GACETA OFICIAL

Año XVIII - Número 798

Lima, 28 de mayo de 2002

del Acuerdo de Cartagena

SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	Pág.
Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, mediante la cual denuncia el incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 72 del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 311, 362 y 387 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad	1
Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal y del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena; así como de las Resoluciones Nos. 371 y 414 de la Secretaría General	15
Solicitud de interpretación prejudicial del artículo 83 literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Expediente Interno Nº 6743. Actor: Ingenieros Químicos Asociados Ltda. –IQA–. Marca: "IQA"	22
Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 25 y 143 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: DR. KARL THOMAE GmbH. Patente: "PROCEDIMIENTO PARA PREPARAR TETRAHIDRO-BENZOTIAZOLES". Expediente interno 6438-99-L.Y.M	29
	Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, mediante la cual denuncia el incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 72 del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 311, 362 y 387 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad. Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal y del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena; así como de las Resoluciones Nos. 371 y 414 de la Secretaría General Solicitud de interpretación prejudicial del artículo 83 literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Expediente Interno Nº 6743. Actor: Ingenieros Químicos Asociados Ltda. –IQA—. Marca: "IQA" Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 25 y 143 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: DR. KARL THOMAE GmbH. Patente: "PROCEDIMIENTO PARA PREPARAR TETRAHIDRO-

PROCESO 53-AI-2000

Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, mediante la cual denuncia el incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 72 del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 311, 362 y 387 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. San Francisco de Quito, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil dos

VISTOS:

El escrito N° SG-C/2.1/0969/2000, del 27 de junio de 2000, recibido en la Secretaría del

Tribunal el 5 de julio de 2000, junto con ocho anexos, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone demanda de incumplimiento contra la República de Colombia, a causa de la aplicación del "impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999".



El auto del 19 de julio de 2000, mediante el cual el Tribunal admite a trámite la demanda, ordena su notificación a la demandada, así como su puesta en conocimiento de los Países Miembros y de la Comisión de la Comunidad Andina, y reconoce la personería de Nicolás Lloreda Ricaurte como abogado de la parte actora.

El escrito del 31 de agosto de 2000, recibido en la Secretaría del Tribunal el 5 de septiembre de 2000, junto con diez y seis anexos, mediante el cual las apoderadas de la República de Colombia dan contestación a la demanda interpuesta por la Secretaría General.

El auto del 22 de septiembre de 2000, mediante el cual el Tribunal tiene por presentadas las pruebas aportadas por las partes, convoca a éstas a la audiencia pública y reconoce la personería de Diana Astrid Chaparro Manosalva como apoderada de la parte demandada.

El escrito N° SG-C/2.1/0172/2001, del 8 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 9 de febrero de 2001, y, en original, el 12 de febrero del mismo año, mediante el cual el Secretario General informa sobre las modificaciones del Estatuto Tributario Colombiano "las cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2001. Mediante dichas modificaciones se estaría manteniendo el concepto del impuesto sobre las ventas promedio implícita (sic) (IVA implícito), el cual es materia del Proceso 53-Al-2000 seguido ante el Tribunal".

El escrito del 26 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 28 de febrero de 2001, y, en original, el 2 de marzo de 2001, junto con un anexo, contentivo de las conclusiones de la parte demandada, relativas a la audiencia pública celebrada el 22 de febrero de 2001.

El escrito del 28 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el mismo día 28 de febrero, y, en original, el 2 de marzo de 2001, contentivo de las conclusiones de la parte actora, relativas a la audiencia pública celebrada el 22 de febrero de 2001.

El auto del 25 de abril de 2001, mediante el cual el Tribunal suspende el trámite del proceso en curso hasta el pronunciamiento de sentencia definitiva en el proceso 79-AN-2000, relativo a la acción de nulidad ejercida por la República de Colombia contra la Resolución

311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

El auto del 14 de noviembre de 2001, mediante el cual el Tribunal acuerda la continuación del proceso en curso, en virtud de haberse dictado sentencia, en fecha 19 de octubre de 2001, en el proceso 79-AN-2000.

El escrito N° SG-C/1.8/1889/2001, del 11 de diciembre de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 12 de diciembre de 2001, y, en original, el 14 de diciembre de 2001, junto con dos anexos, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina solicita un pronunciamiento sobre la conducta del Gobierno de Colombia "... pues a través de la expedición de dispositivos legales con el mismo contenido normativo, mantiene los gravámenes identificados por la Resolución 311 de la Secretaría General", y acompaña copia de dos Decretos que identifica como el N° 2085, publicado el 25 de octubre de 2000, y el N° 2263, publicado el 30 de octubre de 2001.

Y los demás documentos y actuaciones que cursan en el expediente.

Tomando en consideración:

1. LA DEMANDA.

1.1. Objeto:

La Secretaría General de la Comunidad Andina demanda que el Tribunal se pronuncie sobre "la conducta de la República de Colombia al aplicar el impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999"; que declare que "el Gobierno de Colombia, al no adoptar las medidas encaminadas a dejar de aplicar el IVA implícito a las importaciones de origen subregional, conducta que fue calificada como gravamen al comercio andino, ha incurrido en incumplimiento de normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino, en particular del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 311, 362 y 387 de la Secretaría General", y que "ordene al Gobierno de Colombia que adopte todas las medidas necesarias a fin de que se ponga fin al señalado incumplimiento, con expresa condena en costas a la demandada".



