



SUMARIO

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

| | Pág. |
|--|------|
| RESOLUCIÓN 2002 Resuelve solicitud de medida cautelar referida a la suspensión de los efectos de la Resolución 1999 de la Secretaría General..... | 1 |

RESOLUCIÓN N° 2002

RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR REFERIDA A LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN 1999 DE LA SECRETARÍA GENERAL

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 41 de la Decisión 425 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, la Resolución 1999 de la Secretaría General;

CONSIDERANDO:

- [1] Que, el 20 de abril de 2018 se publicó en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 3276 la Resolución 1999 de la Secretaría General (SGCAN), mediante la cual resolvió que la tasa de servicio de control aduanero establecida y aplicada por el gobierno del Ecuador, mediante Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), y sus modificaciones, constituyen un gravamen conforme a lo dispuesto por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, que inciden sobre la importación de productos originarios del territorio de los Países Miembros y; por lo tanto, vulneraría el *Programa de Liberación* de la Comunidad Andina establecido en el Acuerdo de Cartagena;
- [2] Que, en la misma Resolución, la Secretaría General dispuso que la República del Ecuador deberá retirar el gravamen establecido mediante Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), y sus modificaciones;
- [3] Que, el 07 de abril de 2018 mediante Oficio Nro. MCEI-SDYNC-2018-0044 del Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones de la República de Ecuador solicitó la reconsideración de la Resolución 1999 con base en el Capítulo II de la Decisión 425 y la suspensión temporal de sus efectos así como la suspensión de la misma;

- [4] Que, mediante las Notas SG/E/D1/808/2018 y SG/E/D1/807/2018, de fecha 07 de mayo de 2018, esta Secretaría General admitió a trámite el recurso de reconsideración y puso en conocimiento a todos los Países Miembros el referido recurso, respectivamente.
- [5] Que, corresponde en este auto efectuar el análisis de la solicitud de medidas provisionales referidas a la suspensión de los efectos de la resolución recurrida;

1. Consideraciones generales:

- [6] Es necesario partir del reconocimiento de que una medida de suspensión temporal de los efectos de la resolución tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar (aunque no toda medida cautelar consista en una suspensión temporal pues también hay otro tipo de medidas cautelares).
- [7] En esa línea y de manera general, se indica que el dictado de este tipo de medidas es primariamente el resultado de una actividad discrecional de la autoridad, que evalúa la pertinencia de la medida cautelar según las circunstancias y necesidad del caso. Esta apreciación discrecional está expresamente reconocida en el artículo 41 de la Decisión 425 cuando dispone que “(...) *de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento (...)*” (el subrayado es nuestro).
- [8] Se trata además de medidas excepcionales que como tales requieren considerarse bajo circunstancias excepcionales, de lo que se deriva su aplicación restringida. Dicha excepcionalidad está reconocida en el ordenamiento jurídico comunitario cuando éste sanciona, en el encabezado del precitado artículo, que en principio “*El ejercicio de un recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario.*”. Se tiene presente, por lo tanto, que es de interés general que las Resoluciones que emita la Secretaría General sean efectivas y sólo por excepción se suspendan.
- [9] La doctrina exige la presencia de tres requisitos *sine qua non* para que una petición de medida cautelar obtenga una consideración favorable, a saber: el *fumus boni iuris* (aparición de buen derecho o verosimilitud *prima facie* del derecho), *periculum in mora* (peligro en la demora por la eventual irreversibilidad de los efectos dimanantes de la situación que se desea revertir), y la contracautela (cuando esté prevista). El artículo 41 de la Decisión 425 no requiere expresamente estos requisitos; sin embargo, por ser ínsitos a la racionalidad de una medida cautelar, han sido requeridos sistemáticamente por la Secretaría General en su casuística, así como por el Tribunal Andino en su jurisprudencia, por ser principios generales comunes a los derechos nacionales de los Países Miembros y por ende, fuente del derecho comunitario, que acude en complemento a lo señalado en el precitado artículo¹.
- [10] Asimismo, para no afectar en exceso los derechos de la otra parte, la doctrina requiere que la decisión cautelar sea adecuada (medio-fin) y proporcional, tanto cuantitativa como

¹ La ley comunitaria faculta a la Secretaría General a actuar con arreglo a las fuentes supletorias del derecho de la integración y del derecho administrativo. En este sentido, el artículo 4 de la Decisión 425 dispone que “*La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.*”

cualitativamente a la pretensión principal, aspectos que también tiene en cuenta la Secretaría General al analizar este tipo de peticiones.

