17 a 22 del Tratado que rige su funcionamiento, en concordancia con las normas del capítulo 1 del Título Segundo del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y en su Reglamento Interno.

Como se observa que durante el trámite del presente juicio no ha ocurrido ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede El Tribunal a proferir la sentencia de mérito, previas las consideraciones que a continuación se efectúan y aclarando que la presente acción fue iniciada en vigencia del Tratado de Creación del Tribunal suscrito en 1979 y que al momento de proferirse la presente sentencia se encuentra en vigor dicho Tratado con la modificaciones introducidas por el Protocolo de Cochabamba, modificaciones que se aplicarán en lo que sea procedente.

2.2. Personería para ocurrir ante El Tribunal en acción de nulidad.

Dado que la persona que establece la demanda se presenta al juicio alegando su condición de sujeto de derecho privado, es decir, de particular, conviene definir previamente si ella cumple con las previsiones señaladas en el Tratado de Creación del Tribunal para que pueda comparecer como accionante dentro de un proceso en el que se pretende la nulidad de unas resoluciones expedidas por la Secretaría General. Para dicho efecto, El Tribunal realiza el siguiente análisis, siguiendo las disposiciones legales correspondientes contenidas en el Tratado mencionado y en su Estatuto, tanto como los lineamientos jurisprudenciales por él elaborados, que constan en providencias adoptadas en casos en los que se presentó situación análoga a la que ahora ocupa la atención de este órgano judicial.¹

2.2.1. Los particulares y su legitimación para actuar en acción de nulidad

El Tratado Fundacional del Tribunal aplicable en el punto, establece en sus artículos 17, 18 y 19 que la Acción de Nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión y las Resoluciones de la Junta corresponden, en primer lugar, a los Países Miembros, a los citados organismos y, en segundo lugar y excepcionalmente, a las personas naturales o jurídicas de carácter particular, pero en este evento, sólo cuando la norma que se demanda les sea aplicable y les cause perjuicio. Disponen las citadas normas:

“Artículo 17. Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión

¹ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por el Tribunal: La del Proceso 1-AN-92. Sentencia del 28-V-92. En G.O.A.C. Nº 110 de 11-VI-92. La del Proceso 3-AN-92; demandante Luis Carlos Sábica, Sentencia de 15-VI-92. En G.O.A.C. Nº 112 de 24-VI-92. La del Proceso 4-AN-97. Sentencia de 17-VIII.98. Actor CONTRACHAPADOS DE ESMERALDAS S.A. CODESA Y OTROS. En G.O.A.C. Nº 373 de 21-IX-98.

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.

“Artículo 18.- *Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.*

“Artículo 19.- *Las personas naturales y jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”.*

Esta titularidad condicionada respecto de los particulares ha hecho pensar que la acción de nulidad prevista en el Ordenamiento Jurídico Andino no corresponde verdaderamente al concepto de acción pública en defensa de la legalidad que puede ser ejercida por cualquier persona, consagrada en los ordenamientos internos de muchos países, sobre todo, en materia de control constitucional.

Se trata de una acción que, si bien tiene como objetivo principal y último la defensa de la ley superior y la materialización del principio de jerarquía normativa, su titularidad se encuentra restringida a los Países Miembros, a la Comisión, a la Junta (hoy Secretaría General) y a los particulares que demuestren estar legitimados para actuar porque cumplen los requisitos señalados en el artículo 19 arriba transcrito.

Por lo demás, no todos los Países Miembros están habilitados para interponer acciones de nulidad contra todas las Decisiones de la Comisión, ya que su titularidad se restringe a aquéllas que no hubieren sido aprobadas con su voto favorable, al tenor de lo que regula el artículo 18, copiado.

Es por lo anterior que cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada por el Derecho Andino, deben, para que ésta pueda adelantarse, demostrar a cabalidad que tienen interés para actuar, de lo cual ha de depender lógicamente su “legitimatio ad causam”. Se trata del cumplimiento de un presupuesto procesal para la acción, establecido legalmente, cuya no satisfacción enerva la iniciación y el desarrollo del proceso judicial correspondiente.

Al desarrollar el precepto del Tratado Fundacional que permite que la acción de nulidad se radique en cabeza de un particular, pero a condición de que la norma demandada le sea aplicable y le cause perjuicio, la norma reglamentaria contenida en el artículo 37 literal c) del Estatuto de Tribunal (Decisión 184 de la Comisión), establece que la correspondiente demanda deberá llevar anexa, **necesariamente**, el ofrecimiento de prueba de que en efecto, la norma cuya nulidad demanda, le es aplicable y le causa perjuicio. Para mayor claridad, se transcribe a continuación el precepto citado:

“La demanda de nulidad deberá llevar anexa:

(...)

“c) Necesariamente, si el actor es una persona natural o jurídica, el ofrecimiento de prueba de que la Decisión o la Resolución impugnada le es aplicable y le causa perjuicio”.