1.2. Razones de hecho:

La Secretaría General alega en la demanda (folios 1 a 8) que, en fecha 3 de noviembre de 1999, emitió la Resolución N° 311 (Anexo 2). publicada en la Gaceta Oficial N° 503 del 5 de noviembre de 1999, mediante la cual determinó que "el cobro del IVA implícito a las importaciones de origen subregional aplicado por el Gobierno de Colombia, mediante Decreto 1344 de fecha 22 de julio de 1999, constituye un 'gravamen' a los efectos del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, vulnerando de esta manera lo dispuesto en los artículos 72 y 84 del Acuerdo al ser el IVA implícito una sobretasa a las importaciones intracomunitarias"; que, en fecha 21 de diciembre de 1999, el Gobierno de Colombia interpuso recurso de reconsideración (Anexo 3) contra la Resolución N° 311; que, en fecha 23 de febrero de 2000, a través de la Resolución N° 362 (Anexo 4), publicada en la Gaceta Oficial N° 540 del 29 de febrero de 2000, fue resuelto el citado recurso de reconsideración y confirmada la Resolución N° 311; que, en fecha 9 de marzo de 2000, el Gobierno de Bolivia (Anexo 5) puso en conocimiento de la Secretaría General que las autoridades colombianas continuaban aplicando el IVA implícito a las importaciones originarias de la Subregión; que, en fecha 22 de marzo de 2000, la Secretaría General remitió al Gobierno de Colombia la correspondiente Nota de Observaciones N° SG-F/2.1/00657/2000 (Anexo 6), otorgándole un plazo para responder; que, transcurrido el plazo y no habiendo habido respuesta, la Secretaría General emitió el Dictamen de Incumplimiento N° 014-2000 (Anexo 8), contenido en la Resolución N° 387, publicada en la Gaceta Oficial N° 561 del 3 de mayo de 2000; y que, hasta la fecha de presentación de la demanda, el Gobierno de Colombia no había informado a la Secretaría General acerca de las medidas encaminadas a dejar de aplicar el IVA implícito a las importaciones originarias de los demás países de la Subregión.

1.3. Razones de derecho:

La Secretaría General denuncia que el Gobierno de Colombia adoptó y aplicó una medida a las importaciones de origen subregional que, calificada de gravamen y contraria al Programa de Liberación, constituye un incumplimiento de sus obligaciones de no hacer, a tenor de lo

establecido en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; que, por virtud del Decreto N° 1344, del 22 de julio de 1999, los productos importados, originarios de la Subregión, estarían siendo objeto de un gravamen tributario, de un impuesto distinto, de un recargo equivalente a un derecho arancelario, con lo cual se estaría vulnerando lo dispuesto en los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena y, además, alterando el Arancel Externo Común; y que, no obstante la obligación prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, y a pesar de haberse emitido las Resoluciones N° 311 v 362, -actos administrativos que, según el artículo 1, literal d, del Tratado de Creación del Tribunal, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y que, según la sentencia dictada en el proceso 3-AI-96, se encuentran revestidos de la presunción de legalidad y ejecutoriedad-, el Gobierno de Colombia no ha adoptado las medidas encaminadas a levantar el gravamen del IVA implícito a las importaciones de origen subregional, ni ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 387, contentiva del Dictamen de Incumplimiento N° 014-2000.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. Objeto:

Las apoderadas de la República de Colombia dan contestación a la demanda (folios 213 a 242) y solicitan "que no prosperen las pretensiones de la Demanda presentada por la Secretaría de la Comunidad Andina, teniendo en cuenta como se demostró que la República de Colombia sí dio cumplimiento al artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, así como de (sic) los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena". Asimismo solicitan que "se considere en el presente caso la prejudicialidad, hasta tanto esta misma instancia falle de fondo el presente asunto sustancial, que será sometido para su análisis en la demanda que presentará la República de Colombia contra la Resolución N° 311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina".

2.2. Razones de la defensa:

2.2.1. Argumentos de derecho:

Luego de admitir los hechos de la demanda y de referir otros, la parte demandada hace valer los antecedentes que dieron lugar al estableci-



miento del IVA en la República de Colombia. tales como el propósito de la reforma tributaria del año 1998, la diferenciación entre bienes gravados, exentos y excluidos, y las consecuencias lesivas que se desprenden de la estructura de los bienes excluidos; el principio de la imposición en el destino según la doctrina, su aplicación en algunas experiencias internacionales, y sus consecuencias bajo los sistemas de exoneración plena y de exoneración incompleta o limitada; el tenor del "Memorando 122/98 del 8 de octubre, en donde la Misión de Colombia ante la OMC, determina con fundamento en la normatividad del GATT Artículo II 2. (a) y la jurisprudencia, que se puede cobrar IVA sobre un producto importado, así dicho producto esté exento de IVA, lo que significa un impuesto diferente a un producto similar, si el monto del impuesto refleja únicamente el IVA pagado por los productos utilizados como materia prima"; las razones y propósitos del establecimiento normativo del IVA implícito en la República de Colombia, a través del artículo 43 de la ley 488 de 1998, modificatorio del artículo 424 del Estatuto Tributario, y del Decreto 1344 del 22 de julio de 1999; un cuadro ilustrativo del IVA implícito presente en los productos nacionales excluidos; el argumento de que el IVA implícito, visto el Estatuto Tributario, es un impuesto de carácter nacional que no constituve un tributo diferente al impuesto sobre las ventas, y que, vistos el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y el anexo 1 de la Decisión N° 388 de la Comisión, no está sometido al régimen de la Comunidad Andina a los efectos de la integración económica; y las razones por las cuales el IVA implícito no es jurídicamente asimilable a un derecho de aduana o a un gravamen arancelario, y no es una compensación modificatoria del sistema arancelario común.

2.2.2. Oposición a las pretensiones de la demanda:

La parte demandada rechaza la demanda por estimar que la República de Colombia no ha incumplido las normas contenidas en el Acuerdo de Cartagena.

Alega al efecto que "la incorporación del IVA implícito en la legislación tributaria, se hizo de manera interna para corregir el sesgo que discrimina en contra de los productos excluidos nacionales. Este sesgo se corrigió sometiendo

las importaciones de bienes excluidos, al pago de una tarifa que reprodujo el impuesto asumido por los productores nacionales, dado que los mismos no pueden solicitar la devolución del IVA pagado en la compra de insumos y materias primas", por lo cual la medida en cuestión no es violatoria de los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena, ni del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; que "el IVA implícito que aplica el Gobierno Colombiano no es ni un impuesto diferente al IVA interno que rige en todo el territorio nacional, ni es un gravamen adicional a las importaciones y mucho menos es una sobretasa, sino que es el mismo IVA vigente en Colombia, sólo que se cobra al momento de la importación con una tarifa especial, que sustituye la tarifa general que en la actualidad es del 15%"; que, según las disposiciones que rigen en los demás países de la Comunidad Andina, éstos "aplican el mismo impuesto que Colombia a las importaciones. así su denominación sea diferente, sin que de ellos se haya predicado que han implantado gravámenes adicionales a tales importaciones"; que la imposición del IVA implícito constituye manifestación del principio de soberanía tributaria del Estado y es un mecanismo que busca restablecer la equidad e igualdad frente a los demás países miembros; que, en el caso, la República de Colombia no ha incurrido en el incumplimiento del principio del trato no menos favorable; que las Resoluciones de la Secretaría General carecen de fundamento legal, porque los bienes excluidos en Colombia se encuentran al margen del tributo y no otorgan derecho a descuento ni a devolución, porque el IVA es un impuesto de carácter nacional y no constituye un tributo diferente al impuesto sobre las ventas, ni se encuentra sometido hasta el momento a las regulaciones de la Comunidad Andina a los efectos de la integración económica, y porque no es un recargo equivalente a un derecho o a un gravamen arancelario, no altera el arancel externo común, y se halla conforme con el Acuerdo de Cartagena y el Derecho Público Interno.