- [11] Por lo demás, se entiende que el dictado de este tipo de medidas tiene un carácter provisional, temporal, mutable, revocable y flexible, pues cambia con la evolución de las circunstancias del caso.

2. Causales para solicitar la suspensión temporal de una Resolución de la Secretaría General:

- [12] El artículo 41 de la Decisión 425 dispone dos causales para solicitar la suspensión temporal de una Resolución de la Secretaría General: (i) que la ejecución de lo resuelto por el órgano comunitario pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva y (ii) que el recurso de reconsideración se fundamente en la nulidad de pleno derecho de la resolución cuya suspensión temporal se solicita.

- [13] En efecto, el segundo párrafo del artículo 41 de la Decisión 425 dispone:

*“(...)Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto 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 si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto.** Cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario General podrá imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto.” (énfasis nuestro)*

- [14] Sobre el particular, la República de Ecuador solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución 1999, indicando que:

“(...) la República de Ecuador solicita:

- 1. La suspensión de la ejecución de la Resolución 1999 de la SGCAN durante el tiempo que dure el procedimiento del recurso de reconsideración, por cuanto su ejecución causará un perjuicio irreparable o de difícil reparación a la República del Ecuador, no subsanable por la Resolución definitiva, y por cuanto el presente recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho de la mencionada resolución”²*

- [15] Como quiera que ambas causales son invocadas por la parte actora, se analiza a continuación la procedencia de la aplicación de cada una de ellas en el presente caso.

3. Causal referida a un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado

- [16] La República del Ecuador señala que el retiro de la tasa de servicio de control aduanero implicaría restar al SENAE de instrumentos fundamentales para efectuar el servicio de

² Página 41 del Recurso de Reconsideración de la Resolución 1999 presentado el 7 de mayo de 2018

control aduanero, lo cual -según indica- resultaría en perjuicios irreparables o de difícil reparación para la República del Ecuador, en virtud a los siguientes argumentos:

i. Se imposibilitaría la continuidad de los servicios de las operaciones de importación, (...), pues es un proceso cuyos ejes se retroalimentan entre sí y que tienen una relación directa con los servicios que el SENAE se encontraba prestando (...). En tal sentido, la interrupción de uno de ellos provocaría el colapso de aplicaciones clave del sistema aduanero nacional y limitaría ostensiblemente el mantenimiento y la renovación de los equipos informáticos necesarios para la provisión del servicio. (...)

ii. La modificación de las aplicaciones tecnológicas demanda la ejecución de un proceso de implementación que incluye entre otros aspectos el análisis de información, elaboración de requerimiento de cambio, desarrollo de programación de la funcionalidad, (...); la ejecución de éstas demanda un plazo mucho mayor al estipulado para la ejecución de la Resolución No. 1999.

iii. (...) No contar con la TSCA limitaría la calidad de los servicios prestados cuyo efecto se trasladaría en demoras en los procesos y una afectación para el Estado ecuatoriano.

iv. La falta de innovación, mantenimiento, renovación y uso de nuevas tecnologías afectaría en el funcionamiento y la continuidad de operación del sistema ECUAPASS, a través del cual los importadores realizan todas las operaciones de importaciones. (...).

v. La falta de optimización, mejoramiento e innovación de los servicios brindados mediante la TSCA, ocasionaría demoras en los procesos de nacionalización de las mercancías, (...).

vi. No contar con los recursos de la TSCA dificultaría el acceso a herramientas, infraestructura y aplicaciones tecnológicas para los procesos de importación que generaría demoras incalculables para los importadores, (...).

vii. La falta de disponibilidad de recursos para la optimización de los procesos no intrusivos, uso de tecnologías de la información para optimizar los procesos de control incrementaría el riesgo de manipulación de las mercancías (...), lo cual afectaría la integridad de los productos y, por ende, existirían pérdidas materiales e incrementos en el tiempo de despacho.”