En anteriores providencias El Tribunal ha hecho claros pronunciamientos acerca del significado de los vocablos **"ofrecimiento de prueba"** y **"le es aplicable y le causa perjuicio"** que se utilizan en la norma que regula lo concerniente a la titularidad de los particulares en cuanto a la acción de nulidad se refiere, por lo que, dada la trascendencia que su cabal entendimiento tiene para su correcta aplicación, se estima conveniente recordarlos y ratificarlos ahora.

En efecto, tiene definido de antaño el órgano judicial de la Comunidad que el ofrecimiento de la prueba respecto de la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que irroga al demandante debe entenderse en su acepción de presentación, de aportación material y concreta de la misma, so pena de que, si al momento de admitirse la demanda el Juez Comunitario advierte que la prueba de dichas circunstancias no está presente o es insuficiente, no se le dé curso al proceso. Ha expresado sobre el particular esta Jurisdicción:

“Entiende el Tribunal que el término ‘ofrecer’, en el contexto de esta norma, quiere decir ‘presentar’. En efecto, según los dos primeros significados que propone el Diccionario de la Real Academia Española, ‘ofrecer’, si bien significa prometer, también quiere decir presentar. Para este Tribunal no cabe duda de que la persona natural o jurídica que intenta una acción de nulidad está en la perentoria obligación de demostrar su interés jurídico, del cual depende su legitimación para actuar, PRESENTANDO, anexa a su demanda, la prueba de que la norma que considera nula ‘le es aplicable y le causa perjuicio’. En ausencia de esta comprobación, el Tribunal no estaría autorizado procesalmente para dar inicio al correspondiente proceso.

“La anterior interpretación concuerda con las demás normas reglamentarias que establecen para estos casos, como requisitos de la demanda, que el demandante compruebe desde un inicio el cabal cumplimiento de los requisitos procesales correspondientes, así se trate de un País Miembro (artículo 37-a del Estatuto)”.²

Sin embargo, en sentencia posterior se morigeró un tanto esta posición al establecerse que el análisis acerca de la legitimación activa, en el caso de demandas de nulidad interpuestas por particulares, podía realizarse como una cuestión previa en el momento de la expedición de la sentencia.³

Igualmente en cuanto a la condición normativa de que el acto acusado le sea aplicable a quien comparece como demandante o actor y le cause perjuicio, es decir, la comprobación del interés legítimo para actuar, ha señalado El Tribunal:

² **Cfr.** Auto 3-N-92, de 15 de junio de 1992. Actor Luis Carlos Sáchica. Publicado en G.O.A.C. No. 112 de 24-VI-92.

³ Véase sobre esta variante jurisprudencial la Sentencia de 17-VII.98. Actor CONTRACHAPADOS DE ESMERALDAS S.A. CODESA Y OTROS. En G.O.A.C. N° 373 de 21-IX-98, anteriormente referenciada.

“La exigencia del artículo 19 del Tratado del Tribunal, junto con las precisiones del Estatuto -interpretadas según una lógica jurídica elemental y de conformidad además con la Doctrina General del Derecho- indican que no es posible confundir la aplicabilidad concreta, actual y de hecho, a la cual se refiere sin duda el artículo 19 del Tratado del Tribunal, con su posible aplicación futura, incierta o hipotética.

“Resulta axiomático que todas las normas del derecho comunitario andino gozan, por definición, de este tipo de aplicabilidad potencial en relación con todos los habitantes de la Subregión, en virtud de la ley (artículo 5 del Tratado del Tribunal). Este tipo de ‘aplicabilidad’ no requeriría, por supuesto, de prueba alguna, ya que se cumpliría siempre, automáticamente. Es evidente entonces que el artículo 19 del Tratado del Tribunal se refiere a una ‘aplicabilidad’ en concreto y en cada caso, cuando se cumplen en la realidad o en la práctica los supuestos de hecho o ‘hipótesis fácticas’ contemplados por la norma en cuestión.

“Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con la teoría de la subsunción, universalmente aceptada, que la norma jurídica contiene una serie de proposiciones condicionales hipotéticas en virtud de las cuales tan sólo resulta realmente aplicable, en sentido estricto, cuando la correspondiente hipótesis se cumple específicamente y en la práctica, en el caso concreto. No es lo mismo, en consecuencia, la ‘aplicabilidad’ potencial, futura e incierta de una norma, que su condición concreta de aplicable en un momento determinado (el de la demanda, en este caso) y en relación con una persona en particular (el actor).

“Además de la aplicabilidad propiamente dicha de la norma, a la persona natural o jurídica que pretenda ejercitar la acción de nulidad, el artículo 19 del Tratado del Tribunal exige que de tal aplicación se siga un perjuicio. Este ha de ser, en consecuencia, el efecto directo y específico de la aplicación de la norma, y no un perjuicio indeterminado de orden general, por importante que sea”^{4,5}.

2.2.2. La prueba presentada por el actor para demostrar su legitimidad para accionar en nulidad en el presente caso.

El actor, para cumplir con lo dispuesto por la letra c) del artículo 37 del Estatuto del Tribunal, aunque no es muy explícito en el planteamiento de la forma como las resoluciones demandadas le son aplicables ni tampoco en la deducción del perjuicio que ellas le causan, dice que adjunta *“Copia de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones Lexi, que crea la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI; copia auténtica de los Estatutos de la CORPEI; y, copia auténtica de la Reforma a la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, que establece una cuota redimible en favor de la CORPEI; así como copia de la Resolución N° 2 del Consejo de*

⁴ Ibidem.