3. LAS PRUEBAS.

Constan en el expediente las pruebas documentales ofrecidas y consignadas, junto con la demanda, por la parte actora, cuales son: la Resolución N° 017 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, sobre delegación de funciones en el señor Nicolás Lloreda Ricaurte,



publicada en la Gaceta Oficial N° 298 del 14 de octubre de 1997 (folios 9 y 10); la Resolución N° 311 de la Secretaría General, sobre "Calificación de la medida adoptada por el Gobierno de Colombia referida al cobro del IVA implícito a las importaciones subregionales adoptada mediante Decreto 1344, como gravamen al comercio", publicada en la Gaceta Oficial N° 503 del 5 de noviembre de 1999 (folios 11 a 18); escrito, de fecha 20 de diciembre de 1999. contentivo del recurso de reconsideración interpuesto por la Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia contra la citada Resolución N° 311 (folios 19 a 37); Resolución N° 362 de la Secretaría General, "por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno de Colombia contra la Resolución 311 de la Secretaría General que declaró como gravamen el cobro de una tarifa implícita a las importaciones originarias de la Subregión", publicada en la Gaceta Oficial Nº 540 del 29 de febrero de 2000 (folios 38 a 47); copia de la comunicación N° MCEI/VME/DGCE/ 0301/2000, del 8 de marzo de 2000, dirigido por el Director General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior e Inversión de la República de Bolivia al Director General de la Secretaría General de la Comunidad Andina (folio 48); Nota de Observaciones, de fecha 21 de marzo de 2000, dirigida por el Secretario General a la Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia (folios 49 y 50); Resolución N° 387 de la Secretaría General, contentiva del "Dictamen 16-2000 de Incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia de las Resoluciones 311 y 362 de la Secretaría General que califican como gravamen el cobro del IVA implícito a las importaciones de origen subregional", publicada en la Gaceta Oficial N° 561 del 5 de mayo de 2000 (folios 51 y 52).

Además, constan en el expediente documentos no relacionados como pruebas en la demanda (folios 53 a 124), pero consignados junto con ésta. Sobre los documentos en referencia, consta que el Director General de la Secretaría General de la Comunidad Andina, obrando por delegación del Secretario General, mediante comunicación N° SG-C/2.1/01023/2000, de fecha 11 de julio de 2000, recibida en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 12 de julio de 2000, y, en original, el 17 de julio del mismo año, solicitó "que el anexo 8 de la demanda presentada por la Secretaría General ante ese

Tribunal, el cual contiene el expediente administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución 311, sea tenida en cuenta como prueba dentro del proceso ..." (folios 125 y 126).

Por otra parte, constan en el expediente las pruebas documentales ofrecidas v consignadas, junto con el escrito de contestación de la demanda, por la parte demandada, cuales son: un texto que la demandada identifica como "Capítulo V Estatuto Tributario Colombiano, Régimen del IVA" (folios 251 a 257); copia del Decreto N° 1344, del 22 de julio de 1999, por el cual el Presidente de la República de Colombia reglamenta el parágrafo primero del artículo 424 del Estatuto Tributario (folios 258 a 264): copia del Memorando 122/98, de fecha 8 de octubre de 1998, dirigido por la Ministro Consejero al Embajador de la Misión de Colombia ante la OMC, relativo a "Consulta sobre aplicación del IVA a producto importado" (folios 265 a 268); copia de la Decisión 388 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 2 de julio de 1996, sobre "Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes" (folios 269 a 271); copia de la Decisión 330 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 22 de octubre de 1992, sobre "Eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales" (folios 272 a 278); copia de formularios relativos a declaraciones de importación (folios 279 a 283); y un texto que la demandada identifica como "Manual Tributario Comprensivo, CIAT vigencia Octubre 2.000. Contentivo de las legislaciones Tributarias de Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela. Se anexan los apartes relacionados con el IVA en cada país o el Impuesto al Consumo Suntuario y a las ventas al Mayor (ICVSM) en el caso de Venezuela" (folios 284 a 326).

Las partes no ofrecieron otras pruebas que justificaran el otorgamiento de un término especial para su práctica.

4. LA AUDIENCIA PÚBLICA.

Por auto del 22 de septiembre de 2000, el Tribunal convocó a las partes a la audiencia pública a celebrarse el 22 de febrero de 2001, oportunidad en la cual se llevó a cabo el acto con la asistencia de representantes de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de la República de Colombia.



5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1. Alegatos de la parte actora:

En su escrito de conclusiones (folios 435 a 454), la parte actora, además de ratificar el objeto y los fundamentos de la demanda, alega que el gravamen en cuestión "no se genera como resultado de un régimen impositivo general a todo tipo de producto, independientemente de su origen y procedencia, característica que es propia de los tributos internos, sino con el obieto de crear una carga impositiva específicamente destinada a las importaciones con el objeto de equilibrar sus precios con respecto al producto nacional", tal y como se desprende del dicho de la parte demandada; que "es el propio régimen tributario colombiano y no el producto importado el que crea la distorsión que el Gobierno de Colombia ahora pretende corregir mediante el mecanismo del IVA implícito"; que el principio de la imposición en el destino "se encuentra presente en las legislaciones de los cinco países miembros, incluido Colombia, cuyas exportaciones también llegan a los demás países miembros liberadas en principio de impuestos, por aplicación del mismo principio, sin que por esa razón los socios comunitarios le impongan algún tipo de mecanismo compensatorio a Colombia por el hecho de que sus productos nacionales se sujeten a una tasa IVA más alta que la colombiana o tengan menos posibilidades de aplicar devoluciones o créditos fiscales que lo que permite la legislación colombiana"; que la existencia de dicho principio no garantiza que tales exportaciones lleguen liberadas de impuestos al país de destino, puesto que la liberación depende de factores como el régimen nacional en cuanto a bienes gravados, exonerados y exentos, o de los mecanismos de devolución y de crédito fiscal.