[17] Sobre el particular, resulta importante reiterar lo señalado en la Resolución 1999, en la cual se indicó que el control aduanero es el conjunto de medidas de control que pueden ser ejercidas por las autoridades aduaneras con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera aplicables al ingreso, permanencia, traslado, almacenamiento y salida de mercancías. Ello, de conformidad con los artículos 2 y 34 de la Decisión 671.

[18] Asimismo, es preciso indicar que, por imperativo legal de la Decisión 778 de la Comunidad Andina, el control aduanero debe ejercerse al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías y sobre unidades de transporte y de carga, hacia y desde el territorio aduanero nacional de cada País Miembro.

[19] Siendo ello así, con base a las citadas normas comunitarias la República del Ecuador puede ejercer la facultad y atribución de controlar el ingreso, permanencia, traslado y

salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte, hacia y desde el territorio aduanero nacional, además para hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan todo el ordenamiento jurídico aduanero, en el marco de su potestad aduanera.

[20] En este sentido, con la ejecución de la Resolución 1999 en la cual se dispuso el retiro de la tasa de servicio de control aduanero, si bien no imposibilitaría la facultad que tiene el SENA E para ejercer el control aduanero, si podría limitar las actividades ya implementadas que implican la ejecución de ciertas medidas de control adoptadas con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de la aduana, limitante que además podría ocasionar un perjuicio mayor al operador económico.

[21] En efecto, la República del Ecuador ha señalado que la interrupción de uno de los servicios de las operaciones de importación a causa de la ejecución de la resolución recurrida traería como consecuencia el colapso de aplicaciones clave del sistema aduanero, puesto que tales servicios se retroalimentan entre sí. Adicionalmente, la continuidad y funcionamiento del sistema ECUAPASS (*sistema a través del cual los importadores realizan todas las operaciones de importación*) se vería afectado, debido a, entre otras razones, la siguiente:

“La solución de respaldo/restauración del SENA E (IBM) consta de un equipo de hardware con licencias de software. En caso que alguno de los componentes falle por falta de mantenimiento o renovación de licenciamiento, no se tendría la posibilidad de realizar respaldos incrementales y completos de todos los componentes de la infraestructura instalada y de la información de las operaciones de importación que a su vez alimenta la determinación de los perfiles de riesgo y, por otro lado, registra la documentación necesaria para garantizar la efectiva determinación de los tributos de comercio exterior que los importadores, cuando sea pertinente, deben cancelar al Estado ecuatoriano.”

[22] Asimismo, indica que la modificación de las aplicaciones tecnológicas requiere la ejecución de un proceso de implementación que demandaría un plazo mayor al dispuesto en la Resolución 1999, por cuanto incluye, entre otros aspectos, el análisis de información, elaboración de requerimiento de cambio, desarrollo de la programación de la funcionalidad, elaboración de casos de prueba, capacitación a usuarios, entre otros.

[23] En ese sentido, *prima facie* se advierte que la posible interrupción de un servicio para las operaciones de importación y la modificación de aplicaciones tecnológicas que, de acuerdo a lo señalado por la República del Ecuador “*provocaría el colapso de aplicaciones clave*” y “*la continuidad del sistema ECUAPASS*”, generaría un perjuicio de difícil reparación que no se podría subsanar, si fuese el caso, en la resolución que resuelva el recurso de reconsideración, por cuanto dicha situación implicaría un cambio y adaptación de su sistema de control aduanero ya implementado hecho que resultaría sumamente inconveniente en este momento no solo para la solicitante sino también para el propio operador económico quien mediante el referido sistema realiza otras operaciones vinculadas a la importación de mercancías, incluyendo, cuando corresponda, el pago de los tributos.