⁵ Sobre el tema de la legitimación activa pueden consultarse también los fallos producidos por El Tribunal en los procesos de interpretación prejudicial Nos. 4-IP-95, de 15-XII-96, publicado en G.O.A.C. N° 253 DE 7-III-97. Caso: **GRANOLAJET**. 28-IP-95 de 13-II-98, publicado en G.O.A.C. N° 332, de 30-III-98, marca de productos **CANALI**; 32-IP-96, de 21-V-97, publicado en G.O.A.C. N° 279 de 25-VII-97, marca: **DC'OS (mixta) vs. DESEO'S (nominativa)**; y 10-IP-97, de 24-IX-97, publicado en G.O.A.C. N° 308, de 28-XI-97. marca: **COLSUBSIDIO**.

Comercio Exterior e Inversiones que contiene las normas y procedimientos para la recaudación de la cuota redimible, antes señalada". Y más adelante, en el mismo escrito introductorio de la demanda agrega que: "El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución N° 139 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de la Resolución confirmatoria N° 179 de la misma Secretaría, que es aplicable y causa perjuicio a la CORPEI, como se demostrará fehacientemente en la estación probatoria, que desde ahora solicito, por ser necesario producir pruebas".

El Tribunal, interpretando la demanda y con apoyo en el texto de los documentos oficiales que se acompañaron a la misma, particularmente, la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI) y su reforma; los Estatutos de la CORPEI; la Resolución No. 2 del Consejo de Comercio Exterior y las Resoluciones de la Secretaría General que se demandan, advierte que con ellos se demuestra que la CORPEI es una entidad sometida al Derecho Privado ecuatoriano, que entre sus funciones tiene asignada por la ley y por sus estatutos la de promover las exportaciones, para lo cual cuenta con unos recursos que en tales normas se le destinan, entre los que se destaca la cuota redimible que deben pagar los importadores de bienes al Ecuador y que ha sido calificada por la Resolución No 139 de la Secretaría General, acusada, como gravamen y, en tal virtud, contraria al Programa de Liberación del Comercio de la Comunidad Andina. Como esta última providencia señala en su artículo 2 que se *"otorga un plazo no mayor de 20 días útiles para que se deje sin efecto el gravamen existente para los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena"*, no queda duda de que la nombrada CORPEI vería afectados sus ingresos en la medida en que el acto administrativo comunitario se ejecutara. De donde se concluye que está demostrado documentalmente el presupuesto procesal de que los actos acusados se aplican y le causan perjuicio a la persona jurídica de carácter particular que instauró la demanda.

2.2.3. Anulabilidad de las Resoluciones que califican una medida interna como gravamen o restricción.

Otra cuestión que requiere un pronunciamiento previo del Tribunal es la relacionada con determinar si una Resolución como la que se demanda y su confirmatoria, que han sido expedidas por la Secretaría General en desarrollo de lo previsto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, esto es, para concluir un procedimiento tendiente a calificar como gravamen o restricción una medida de derecho interno adoptada por el Gobierno del Ecuador, son susceptibles de ser demandadas en acción de nulidad. El planteamiento de la cuestión y la solución que deba darle El Tribunal tienen relevancia por cuanto es sobre tales actos jurídicos que pudiera edificarse después una acción de incumplimiento, en el caso de que el país afectado con la calificación persistiere en mantener vigente la medida señalada como gravamen o restricción y la Secretaría General llegare a iniciar el procedimiento correspondiente a aquélla.

En efecto, debe distinguirse, en los procedimientos que cumple la Secretaría General, entre los llamados previos a la acción de incumplimiento, regulados por los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tendientes a calificar como gravamen o restricción una medida adoptada unilateralmente por algún País Miembro, a que se refieren los artículos 71, 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Lo primero que se puntualiza al hacer esta distinción, a la luz de las disposiciones mencionadas, es que la calificación de una medida como gravamen o restricción no puede considerarse, en ningún caso, como la emisión del Dictamen de incumplimiento, ni que éste pudiera ser producido por la Secretaría General, en los casos relativos a gravámenes o restricciones, sin que antes se hubiere

expedido el correspondiente acto de calificación de la medida como restricción o gravamen.

En otras palabras, armonizando los dos Tratados, se tiene que siempre que se trate de adopción de medidas que puedan ser consideradas contrarias al Programa de Liberación, éstas, para que puedan ser objeto de dictámenes y acciones de incumplimiento, deberán haber sido calificadas previamente como gravamen o restricción por la Secretaría General; organismo que, de oficio o a solicitud de parte, deberá adelantar la indagación administrativa correspondiente cuyos resultados se plasmarán en el respectivo acto el cual, en cuanto pone término a una actuación administrativa, y coloca al País Miembro afectado en la situación jurídica concreta de infractor del Programa de Liberación, debe ser objeto de discusión tanto en sede administrativa como ante la autoridad judicial comunitaria. A este propósito responden los recursos establecidos ante la Secretaría General y, por supuesto, la acción de nulidad ante El Tribunal, respectivamente.