Asimismo, alega que la Misión de Colombia ante la OMC reconoce que, en el caso, se trata de la imposición de un impuesto diferente a aquél que origina su aplicación; que "ya Colombia aplica el IVA general a las importaciones, como resultado de una práctica común en este tipo de impuestos que consiste en asimilar la posición del importador a la del productor nacional y para que el principio de imposición en destino se cumpla plenamente. Lo que ahora busca Colombia es imponer un gravamen compensatorio incluso a las importaciones de bie-

nes que de acuerdo con la propia legislación colombiana se encuentran excluidos del IVA General"; que, bajo el régimen del GATT, la regla general es que los gravámenes que los países impongan a las importaciones están permitidos en tanto no excedan el techo consolidado, mientras que, en el Acuerdo de Cartagena, la regla general es que los gravámenes a las importaciones están prohibidos, salvo que se trate de tasas equivalentes al costo de servicios efectivamente prestados; que "aún cuando según la normativa OMC el IVA implícito calificara como una carga equivalente a un impuesto interior (definición síntesis del concepto 'ajuste fiscal en frontera'), ello no resulta vinculante para la normativa andina de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ... En ese sentido, el hecho que una conducta o práctica pudiera ser admisible en el Gatt no la hace admisible en el ordenamiento jurídico andino".

Por otra parte, alega que los problemas de discriminación inversa no deben corregirse penalizando la competencia importada, sino mejorando la posición de los productores locales a través de la legislación interna; que, en el caso, "en lugar de eliminar los regímenes de excepción como la lista de productos excluidos ... o de reconocer la devolución de los impuestos repercutidos no devueltos al productor nacional, se opta por penalizar a las importaciones por un hecho que no es causado por estas (sic), sino como lo admite Colombia, por una distorsión propia de la estructura del tributo. Esta penalización consiste en hacerlas acreedoras a una carga adicional a la cual, antes de 1999, fecha en que se reglamenta la medida y se pone en aplicación, no estaban sujetas"; que si la medida "se inscribe en el ámbito del artículo 72 (del Acuerdo de Cartagena), no interesa a los efectos del análisis sus efectos o finalidad, basta probar su existencia y su no correspondencia con la excepción referida a las tasas para tener que admitir que dicha medida está prohibida y por lo tanto que debe eliminarse"; que el IVA implícito no es un impuesto interior ni el IVA general, sino un nuevo impuesto a las importaciones, lo que "surge claramente de la propia ley de creación, así como de las características del tributo"; que mientras el IVA general es un impuesto plurifásico que grava las operaciones de valor agregado, así como las importaciones en general, el IVA implícito es un impuesto monofásico al costo



de insumos que grava específicamente la importación de bienes excluidos del IVA general: que el cálculo de la tasa del IVA implícito presupone una serie de condiciones técnicas de las cuales no se dispone, y que no considera "el hecho de que los productores nacionales colombianos ya gozan de una recuperación parcial de los impuestos no devueltos a través del Impuesto a la Renta por el hecho de poder deducir sus costos de la utilidad bruta"; que los bienes que Colombia exporta a la Subregión gozan asimismo de la devolución de impuestos por efecto del principio de imposición en destino; que Colombia no ha probado que el IVA implícito "no sea discriminatorio o no tenga efectos discriminatorios"; que "no es posible admitir que un país miembro decida compensar contra importaciones de sus socios andinos las diferencias o defectos de su propia estructura impositiva".

Finalmente alega que la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese País Miembro reconocen expresamente la forma en que deben coexistir las normas internas con el ordenamiento jurídico andino, por lo que resulta infundado invocar la soberanía fiscal con el objeto de excluir la competencia de la Secretaría General para calificar una medida como gravamen o restricción al comercio; y que la República de Colombia confesó su incumplimiento de la Resolución 311, sin que exista razón legal alguna para justificar dicho incumplimiento, ni siquiera por haber ejercido la acción de nulidad.

5.2. Alegatos de la parte demandada:

La parte demandada, en su escrito de conclusiones (folios 401 a 423), además de ratificar las razones de la defensa, alega que "el artículo 43 ejusdem fue modificado por el artículo 27 de la ley 633 de 2.000, por la cual se expidió en nuestro país la nueva Reforma Tributaria, e introdujo como novedad una condición para la aplicación del IVA implícito, consistente en que cuando el Gobierno Nacional determine la no existencia de producción nacional de bienes relacionados con el artículo 424 del E.T no se causará dicho impuesto, y se entenderá que no existe producción nacional cuando la producción interna solo cubra hasta el 35% de las necesidades del mercado".

Por otra parte, alega que, en su Resolución 311, la Secretaría General acepta parcialmen-

te que el IVA implícito es un impuesto de carácter nacional; que el Impuesto a las ventas. IVA, no difiere del IVA implícito sino en la tarifa, lo que es normal "toda vez que al interior de nuestro sistema tributario contamos con tarifas diferenciales ..."; que "la tarifa del IVA implícito es totalmente proporcional, pues no es superior a los costos en que incurre el productor nacional en el pago del IVAS (sic) dentro del proceso de producción ..."; que las disposiciones que contienen las reglas de aplicación del IVA general para las importaciones son únicas en cuanto al hecho generador, momento de causación, sujetos pasivos y base gravable; que, siendo el IVA implícito un impuesto del orden nacional, no se encuentra sometido a las armonizaciones aprobadas por la Comunidad Andina y por lo tanto no configura un nuevo impuesto diferente al IVA colombiano. En cuanto al IVA en las importaciones, este (sic) se ha venido aplicando desde 1.964, con base en Decretos dictados con facultades de la ley 21 de 1.962. En tanto, sobre su estructura, fuentes y orígenes, se mantienen los principios de la soberanía fiscal y de la unidad impositiva".