[24] Por lo expuesto, esta Secretaría General considera en esta oportunidad, con base a los alegatos de la solicitante, a una proporcionalidad de la pretensión y atendiendo al carácter temporal de la medida solicitada, que existen razones para determinar la

suspensión de los efectos de la resolución recurrida durante el plazo que se resuelva el recurso de reconsideración presentado por la República del Ecuador, esto es 30 días siguientes de recibido el recurso de reconsideración, de conformidad con el artículo 44 de la Decisión 425.

- [25] Se estima además que de concretarse el eventual perjuicio de difícil reparación, éste una vez generado, no podría ser remediable por la Resolución definitiva ya que dicha circunstancia escaparía a los alcances de la facultad resolutoria de la Secretaría General.

4. Causal referida a la nulidad de la Resolución 1999

- [26] Al respecto, es importante señalar que se requeriría que la cuestión relativa a la nulidad alegada, pueda abordarse en el análisis de la medida cautelar de manera independiente y separada del principal, sin afectarlo, ya que de otra manera, formalmente tendría que resolverse conjuntamente con éste último.

- [27] Ahora bien, como se aprecia, el precitado artículo 41 de la Decisión 425 a los efectos de la invocación de una medida cautelar, requiere que se trate de una “nulidad de pleno derecho”. Este concepto conforme lo indica Ricardo Salazar Chávez³, se refiere a causales de invalidez grave, imposibles de subsanar. Esto implica que para poder dictar una medida cautelar se deba tener claridad respecto de la posible existencia de esa aparente nulidad; y que se pueda dilucidar que no se trata de cualquier nulidad sino de una nulidad grave, esto es, absoluta e insubsanable⁴.

- [28] Respecto a lo anterior, esto es, que se trate de una nulidad de pleno derecho, el recurrente refiere su petición de suspensión temporal de la Resolución 1999 por estar viciada en sus requisitos de fondo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Decisión 425 bajo los siguientes argumentos:

Fundamentos de forma:

1. La Secretaría General transgredió el debido proceso y los principios de legalidad y celeridad, al emitir su pronunciamiento fuera del plazo establecido en la norma comunitaria y contratar un consultor externo, sin que mediara la solicitud de un País Miembro, y en cuyo caso se debía elegir un experto de entre la lista que haya confeccionado al efecto la SGCAN, y el país solicitante sufragaría los gastos generados;
2. La Secretaría General inobservó el principio de transparencia al no poner en conocimiento de las partes el informe del consultor externo teniendo en cuenta que el mismo no fue calificado como confidencial a la luz de los artículos 5, 19 y 20 de la Decisión 425;
3. La Resolución N° 1999 no cumple con el literal e) del artículo 55 de la Decisión 425 en tanto no se justifica porqué se consideró 10 días como periodo suficiente para retirar la medida.

³ Salazar Chávez Ricardo. “La nulidad de los actos administrativos” Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014.

⁴ La insubsanabilidad de una nulidad se relaciona con sus posibles efectos *ex nunc* o, *ex tunc* y la imposibilidad de conservar el acto en todo o en parte.

Fundamentos de fondo:

1. Hay errores en los elementos de juicio y los argumentos que la SGCAN desarrolló y que le permitieron llegar a la conclusión de que la TSCA constituye un gravamen a las importaciones andinas.
2. La SGCAN no se pronunció sobre algunos asuntos sometidos a su consideración, esto es el contenido del principio de complemento indispensable, el moderno alcance del término tasa, la indicación de qué recursos proceden y los plazos para ejercerlos.
3. El análisis de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena fue incompleto.

[29] Ahora bien, de conformidad con el artículo 12 de la Decisión 425, se entiende que las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.

[30] En este sentido, se encuentra que la recurrente no señala de forma clara e inequívoca alguna de las causales de nulidad de pleno derecho indicadas por la norma. Sin perjuicio de ello, en tanto se entiende que Ecuador estaría solicitando la reconsideración de la referida Resolución, por considerarla contraria a algunas normas del derecho comunitario, específicamente las Decisiones 425 y 409, puede entenderse que su solicitud se soporta en el literal a) del artículo 12 de la Decisión 425.