Los dictámenes de incumplimiento, en cambio, obedecen a otra filosofía, persiguen otros objetivos y cumplen una función específica dentro del procedimiento jurisdiccional que tiende a definir si un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento que deba ser judicialmente sancionado.

En esencia, desde el punto de vista sustancial, los dictámenes que emite la Secretaría General, dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.

El aludido Tratado regula la acción de incumplimiento en sus artículos 23 a 31, normas que en lo pertinente destacan el carácter de etapa procedimental prejudicial del dictamen que debe ser emitido por la Secretaría General con respecto a la conducta asumida por el País Miembro afectado. Vale decir, entonces, que el dictamen es o constituye una actuación necesaria e indispensable dentro del proceso a que da origen el incumplimiento.

Como en el caso que ahora resuelve El Tribunal se juzga la legalidad de unas Resoluciones, expedidas por dicha Secretaría para calificar como gravamen una medida adoptada por el Gobierno ecuatoriano, acusada mediante la acción de nulidad, es este el ámbito procesal propio en que debe resolverse la controversia planteada, sin que tengan aceptación las objeciones que sobre la condición de demandables en acción de nulidad pueda tener este tipo de Resoluciones, formuladas por la Secretaría General.

2.3. Sobre el concepto de gravamen o restricción.

Una vez que se ha definido lo relativo a la legitimidad de la parte demandante para incoar la acción de nulidad, así como la procedencia de ésta con respecto a los actos acusados, conviene precisar también, a la luz de las normas jurídicas pertinentes, el concepto de gravamen o restricción, puesto que la controversia que debe definir El Tribunal, para determinar si las resoluciones acusadas son nulas o se ajustan al ordenamiento superior, se centra, fundamentalmente, en saber si la Secretaría General al proferirlas, calificando la llamada cuota redimible del 0.25 por mil a las importaciones,

aplicada por el Gobierno ecuatoriano en favor de la CORPEI, como gravamen violatorio de las prescripciones del Programa de Liberación, actuó conforme a derecho o aplicó mal las disposiciones legales en que basó su actuación.

Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, Tratado por el cual se da vida al proceso de integración andina, los Países Miembros se comprometieron a adelantar un programa de liberación del comercio tendiente a eliminar las barreras de todo orden respecto del comercio intraregional, dando lugar con ello a la construcción del mercado común andino. Es así como en el artículo 71 del referido Acuerdo se dispuso que *“el programa de liberación 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”*. A su turno, en el artículo 72 se definió qué debería entenderse, a los efectos del Acuerdo, por *“gravámenes”* y por *“restricciones de todo orden”*.

Con respecto al primero de los conceptos, que es el que interesa a los propósitos de este fallo, dijo la referida norma comunitaria que *“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”*.

Finalmente en el artículo 73 del Tratado se dispuso que sería la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, el organismo comunitario encargado de determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un País Miembro, debía considerarse como gravamen o restricción o si podía inscribirse dentro de las precisas excepciones contempladas en el ya citado artículo 72.

Lo primero que debe destacar El Tribunal, en cuanto a la definición del concepto de gravamen que hace la norma comunitaria, es que ella no corresponde al criterio técnico tributario que lo restringe al campo de los impuestos, sino que cubre una generalidad de situaciones y dominios que trascienden el ámbito de la tributación, para cobijar bajo su manto todas aquellas situaciones con las cuales se pretenda recargar el valor de las importaciones que, por estar realizándose dentro de una zona de libre comercio, no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a no ser que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios, generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes.

Nótese cómo la definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a *“cualquier otros recargos de efectos equivalentes”*, sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones, encareciéndolas o dificultándolas.

No encuentra, por ende, El Tribunal, ajustada a la realidad jurídica, la pretensión de asimilar el concepto de *“gravamen”*, utilizado por el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, al de *“impuesto aduanero”*, tal como se define en el campo meramente tributario. Y ello no es correcto por cuanto el legislador andino hizo una definición especial, de carácter legal, que, en consecuencia y con seguimiento de las reglas que

dicta la hermeneútica, no puede ser interpretada con un sentido o con un alcance distinto al de la definición dada por el Tratado.

Así las cosas, entiende El Tribunal, en términos generales, que cualquier suma que cobre unilateralmente un País Miembro, por el hecho de importaciones que se efectúen a su territorio, provenientes y originarias de otro País Miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de “tasas” o de “recargos análogos”, que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, muy probablemente sería calificado como gravamen en los términos del artículo 72.

Es perfectamente entendible para El Tribunal el empeño del legislador andino en prevenir cualquier intento de desviación, que utilizando la vía de los recargos monetarios, cualquiera fuere su naturaleza, su propósito y su destinación, pudieran realizar los Países Miembros, desnaturalizando con ello el programa de liberación que es, por cierto, la esencia del mercado común y uno de los fines propios del Acuerdo de Integración Subregional.