Alega asimismo que "dentro del marco del programa de liberación, Colombia se sometió a desgravar de aranceles y derechos de aduanas que incidían en la operación de comercio exterior los productos provenientes de los demás países miembros de la Comunidad Andina ... pero de ninguna manera se sometieron a estas negociaciones los impuestos indirectos entre ellos el IVA, pues se reconoce que estos (sic) hacen parte de la Soberanía tributaria. lo cual es aceptado por la Decisión 388", entendiéndose por impuestos indirectos los definidos en la Decisión 330; que, como ya había indicado, los demás países de la Comunidad Andina "aplican un impuesto indirecto similar al de Colombia con hecho generador el momento de la importación, así su denominación sea diferente"; que las legislaciones de dichos países "mantienen los mismos parámetros como son el gravar con un impuesto interno sobre las ventas. las importaciones de bienes y servicios que se realicen a sus territorios, regulaciones a las cuales se ha sometido Colombia en su totalidad, pues nuestra legislación consagra la misma exención para los productos exportados y la aplicación del IVA implícito para la importación de bienes que en el país tienen el carácter de excluidos"; y que "para mantener la equidad libera de IVA en la importación a los bienes



exentos, teniendo en cuenta que los bienes nacionales bajo esta condición, recuperan el valor cancelado por los IVAS en la compra de insumos, materias primas o bienes en el proceso de producción".

También alega la parte demandada que la República de Colombia no viola el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena "pues no se cobra una tarifa distinta o superior a los bienes excluidos importados, que la que efectivamente cancelan los productores nacionales de bienes excluidos en el proceso de producción de este tipo de bienes"; que, si bien la Secretaría General, en la Resolución 311, "rechaza el respaldo normativo y jurisprudencial que se mencionó sobre el GATT y OMC", el Tribunal de Justicia "en diversas sentencias menciona la Jurisprudencia de los Tribunales Europeos y la normativa del GATT y OMC, especialmente para el artículo 74 en la Sentencia proferida dentro del proceso 03-Al-97"; que el Tribunal acepta excepciones al artículo 72, "teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el objeto específico a que vaya dirigida, situación que opera exactamente en nuestro caso, insistiendo eso si que no se trata de una medida restrictiva por cuanto como se ha enunciado la medida tiende a igualar las cargas tributarias y por ello no es discriminatoria ni restrictiva. Además se logra el objetivo que es la proporcionalidad entre los bienes nacionales y los importados que tienen la connotación de excluidos únicamente"; que "se determina con fundamento en la normatividad del GATT II 2. (a) y la jurisprudencia, que se puede cobrar IVA sobre un producto importado, así dicho producto esté exento de IVA, lo que significa un impuesto diferente a un producto similar, si el monto del impuesto refleja únicamente el IVA pagado por los productos utilizados como materia prima".

Finalmente alega que "existe una confusión por parte de la Secretaría de la Comunidad Andina cuando trata de demostrar que el Impuesto al Valor Agregado IVA y el denominado IVA implícito son dos tributos diferentes", pues "salta a la vista que la Secretaría mezcla dos elementos del tributo completamente diferentes, ya que habla de base gravable y para definirla usa la metodología, de manera por cierto inapropiada, de cálculo de la tarifa. Es de aclarar que la base gravable del IVA es una sola y está definida en las normas contenidas en el Estatuto Tributario, de tal manera que para los bienes

de carácter nacional, según el artículo 447, es el "valor total de la operación" y en el caso de los bienes de carácter importados (sic), según el artículo 459, 'será la misma que se tiene en cuenta para liquidar los derechos de Aduana. adicionados con este gravamen'. A su vez la base para liquidar los derechos de aduana es el valor de la mercancía. De esta forma, la base para liquidar el denominado IVA implícito es la misma del Impuesto al Valor Agregado por cuanto es el mismo tributo y no se debe determinar de manera diferente"; y que es evidente la confusión de la Secretaría General al hablar de las tarifas que posee el Impuesto al valor agregado. En primer lugar, para 1999 la tarifa general del IVA no fue del 1% como lo sostiene, sino que fue del 15% y luego del 16% tal como lo señala el Estatuto Tributario. Así mismo, la llamada tarifa general del IVA implícito no es del 16%, es más, no existe una 'tarifa general del IVA implícito', la ley señala que existe 'una tarifa equivalente a la tarifa general del impuesto sobre las ventas promedio implícita en el costo de producción de bienes de la misma clase de producción nacional'. Esto significa que el legislador definió cual es la tarifa que equilibra la situación entre el producto nacional y el bien importado".

Consta agregado al escrito de conclusiones de la parte demandada (folios 424 a 434), un anexo contentivo de "la presentación de los aspectos económicos, y el impacto de la misma naturaleza que produciría la derogatoria de la medida en la producción nacional".

6. CONSIDERANDO.

6.1. Competencia:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento.

Y como quiera que se han observado rigurosamente las formalidades inherentes a la referida acción, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado, procede a dictar la sentencia, previo el siguiente análisis:



- 6.2. Análisis de los hechos, las pretensiones, las excepciones y las pruebas:
- 6.2.1. Etapa prejudicial. La actuación cumplida ante la Secretaría General. Determinación de la conducta constitutiva del supuesto incumplimiento imputable al País Miembro demandado. Nota de Observaciones y emisión del dictamen motivado:

Las normas del Tratado de Creación del Tribunal que rigen la acción de incumplimiento, exigen, de manera inexcusable, a los interesados en incoar una demanda de tal naturaleza que adelanten ante la Secretaría General una actuación previa que en lo esencial se concreta en:

- a) Que el mencionado Organo Comunitario dirija al País Miembro imputado del incumplimiento una nota de observaciones en la que
 le exprese las razones o motivos que hacen
 presumir que una conducta suya no se aviene con las obligaciones que le impone el
 ordenamiento jurídico andino y, en consecuencia, le solicite rendir las explicaciones
 pertinentes;
- b) Que una vez recibidas las explicaciones o vencido el término señalado para rendirlas, se emita un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento en la materia referida. Este dictamen, cualquiera que sea su contenido respecto del estado de cumplimiento de la obligación presuntamente desacatada, es el presupuesto procesal indispensable para que la propia Secretaría General, otro u otros Países Miembros, o un particular habilitado, puedan acudir al Tribunal y dar inicio, mediante la demanda, a un proceso judicial de incumplimiento.