[31] Ahora bien, la eventual vulneración del ordenamiento comunitario en este contexto debería poder ser percibida desde ya como absoluta e insubsanable para dar lugar al dictado de medidas provisionales. Es el caso, sin embargo, tal supuesta vulneración de las normas comunitarias por parte de la Secretaría General no se presenta *per se* ni es evidente, ya que en el presente caso para determinar ello dependerá del cotejo y análisis pormenorizado de cada uno de los argumentos del Ecuador con el material probatorio que obra en el expediente para que luego pueda percibirse y posteriormente acreditarse la presunta vulneración a la normativa andina. Asimismo, cabe resaltar que algunos de los argumentos del recurrente versa sobre temas de índole procedimental que, de ser el caso, sería posible de subsanar con motivo de la resolución que resuelva el presente caso, por lo que no se configurará una nulidad de pleno derecho.

[32] Suma a lo señalado, el dictado de una medida cautelar requeriría para el presente supuesto, además de identificar sí en efecto se presenta la nulidad alegada, acreditar su gravedad e insubsanabilidad. El hecho es que la República del Ecuador no ha provisto de elementos de juicio que permitan a la Secretaría General evidenciar la gravedad e irreversibilidad de la nulidad alegada de modo tal que se haga procedente la adopción de medidas provisionales en este extremo.

[33] Respecto a que la petición de la medida provisional tenga como base la apariencia de buen derecho y la necesidad y urgencia del dictado de medidas provisionales, cabe manifestar que la Secretaría General no puede concurrir con una línea de pensamiento que sostenga que basta haber alegado una eventual nulidad de pleno derecho, como alegato para solicitar la reconsideración de un acto jurídico, para hacer automáticamente

procedente la aplicación de medidas provisionales referidas a la suspensión de los efectos de la resolución recurrida, pues ello daría lugar a que baste invocar cualquier nulidad de pleno derecho, sin fundamentarla y menos acreditarla, para suspender los efectos de cualquier Resolución ya que tal forma de proceder tornaría los actos de la Secretaría General ineficaces y sería contrario a la regla general prescrita en el encabezado del artículo 41 de la Decisión 425, que sanciona la posibilidad de invocar medidas provisionales, sólo como excepción.

- [34] En el presente caso las condiciones referidas al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* no se presentan. La presunta contravención de algunas disposiciones del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por la SGCAN no es algo determinable *prima facie* y sin necesidad de mayor análisis, por las razones que se han explicado antes.
- [35] Respecto a la posibilidad de abordar el pedido de medidas cautelares sin pronunciarse sobre el fondo de la reconsideración invocada, se aprecia que la recurrente si bien basan su petitorio en la presunta vulneración de algunas disposiciones del ordenamiento comunitario, desarrollan este argumento no para fundamentar su pedido de medidas cautelares, sino para fundamentar su recurso de reconsideración. Esta consideración obliga a la Secretaría General a reservar su análisis y pronunciamiento respecto de la nulidad alegada para el momento de resolver dicha reconsideración.
- [36] Por lo expuesto en este acápite, se advierte que la supuesta nulidad invocada si bien corresponde a una causal *de iure*, no resulta evidente ni necesariamente irreversible en esta etapa; siendo que la misma está sujeta a interpretación y requiere ser analizada exhaustivamente; siendo además que no es posible analizar la nulidad alegada sin adelantar el análisis sobre el fondo del recurso impugnativo por cuanto su fundamento es el mismo.
- [37] Por lo expuesto en la presente Resolución, se advierte que si bien no se configura el supuesto de nulidad como causal de la medida cautelar solicitada, si se configura la causal alegada referida a los perjuicios de difícil reparación no subsanable por la Resolución definitiva.

RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución 1999 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de fecha 20 de abril de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3276, en tanto se emite la resolución definitiva que resuelva el recurso de reconsideración presentado por la República del Ecuador.

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

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los ocho días del mes de mayo del año dos mil dieciocho.

Walker San Miguel Rodríguez
Secretario General