También es entendible para El Tribunal comunitario que el concepto de gravamen, tal como lo considera el Acuerdo de Cartagena, sólo tenga en la práctica, una excepción, cual es la referente a las tasas y recargos análogos, los cuales no quedan comprendidos dentro de dicho concepto pero con la condición ineluctable de que tales tasas o recargos correspondan al costo aproximado de los servicios que se le prestan al importador, en relación con el hecho mismo de la importación. Se trata, de que los Países Miembros puedan razonablemente recuperar a través de este mecanismo los costos que asumen al facilitar las operaciones de importación mediante el concurso de su infraestructura física y administrativa. Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, las tasas son generalmente establecidas para ser pagadas por los usuarios de un servicio determinado y sus tarifas se fijan en proporción o en correspondencia con el costo de tales servicios.

En efecto, los impuestos se cobran indiscriminadamente a todo ciudadano y no a un grupo social, profesional o económico determinado. Se trata de una imposición obligatoria y definitiva que no guarda relación directa e inmediata con la prestación de un bien o un servicio por parte del Estado al ciudadano. En otros términos, los impuestos no incorporan una contraprestación directa a favor del contribuyente. Por ello, en principio, los ingresos recaudados mediante impuestos no tienen destinación específica, pues el Estado dispone de ellos para atender las cargas públicas, de acuerdo a criterios y prioridades políticas que no necesariamente coinciden con los de cada contribuyente.

Las tasas, en cambio son un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un bien o un servicio ofrecido por el Estado, ya sea directamente o a través de empresas o personas particulares. Su cuantía, es decir la tarifa, debe guardar una relación directa y proporcional con el costo del bien o servicio prestado, ya que su objeto es, por lo general, el de financiar servicios públicos divisibles. En principio, puede afirmarse, también, que la tasa no es una imposición obligatoria, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio. En el establecimiento de la tarifa de este gravamen sólo ocasionalmente caben criterios distributivos a través del establecimiento de tarifas diferenciales como ocurre, por ejemplo, con los precios de los servicios públicos domiciliarios.

Son éstos, las “tasas” o “recargos análogos”, los que considera no comprendidos dentro del concepto de gravámenes, el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y por

tanto, los únicos permitidos a los Países Miembros sin que constituyan violación al programa de liberación.

La Secretaría General, como ya se dijo está facultada por el artículo 73 del Acuerdo para calificar una medida adoptada por un País Miembro, como gravamen o restricción o, por supuesto, para considerarla como permitida dentro de las excepciones a los "gravámenes" (sólo tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados), o a las "restricciones de todo orden" (sólo las taxativamente contempladas en la lista contenida en los literales a), b), c), d), e), f) y g) del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena). Como quiera que la Resolución que profiera la Secretaría General para emitir la calificación correspondiente es susceptible, como ya se dijo, de discusión judicial respecto de su legalidad, la cual se cumple ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es este organismo, en último término, el llamado a definir cuándo la medida unilateralmente adoptada constituye gravamen o restricción.

2.4. Procedimiento para determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un País Miembro de la Comunidad Andina de Naciones, constituye gravamen o restricción.

Por medio de la Decisión 425, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, al establecer el reglamento de los procedimientos administrativos que se surten ante la Secretaría General, dispuso en los artículos 46 a 55 que para efectos del procedimiento tendiente a determinar si una medida adoptada por un País Miembro, que pudiera gravar o restringir las importaciones originarias de los demás Países Miembros a su territorio, constituye gravamen o restricción, deberán cumplirse las reglas que allí se señalan. Así, se prevé: **a)** que la investigación podrá iniciarse por queja o noticia proveniente de cualquiera de los Países Miembros, de algún particular interesado o de oficio por la Secretaría General, la cual debe solicitar explicación al País Miembro respectivo acerca de la naturaleza y contenido de la medida acusada de constituir gravamen o restricción; **b)** que debe pedirse a los demás Países Miembros su opinión acerca de la referida medida; y **c)** que, la definición que se adopte debe constar en resolución debidamente motivada en la que se haga alusión expresa a las razones por las cuales la medida constituye un gravamen o restricción al comercio, se determine un plazo compatible con la urgencia del caso para que el País Miembro señalado retire el gravamen o restricción y se identifiquen las normas del ordenamiento jurídico comunitario que se estarían incumpliendo, de no retirarse el gravamen o restricción.

El cumplimiento del procedimiento antes referido es de gran trascendencia pues con él se garantiza tanto el derecho de defensa del país que ha impuesto la medida como el derecho de opinar sobre ella que asiste a los demás Países Miembros, cuyos exportadores tendrían que soportarla.

2.5. Análisis de legalidad de las Resoluciones demandadas.

Hechas las precisiones y puntualizaciones que constan en los acápite precedentes, están dadas las circunstancias fácticas y los supuestos jurídicos que, aplicados al caso en estudio, permitirán resolverlo, definiendo si la Secretaría General, al calificar de gravamen la llamada cuota redimible del 0.25 por mil, aplicable a todas las importaciones, incluidas las originarias y provenientes de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina, actuó o no, conforme al derecho comunitario al expedir las

resoluciones en que tal determinación consta, y si para ello siguió o nó, el procedimiento legalmente establecido.