Desde el punto de vista normativo, entonces, basta para que se pueda incoar la acción de incumplimiento, que el demandante demuestre previamente, bien que se emitió el dictamen (copia del cual, por cierto, según disposición estatutaria, debe acompañarse a la demanda, sea él de incumplimiento o de cumplimiento) o bien que el dictamen no fue emitido por la Secretaría General dentro del término establecido. En todo caso, el dictamen debe estar precedido de la nota de observaciones.

En adición a lo anterior, y en virtud de elaboración jurisprudencial realizada por el Tribunal, se ha dicho que entre la nota de observaciones, el dictamen y la demanda debe existir congruencia, ello para significar que las conductas que se constituyen en motivo del incumplimiento acusado deben ser las mismas en los tres momentos antes referidos, de modo tal que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción o de omisión a que se hizo mención en el dictamen y en la nota de observaciones.

Con vista en lo anterior el Tribunal pasa a analizar si en el presente caso se cumplió o no por parte de la Secretaría General con las aludidas exigencias de orden legal y de tipo jurisprudencial. Y a tal efecto observa que las exigencias legales, previstas en los artículos 23, 24, 25 y 26 del Tratado de Creación del Tribunal. en el sentido de que la demanda en acción de incumplimiento esté precedida de una actuación prejudicial surtida ante aquélla, que deberá comprender la remisión de una nota de observaciones (salvo en el caso de incumplimiento flagrante al que se refiere el Artículo 26) al País Miembro acusado de la conducta supuestamente incumplidora y de un pronunciamiento acerca del estado de cumplimiento de las obligaciones en cuestión, bajo la forma de un dictamen motivado, han sido satisfechas cabalmente, toda vez que en el expediente, aportadas junto con el libelo demandatorio, obran los documentos que así lo comprueban.

Ahora bien, en cuanto al requisito jurisprudencialmente establecido, de la congruencia, también se cumple en el presente caso, en la medida en que como se observa en los documentos contentivos de la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda, la conducta constitutiva del pretendido incumplimiento es siempre la misma: la consistente en "aplicar el impuesto al valor agregado —IVA-implícito a las importaciones de origen subregional".

6.2.2. Incidencia del fallo proferido en el proceso 79-AN-2000 en esta sentencia:

Como se dejó narrado en los antecedentes, el proceso que da origen a esta sentencia fue suspendido en espera de que el Tribunal emitiera su fallo en la acción de nulidad estableci-



da por la Republica de Colombia en contra de la Resolución No 311 de la Secretaría General, acto por medio del cual, el referido órgano comunitario calificó como gravamen, en ejercicio de las facultades legales previstas en los artículos 72 y siguientes del Acuerdo de Cartagena, la conducta unilateral del gobierno colombiano conducente a la exigencia del llamado IVA implícito a las importaciones. Tal suspensión se decretó por la evidente incidencia que el fallo sobre la legalidad de la mencionada Resolución tendría en la definición de la acción de incumplimiento promovida contra Colombia, al punto de que si el pronunciamiento del Tribunal hubiere sido anulatorio, la demanda de incumplimiento carecería de objeto y de causa. en la medida en que la calificación de gravamen que se hizo constar en dicho instrumento jurídico y que es la base material para la acción de incumplimiento habría quedado insubsistente

Empero, como no se decretó la demandada nulidad sino que, por el contrario, el Tribunal en la sentencia que puso fin al proceso 79-AN-2000, respaldó la legalidad de la actuación de la Secretaría General en la expedición de la Resolución al "declarar sin lugar la demanda de nulidad incoada por la República de Colombia contra la Resolución Nº 311 de 3 de noviembre de 1999, confirmada por la Resolución Nº 362 del 23 de febrero del 2000, proferidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina", el cuestionamiento sobre la legalidad de ese acto, realizado por la parte demandada en este proceso carece de razón de ser en virtud del efecto de cosa juzgada que es inherente a las sentencias en firme pronunciadas por el Tribunal.

Por lo demás, basta con transcribir ahora los argumentos que esbozó el Tribunal para fundamentar su fallo en la acción de nulidad interpuesta contra la mencionada Resolución 311, para desestimar los que ahora se esgrimen como defensa ante la acción de incumplimiento y que descansan sobre una presunta ilegalidad del referido acto jurídico de la Secretaría General:

"Con relación a las impugnaciones hechas por la República de Colombia, en apoyo de la acción de nulidad incoada, observa el Tribunal, que la Resolución 311, emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 3 de noviembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial Nº 503 de 5 de los mismos mes y año, ha sido expedida con sujeción a los procedimientos y actos administrativos establecidos por la Decisión 425 de la Comisión

"En efecto, dicha Resolución se encuentra emitida por escrito, contiene la fórmula especialmente establecida para el propósito, determina las disposiciones que le sirven de fundamento, los argumentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, los elementos constitutivos de la parte considerativa y, desde luego, incluye la correspondiente resolución, la fecha de su expedición y la firma del Director General que interviene en representación del Secretario General de la Comunidad.

"Consecuentemente, a juicio del Tribunal la Resolución 311 satisface a plenitud los requisitos de forma y de fondo exigidos por la normativa comunitaria.

"En lo atinente al error de derecho argumentado, el Organismo considera que el equívoco en principio ocurrido en la expedición de la Resolución 311, ha sido subsanado por la propia Secretaría General, al tramitar el recurso de reconsideración interpuesto por la República de Colombia y satisfecho por medio de la Resolución 362. en cuya parte considerativa se realiza la aclaración pertinente, en el sentido de expresar que, en lo fundamental, no se trataría en rigor de la substitución de un régimen de exención tributaria aplicable tanto a productos nacionales como importados, '.... si más exactamente de la simple aplicación de una tarifa o sobretasa a las importaciones -incluidas las de origen subregional- de bienes excluidos del IVA, cuyo monto es el resultado de estimar el valor del IVA cancelado por los productores locales en los insumos gravados sobre el precio total de los bienes ...'.

"Se aprecia, además, que la rectificación introducida de modo alguno ha afectado el sustento de las partes considerativa y resolutoria del Acto, pues la creación, vigencia y aplicación de un gravamen por parte de Colombia a importaciones originarias de la subregión quedó confirmada.



"Dentro de la misma fundamentación, en lo relativo esta vez al error de derecho que la Actora atribuve a la Secretaría General de la Comunidad Andina, al considerar que ésta lo configura en su Resolución 311, al haber desconocido como afirma ... "la normativa interna colombiana en materia impositiva ..." pues, "...efectúa una interpretación jurídica errónea, aplicando normas del Acuerdo de Cartagena que no vienen al caso ...", este Tribunal observa que el Organo Comunitario demandado, se ha limitado como le correspondía, a verificar la compatibilidad de las disposiciones contenidas por el Decreto 1344 de 1999, expedido por el Gobierno de Co-Iombia, como reglamentario del Estatuto Tributario de ese País, con las normas del ordenamiento jurídico andino aplicables al caso, de manera especial las establecidas en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena relativo al Programa de Liberación.

"No encuentra el Tribunal en la fundamentación realizada por la Actora en la línea de demostrar la existencia de error de derecho en la motivación y expedición de la Resolución 311, elementos acreditantes de interpretación eventualmente defectuosa llevada a cabo por la Secretaría General de la Comunidad Andina, órgano que a juicio del Tribunal, como ha sido ya dicho, ha procedido a investigar detenida y exhaustivamente la situación denunciada, para concluir al término de ese pormenorizado análisis y en aplicación llana de la normativa comunitaria, que la disposición interna en materia de IVA implícito, amparada en el Decreto colombiano 1344, constituye gravamen a los efectos del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena.

"En cuanto a la falsa motivación argumentada, el Tribunal aprecia que la Resolución 311 aborda en los diversos puntos de su parte considerativa, aspectos vinculados a la naturaleza del IVA implícito, a su incidencia respecto del Arancel Externo Común, por constituir, según sostiene, un gravamen a las importaciones de origen subregional, pues constituye un cobro adicional a la respectiva tarifa arancelaria, cubriendo, adicionalmente, los ámbitos relacionados con el principio de trato nacional y de soberanía tributaria, especificando las diferencias existentes entre las normas del ya referido artículo 72 y, del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, con fundamentos suficientemente desarrollados".1

Por lo anterior, considera el Tribunal que la presunción de legalidad que ampara los actos jurídicos de los Organos de la Comunidad no fue desvirtuada mediante la acción de nulidad y por el contrario, por razón de la sentencia, pasó de ser una mera presunción a convertirse en certeza de legalidad, tal como lo afirmara el Tribunal en la sentencia referida:

"Se observa, finalmente, que la Secretaría General ha actuado en el marco de las competencias que le asigna el Capítulo Segundo del Acuerdo de Cartagena y, en respeto de los procedimientos administrativos señalados por la Decisión 425 de la Comisión, todo lo cual le lleva al Tribunal a concluir, que los supuestos vicios aludidos por la República de Colombia no han podido ser demostrados en este proceso judicial, quedando a la vista del Organismo, contrariamente, que la Resolución 311 ha sido expedida en apego a la normativa comunitaria aplicable, no encontrándose la presencia de causal alguna que pueda constituir irregularidad, o infracción del ordenamiento jurídico andino, razón por la cual las pretensiones expuestas en ese sentido deben ser necesariamente desestimadas". 2

Para El Tribunal no son, entonces, de recibo los argumentos que en defensa de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario plantea la parte demandada respecto de la medida unilateralmente adoptada objeto del cuestionamiento.

Si se aplican a ella, como ya se hizo mediante sentencia judicial, las normas comunitarias pertinentes, de manera especial las de los artículos 72 y siguientes del Acuerdo de Cartagena, tanto en el procedimiento seguido para su adopción como en el llevado a cabo para su calificación como gravamen o en su contenido conceptual, se arriba a la conclusión de que, en efecto, se trata de un gravamen, impuesto

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 19-X-01, en la acción de nulidad interpuesta por la República de Colombia, en contra de la Resolución 311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial Nº 503, de 5-XI-99. Proceso No. 79-AN-2000. En G.O.A.C. Nº 730 de 16-XI-01.

² IBIDEM.



unilateralmente, calificado previamente por la Secretaría General como tal mediante Resolución declarada judicialmente exenta de vicios, y por ende, constitutivo de un incumplimiento objetivo que lesiona el ordenamiento comunitario.

Ahora bien, como en el acápite 4.2.1. de esta sentencia se analizó lo referente a la etapa previa a la presentación de la demanda en acción de incumplimiento y se concluyó que en ella no se incurrió por parte de la Secretaría General en omisiones o vicios que pudieran afectar la legalidad de este proceso, tampoco es dable por esta razón, ameritar los argumentos de la demandada tendientes a exonerarse de la responsabilidad que le incumbe como sujeto del ordenamiento comunitario.

6.2.3. Acerca del incumplimiento continuado. Sustitución de la conducta constitutiva del incumplimiento.

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

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

Ya tuvo oportunidad el Tribunal de pronunciarse sobre una situación análoga y por ello reiterará ahora lo que expresó sobre el particular en la sentencia que puso fin al proceso No. 7-AI-98:

"Observa El Tribunal que la conducta asumida por el gobierno ecuatoriano y calificada como de incumplimiento frente al Arancel Externo Común por la Secretaría General, ha ido evolucionando para presentar en las distintas fases características y modalidades diferentes pero que, en esencia, denotan una misma direccionalidad y finalidad conductual de modificar unilateralmente dicho instrumento de la integración andina. Agréguese a lo anterior la actividad cumplida por el referido País Miembro con posterioridad a la expedición del último Dictamen de incumplimiento, y que atrás se dejó reseñada, consistente en la expedición de dos decretos adicionales, en los cuales se modifica el nivel arancelario o se sustituven las razones de hecho v de derecho en que pretende justificarse tal modificación o, incluso, se cambia el título o la naturaleza de las reformas unilateralmente adoptadas.

"También ahora, en relación con los dictámenes de incumplimiento que aparecen "acumulados" en la demanda, El Tribunal considera procedente analizarlos, en la medida en que dichos dictámenes están referidos a una misma conducta que asume diferentes características y formas pero que, en definitiva, comporta una posición contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino en lo referente al Arancel Externo Común.

"No se trata, como pudiera pensarse (y parece sugerirlo la parte demandada), que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda, sino de un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado.