A este análisis se procede a continuación, tomando como base las acusaciones o cargos de ilegalidad contenidos en la demanda y agrupándolos para su estudio en los que se refieren a violaciones al procedimiento y en los que dicen relación con la cuestión de fondo:

2.5.1. En cuanto al cumplimiento de requisitos formales.

En el escrito de demanda el actor ataca la legalidad de las resoluciones cuya nulidad impetra, con base en tres supuestas violaciones a normas del reglamento de procedimientos administrativos contenidos en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Dice al efecto que se violó *“lo dispuesto en el artículo 68 ...(...)... cuando se negó al Gobierno del Ecuador y a esta corporación la designación de un Director General para que intervenga en calidad de experto especial...”*; que se violó el artículo 41 de la citada Decisión *“negándose así mismo la suspensión de los efectos de la Resolución 139, supuestamente por no haberse demostrado la necesidad de hacerlo...”* y que, por último, *“en la notificación de la Resolución 139 no se hizo constar como lo manda el artículo 17 de la Decisión 425, los recursos que tenía el Gobierno del Ecuador y la CORPEI sobre tal Resolución 139”*.

Con respecto a tales cargos El Tribunal considera:

2.5.1.1. Violación del artículo 68 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. (Decisión 425)

El artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, Codificado, determina que en la ejecución de los procedimientos en los cuales se controvertan intereses de dos o más Países Miembros, el Secretario General contará con el concurso técnico de expertos especiales, cuya designación y forma de participación se hará conforme al Reglamento de la Secretaría General. El Reglamento aplicable corresponde al de Procedimientos Administrativos de aquella, aprobado por la Comisión de la Comunidad Andina mediante Decisión 425, de 14 de diciembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial N° 314 de 18 de esos mismos mes y año.

El artículo 68 de la referida Decisión 524 prevé, que el Secretario General, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, *“a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia designará a un Director General distinto a aquel a quien compete la sustanciación del procedimiento, para que participe junto a este último, en calidad de experto especial”*, esto, en las dos situaciones contempladas en dicha norma, una de las cuales corresponde a las investigaciones tendientes a determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por los Países Miembros al comercio intrasubregional.

Observa al respecto El Tribunal, que la investigación para determinar si las medidas adoptadas por el Gobierno ecuatoriano, relacionadas con las importaciones, constituían o no gravamen o restricción, fue iniciada de oficio y que, por ende, no obedeció a la iniciativa de ningún País Miembro que hubiera actuado en tal sentido. Así mismo, que

el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena establece que la participación de técnicos o de expertos especiales en la ejecución de los procedimientos ante la Secretaría General está limitada a aquellos casos “*en los que se controviertan los intereses de dos o más Países Miembros*”. Finalmente, que la Decisión 425 al desarrollar la forma como debe verificarse la designación de los expertos a que se refiere el Acuerdo, dispone que “*el Secretario General a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia...*”, por lo que debe entenderse, categóricamente, que esta designación sólo tiene lugar en aquellos casos en los cuales se ha trabado una litis, esto es, una controversia entre dos o más Países Miembros, respecto a la cual la Secretaría General deba adelantar un procedimiento administrativo determinado.

Siendo ello así, la negativa a designar al Director adjunto se considera ajustada a derecho toda vez que las circunstancias de hecho en que se planteaba la solicitud no correspondía a la hipótesis normativa prevista en la disposición que el actor considera violada.

En efecto no estándose frente al caso de controversia o litigio de intereses entre dos o más Países Miembros previsto en el artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, las disposiciones y procedimiento determinados por el artículo 68 de la Decisión 425 no podían y no pueden ser, en ese contexto, aplicables.

En consecuencia, El Tribunal concluye en este ámbito específico que el pedido formulado por el Gobierno de la República del Ecuador en ocasión del recurso de reconsideración interpuesto respecto de la Resolución 139 de la Secretaría General, fue improcedente en derecho y, en congruencia con esto, aprecia que el cargo formulado por la parte actora acerca de la violación del artículo 68 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina es jurídicamente inviable y, en consecuencia, de no recibo por este Tribunal.

La justificación a la que ha recurrido la Secretaría General entre los fundamentos en que apoya su contestación a la demanda, relativa en este específico contexto, a la supuesta innecesaria demora que hubiese producido en el procedimiento administrativo, la atención de la solicitud del Gobierno de la República del Ecuador, al tenor de las consideraciones anteriores este Tribunal la califica como no pertinente.

2.5.1.2 Violación del artículo 41 de la Decisión 425.

El artículo 41 del Reglamento de Procedimientos Administrativos contempla las consecuencias que genera sobre la ejecución de las resoluciones emitidas por la Secretaría General, la interposición de un recurso que sea procedente, diciendo que no las suspende; vale decir, que el recurso se concede, como regla general, en el “*efecto devolutivo*”. No obstante, y por vía de excepción, consagra que el Secretario General podrá disponer la suspensión de los efectos del acto recurrido mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la resolución definitiva o cuando el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto.

Es evidente que esta facultad, que equivale a la de conceder el recurso en el “*efecto suspensivo*”, es potestativa del Secretario General quien deberá decidir sobre la petición correspondiente habida cuenta de las circunstancias de hecho que deberá demostrar el impugnante del acto por la vía del recurso y que la norma en comento destaca claramente: a) que la ejecución del acto de la Secretaría General objeto del

recurso, puede causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la resolución definitiva; o, b) que el recurso esté fundamentado en la nulidad de pleno derecho del acto.

Adicionalmente se le otorga al Secretario General la facultad para que determine si impone a la parte solicitante la obligación de presentar una caución como condición para la suspensión del acto recurrido.

No existe constancia en el expediente de que el actor hubiera, al momento de solicitar la suspensión de los efectos de la Resolución sobre la cual interponía el recurso de reconsideración, demostrado fehacientemente ante el Secretario General que su petición estaba respaldada en alguna de las dos hipótesis normativas expuestas y por lo tanto considera el Tribunal que el cargo resulta infundado.

2.5.1.3. Violación del artículo 17 de la Decisión 425.

Este cargo tampoco se declarará próspero en razón de que, como lo manifiesta la parte demandada al contestar la demanda, si bien es cierto que en las Resoluciones acusadas se omitió dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 citado y no se indicó a las personas a quienes debían notificárseles, los recursos que procedían contra ellas, dicha omisión resulta intrascendente con respecto a la validez de los actos administrativos objeto de la irregular notificación, que sólo se verían afectados en cuanto a su ejecución. Empero, como quiera que, no obstante la señalada omisión, el impugnante utilizó en tiempo los recursos procedentes y éstos le fueron resueltos por la Secretaría General, cualquier efecto negativo sobre el derecho de defensa y sobre la aplicación del debido procedimiento en que se hubiere incurrido por la omisión comentada, debe entenderse subsanado.

2.5.2. En cuanto a los aspectos de fondo.

La cuestión de fondo radica en saber si la calificación como gravamen que se le dio por parte de la Secretaría General a la medida unilateralmente adoptada por el Gobierno ecuatoriano en la Ley de Comercio Exterior, consistente en imponerle a todas las importaciones una cuota redimible del 0.25 por mil de su valor FOB, en cuanto no se excluyeron las provenientes y originarias de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina, consulta los criterios que para el ejercicio de tal competencia tiene establecidos el Acuerdo de Cartagena.

Ya en exposición anterior en esta sentencia el Tribunal discurrió sobre lo que debe entenderse a la luz de las normas del Acuerdo de Cartagena como gravamen o restricción y acerca de las excepciones que a dichos conceptos, legalmente definidos para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico comunitario, pueden acudir los Países Miembros.

Se alega, frente a la calificación de gravamen que a la referida cuota redimible diera las Secretaría General que ella no lo es tal, en la medida en que no es definitiva sino redimible al cabo de un tiempo de 10 años, que no se percibe por el Estado o por un organismo suyo, sino por una corporación de derecho privado y que no se destina al cumplimiento de funciones estatales sino al desarrollo de actividades estatutarias propias de una entidad particular. Se dice también, que erróneamente la Secretaría General calificó de gravamen el referido recargo sin considerar que más se asemeja a una tasa o recargo análogo de los que se cobran a los importadores por los servicios

prestados y como contraprestación aproximada del valor de los mismos, argumentándose que los importadores reciben de CORPEI beneficios que son equivalentes a la cuota que deben pagar.

Precisa el Tribunal que como punto de partida en este análisis debe tomarse el hecho de que la cuota redimible que grava las importaciones en una cuantía del 0.25 por mil de su valor FOB es evidentemente un recargo que ha sido determinado por una Ley de la República del Ecuador, que dicha medida se adoptó en forma unilateral y que como se aplica a todos los importadores, sin excluir a quienes importan bienes provenientes y originarios de los otros países miembros de la Comunidad Andina, debe ser analizada en cuanto a éstos se refiere, a la luz de las normas comunitarias.

Por ello, se hace necesario examinar si la razón está de parte de las Secretaría General que califica la medida como gravamen y por lo tanto, en cuanto se aplica a quienes importan al Ecuador bienes procedentes y originarios de los demás Países Miembros, violatoria del ordenamiento jurídico comunitario, o si, por el contrario, la razón la tiene el demandante cuando expone que la medida es compatible con dicho ordenamiento ya que, en su aplicación a los importadores de productos de la subregión debe asimilarse a una tasa o recargo análogo, equivalente al monto aproximado de los servicios prestados.