"De esta manera y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en el sentido de que la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o nó a lo previsto en el orden comunitario, no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado. Es más, pudiera eventualmente estarse frente a una situación en la que el país remiso pretendie-



ra hacer caso omiso de los mecanismos que el ordenamiento jurídico andino ha consagrado como funciones de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia destinados a preservar la intangibilidad de dicho ordenamiento.

"Estima El Tribunal que, en consecuencia, examinada en su conjunto la conducta en que se hace radicar el incumplimiento de la República del Ecuador con respecto a sus obligaciones frente al Arancel Externo Común, se advierte que ella se materializa en varios instrumentos que gradual y sucesivamente la han venido agravando, al hacer más extenso el volumen de posiciones arancelarias con tarifas señaladas unilateralmente en desconocimiento de las establecidas en el Arancel Común".3

6.2.4. Improcedencia de la solicitud de declaración de incumplimiento de la Resolución 387 de la Secretaría General, contentiva del dictamen motivado.

Nuevamente el Tribunal se ve en la necesidad de reiterar su criterio sobre la impropiedad en que incurre la Secretaría General cuando solicita como pretensión de su demanda que se declare el incumplimiento de la Resolución 387, en la que está contenido el dictamen motivado que sirve de fundamento a la misma. Con tal propósito recuerda que, al igual que sucede en el Derecho Comunitario que regula la Unión Europea, los dictámenes previos a la acción de incumplimiento no son vinculantes, esto es, no aparejan, en cuanto a su contenido material se refiere, la constitución de situaciones jurídicas definitivas ni en relación con el País Miembro respecto del cual se profieren, ni en relación con quien interpuso la queja del incumplimiento ante la Secretaría General, haya sido éste un País Miembro o un particular y, mucho menos, en relación con la decisión que haya de tomar el Organo Judicial Comunitario. Se trata de un requisito de procedibilidad de la acción, cuya presencia es absolutamente indispensable (salvo omisión en su pronunciamiento por la Secretaría General), para que pueda darse curso a la demanda correspondiente.

La Secretaría General cuando emite el dictamen a que se refieren los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal, sea para decir que un País Miembro está incumpliendo determinadas obligaciones o para opinar que su conducta se ajusta a las previsiones del Ordenamiento Comunitario Andino, no está condenando ni está absolviendo al País Miembro referido, tan sólo está expresando su opinión, su concepto, acerca de la situación referida. No implica por tanto, la expedición del dictamen, una manifestación de voluntad del Organo Comunitario por medio de la cual se crea, se modifica o se extingue una situación jurídica particular y concreta del País Miembro llamado a rendir explicaciones.

El dictamen, insiste el Tribunal, ni constituye ni declara, con la autoridad del juez, el incumplimiento; tampoco representa una exoneración de quien es acusado del mismo, cuando se pronuncia en el sentido de opinar que la conducta atribuida al País Miembro objeto de la queja está acorde con la normativa comunitaria.

Mucho menos constituye la etapa de emisión del dictamen un juicio de primera instancia que dependiendo de las circunstancias, deba ser revisado en segunda instancia por el Tribunal. El dictamen no puede asimilarse jamás a un fallo de instancia y sería necio y sin sentido atribuirle los efectos propios de una sentencia o tan siguiera, los de un acto jurídico expedido para crear, modificar o extinguir un derecho particular o concreto. El dictamen, se repite, es tan sólo una opinión calificada sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones de un País Miembro, emitida en desarrollo de las previsiones consagradas en el Tratado de Creación del Tribunal como un presupuesto procesal de la Acción de Incumplimiento.

En tal virtud, independientemente de la forma que se haya utilizado para expedirlo, el dictamen no puede generarle al País Miembro, respecto del cual se pronuncia, nuevas ni consecuenciales obligaciones (incumplimiento de la Resolución que contiene el dictamen, por ejemplo), ni tampoco absolverlo de la responsabilidad por la conducta asumida que haga imposible la vía judicial por razón de haberse logrado al amparo de unos hipotéticos derechos adquiridos. Tanto es claro lo uno como lo otro, que el propio Tratado Constitutivo del Tribunal deja

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 21-VII-99. Proceso No. 7-Al-98. En G.O.A.C. Nº 490 de 4-X-99.



ver en relación con lo primero que la única consecuencia para el País Miembro derivada del dictamen, cuando es de incumplimiento, es la de que si éste "persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal"; y respecto de lo segundo, o sea, cuando el dictamen no fuere de incumplimiento, que "el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal."4

Por lo expuesto el Tribunal no ameritará la solicitud de la demandante en el sentido de que la declaración de incumplimiento que habrá de pronunciarse abarque la Resolución contentiva del dictamen motivado anteriormente referida.

6.3. CONDENA EN COSTAS.

Toda vez que las consideraciones antes expuestas conducen a la determinación que se plasmará en la parte decisoria de que el País Miembro demandado, en efecto ha incurrido en el incumplimiento del que se le acusa, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto y con los artículos 81 y 82 del Reglamento Interno del Tribunal, la sentencia condenará a la demandada al pago de las costas del proceso, oportunamente solicitadas por la demandante.

Por todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

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

DECIDE:

PRIMERO: Declarar que la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento de los artículos 4º del Tratado de Creación del Tribunal y 72 del Acuerdo de Cartagena, al aplicar el impuesto al valor agregado implícito (IVA implícito) a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999, subrogado por los Decretos 2085 de 25 de octubre de 2000 y 2263 de octubre 30 de 2001.

SEGUNDO: Exhortar a la República de Colombia a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto la aplicación del impuesto a que se refiere el numeral PRIMERO, en lo atinente a las importaciones subregionales y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino.

TERCERO: Condenar a la República de Colombia al pago de las costas causadas.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

> Ricardo Vigil Toledo PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano **MAGISTRADO**

Rubén Herdoíza Mera **MAGISTRADO**

Gualberto Dávalos García **MAGISTRADO**

Moisés Troconis Villarreal **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.-

> Eduardo Almeida Jaramillo *SECRETARIO*

Para una exposición más detallada sobre este particular pueden consultarse, entre varias, las sentencias del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA del 2-II-2000, Proceso 24-AN-99. En G.O.A.C. $N^{\rm o}$ 542 de 8-III-2000 y del 28-IX-2001, Proceso $N^{\rm o}$ 89-Al-2000. En G.O.A.C. Nº 714 de 12-X-2001.