De los documentos que obran en el expediente y de las apreciaciones directas que ha podido formarse el Tribunal a lo largo del juicio se desprende que no tiene razón el demandante en cuestionar la conducta administrativa de la Secretaría General toda vez que, sus argumentos no logran demostrar que la calificación dada a la medida es errónea o estuvo equivocada. Se desprende también que el intento del demandante por demostrar que la cuota redimible del 0.25 por mil que grava las importaciones en beneficio de la CORPEI, cabe dentro de las excepciones contempladas en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena por asimilarse a una tasa o recargo análogo que se cobra como contraprestación por el valor aproximado de los servicios prestados a éstos, es insuficiente y carece de los elementos de convicción indispensables para generar un pronunciamiento de ilegalidad sobre los actos acusados.

En efecto, el actor se limita, por una parte, a argumentar en el sentido de que la referida cuota no es un impuesto, no tiene carácter tributario y por tanto no puede caber dentro del concepto de gravamen y por otra, a asimilarla a una tasa o recargo análogo, pero sin demostrar que los importadores de productos de la subregión reciben de la CORPEI o del Estado ecuatoriano, en forma directa y por el hecho mismo de la importación, unos servicios por valor aproximado al monto del recargo que deben pagar obligatoriamente.

No es de recibo para el Tribunal la simple afirmación de la parte interesada, en que expresa que la cuota redimible *“más cerca estaría de ser una tasa o recargo análogo que corresponde al costo aproximado de los servicios prestados ...”*, los cuales hace consistir en el cumplimiento de las funciones de CORPEI, dirigidas todas a la promoción de las exportaciones y de las inversiones.

Tampoco es válido, para quitarle a la cuota en favor de la CORPEI el carácter de gravamen atribuido por la Secretaría General, el argumento, según el cual, está demostrado *“que la tasa en favor de la CORPEI no sólo afecta a las importaciones de la comunidad andina sino a las exportaciones provenientes de todos los países del mundo y también, insisto, a las exportaciones hacia todos los países del mundo”*.

Y mucho menos, es relevante al mismo propósito, el decir que la cuota en mención “no afecta solamente a los importadores sino también a los exportadores; no tiene el carácter parafiscal y peor fiscal; y, no tenía, como no tiene que serlo, destinada de manera específica a los usuarios de toda el área andina, aunque en la práctica a ellos también ha dirigido la CORPEI sus esfuerzos”.

En cuanto a los argumentos relativos a los hechos, que no se discuten por El Tribunal, de que la CORPEI es una Corporación de derecho privado y de que la cuota objeto de la controversia es redimible y está llamada a ser devuelta a los importadores que la han pagado, al cabo de diez años, estima El Tribunal que tampoco son relevantes para quitarle a la misma el carácter de gravamen, toda vez que ellos no demuestran de ninguna manera que la llamada cuota redimible no sea un recargo que grava a las importaciones provenientes de los países de la subregión, impuesta o determinada por una medida unilateral del Estado ecuatoriano y que no significa un costo (financiero en este caso) para los importadores. El hecho de que el dinero depositado obligatoriamente por los importadores sea devuelto transcurrido cierto tiempo no implica que el recargo no les signifique ningún costo, toda vez que a simple vista y con evidencia que no es del caso entrar a cuantificar ahora, se aprecia que ello sí repercute en los costos de la importación, haciéndolos más onerosos que si la referida cuota no debiera pagarse. Y, es indiferente el destino de la misma, toda vez que la discutida cuota puede ser destinada a una institución pública o privada, para cumplir fines estatales o no, sin que ello, una vez demostrado que no se trata de una tasa por los servicios prestados al importador, tenga para los efectos de la calificación incidencia alguna.

No encuentra el Juez comunitario en los argumentos de la demandante elementos que lo lleven a considerar que se ha destruido la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos emitidos por la Secretaría General y objeto de la demanda en acción de nulidad. El actor, luego de discurrir en el sentido de que la cuota tantas veces mencionada no es un tributo termina reconociendo que es una tasa y como tal la califica en varios apartes de sus escritos e intervenciones en este juicio; pero no logra demostrar los supuestos normativos que determinan que las tasas o recargos análogos impuestos unilateralmente por un país miembro a las importaciones originarias de los otros países miembros de la comunidad andina, no puedan considerarse como constitutivos de gravamen, que son, como se dejó ampliamente expuesto, de una parte, que correspondan a retribución por servicios prestados al importador y por otra, que su tarifa se haya determinado como equivalente al valor de tales servicios.

De todo lo anterior se concluye que la calificación de gravamen dada por la Secretaría General mediante las Resoluciones acusadas a la medida unilateralmente adoptada por el Estado ecuatoriano a través de su órgano legislativo, por la que se dispuso cobrar a los importadores una cuota redimible del 0.25 por mil del valor FOB, en cuanto se exige a las importaciones provenientes de la subregión, está ceñida a la legalidad y por lo tanto, al no haberse demostrado por el demandante que se hubiera incurrido ni formal ni materialmente en violación de norma alguna del ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal emite sentencia negando las súplicas de la demanda y condenando en costas a la parte actora.

Como resultado de las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

En ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 23 y 24 de su Tratado y luego de haber cumplido el proceso que señala el Estatuto

DECIDE:

Primero: Niéganse las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condénase a la demandante al pago de las costas causadas.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto de Tribunal.

Por la Secretaría remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del Tratado del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
Secretario

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

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO