



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 01-AN-2022	Acción de nulidad planteada por Zinc Industrias Nacionales S.A. e Industrias Electro Químicas S.A. contra las Resoluciones 2272 del 20 de junio de 2022 y 2292 del 15 de septiembre de 2022 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.....	2
--------------------	--	---



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 01-AN-2022

Acción de nulidad planteada por Zinc Industrias Nacionales S.A. e Industrias Electro Químicas S.A. contra las Resoluciones 2272 del 20 de junio de 2022 y 2292 del 15 de septiembre de 2022 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Magistrado sustanciador: Hugo R. Gómez Apac

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en San Francisco de Quito, reunido en sesión judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 28 de junio de 2023, adopta por unanimidad el presente auto en la acción de nulidad planteada por Zinc Industrias Nacionales S.A. e Industrias Electro Químicas S.A. (en adelante, las **empresas demandantes**) contra las Resoluciones 2272 del 20 de junio de 2022 y 2292 (parcial) del 15 de septiembre de 2022 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **SGCA**), por la supuesta violación de la sexta regla general para la interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común – NANDINA que forma parte de la Decisión 885 – «Aprobación de la Nomenclatura Común – NANDINA» de la Comisión de la Comunidad Andina; los artículos 2, 5, 19 y 20 de la Decisión 425 – «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina» del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina; y el artículo 17 de la Resolución 2183 – «Modificatoria de la Resolución N° 1243 – Reglamento de Procedimientos de Gestión de la NANDINA» de la SGCA.

VISTO:

Los escritos del 30 de septiembre de 2022 y 22 de mayo de 2023 presentados por las empresas demandantes; los escritos del 10 de febrero y 22 de mayo de 2023 presentados por la República del Perú (en adelante, **Perú**); el escrito del 13 de febrero de 2023 presentado por la SGCA; y, la audiencia informativa celebrada

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



Sch

el 16 de mayo de 2023 con la participación de todas las partes procesales.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Por Resolución 2272, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4491 del 20 de junio de 2022, la SGCA emitió Criterio Vinculante de Clasificación de Mercancías en la NANDINA, en el sentido de clasificar la mercancía denominada comercialmente como «BOLAS DE CINCO DE 50 mm» en la subpartida 7901.11.00 (cinc en bruto).
- 1.2. El 3 de agosto de 2022, las empresas demandantes presentaron recurso de reconsideración contra la Resolución 2272, alegando, entre otros extremos, que los ánodos de zinc en forma de bolas, medias bolas y domes de zinc deberían estar clasificados en la partida 7907.00.90 (las demás manufacturas de cinc).
- 1.3. Por Resolución 2292 del 15 de septiembre de 2022, la SGCA declaró infundado el recurso de reconsideración de las empresas demandantes (artículo 1), así como que la Resolución 2272 no tiene carácter retroactivo, de modo que sus efectos se producen desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (artículo 2).
- 1.4. Mediante escrito de demanda del 30 de septiembre de 2022, las empresas demandantes solicitaron al TJCA declarar la nulidad de la Resolución 2272 y del artículo 1 de la Resolución 2292.

En su escrito de demanda, las mencionadas empresas solicitaron la suspensión de los actos comunitarios impugnados, alegando la verosimilitud de la nulidad alegada y el riesgo de un perjuicio irreparable a sus derechos de no suspenderse los efectos de la Resolución 2272, confirmada en parte por la Resolución 2292. Esta posición fue reforzada por varios alcances posteriores relacionados con la supuesta urgencia de la medida y su justificación.

- 1.5. Por escrito del 10 de febrero de 2022, Perú presentó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**), entre otros, su oposición a la suspensión provisional de la Resolución 2272, alegando que no existe verosimilitud de la nulidad alegada por las empresas demandantes y que estas no habían acreditado debidamente





el peligro en la demora.

- 1.6. Mediante escrito del 13 de febrero de 2023, la SGCA contestó la demanda respaldando la validez de los actos impugnados y deduciendo sus excepciones de fondo a los argumentos esgrimidos por las empresas demandantes. El escrito no aludió expresamente a la solicitud de suspensión provisional.
- 1.7. Durante la audiencia informativa del 16 de mayo de 2023, las partes procesales expusieron sus posiciones sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos impugnados. En síntesis, los argumentos presentados fueron los siguientes:
 - a) Las **empresas demandantes** sostienen que la SGCA se equivocó al clasificar el producto «BOLAS DE CINCO DE 50 mm» en la subpartida NANDINA 7901.11.00 (cinc en bruto con un contenido de zinc superior o igual a 99,99% en peso) en lugar de en la subpartida NANDINA 7907.00.90. (las demás manufacturas de zinc). Además, alegan que la adopción de la Resolución 2272 no contó con la participación de todas las partes involucradas, incluyendo a las empresas demandantes, en contravención de la Decisión 425² (Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA), y careció de motivación. Por otro lado, señalaron que había manifiesto peligro en la demora pues en Perú existen multas acumuladas contra las empresas demandantes por más de un millón de dólares fundamentadas en la aplicación retroactiva de la Resolución 2272.³
 - b) La **SGCA** sostuvo que las Resoluciones 2272 y 2292 son coherentes y consistentes con la normativa comunitaria andina. Además, señaló que no se negó el derecho a la defensa y al debido proceso de las empresas demandantes porque su participación en la adopción de la Resolución 2272 no era obligatoria, pero que pudieron participar en el trámite del recurso de reconsideración que dio origen a la Resolución 2292.⁴
 - c) **Perú** sostuvo que no se cumple el requisito de verosimilitud del derecho ya que, por un lado, las Resoluciones 2272 y 2292 fueron

² Del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina.

³ Ver minuto 20:00 de la grabación de la audiencia informativa.

⁴ Ver minuto 42:20 de la grabación de la audiencia informativa.





adoptadas legalmente; y, por el otro, las multas impuestas a las empresas demandantes en Perú no están realmente fundamentadas en la aplicación retroactiva de la Resolución 2272, sino que su mención es meramente complementaria. En cualquier caso, estos cobros están suspendidos por medidas cautelares establecidas por la jurisdicción nacional. Por otro lado, no correspondía aplicar la Decisión 425 al adoptar la Resolución 2272, sino la Resolución 2183, por ser esta última norma especial para la aprobación de criterios vinculantes en la clasificación de mercancías; con lo cual, no era necesaria la participación de las empresas para emitir válidamente la Resolución 2272.⁵

1.8. Por escrito del 22 de mayo de 2023, las empresas demandantes presentaron sus conclusiones a la audiencia informativa sobre la solicitud provisional de los actos impugnados. Sus fundamentos se resumen en los siguientes puntos:

- a) La SGCA impidió ilegalmente la participación de las empresas demandantes en el proceso de adopción de la Resolución 2272.⁶
- b) Lo decidido en la Resolución 2272 es contrario al principio de progresividad en materia arancelaria, por cuanto es errado atribuirle la condición de cinc en bruto al producto «BOLAS DE CINC DE 50 mm».⁷
- c) La aplicación retroactiva de la Resolución 2272 por parte del Tribunal Fiscal y el Poder Judicial de Perú ocasiona un grave

⁵ Ver minuto 48:00 de la grabación de la audiencia informativa.

⁶ Las empresas demandantes desglosan este argumento en cuatro consideraciones:

- (i) Supuesta vulneración al principio de legalidad al haber aplicado preferentemente la Resolución 2183 sobre la Decisión 425 cuando se marginó a las empresas demandantes del proceso de adopción de la Resolución 2272. (Ver foja 2972 del expediente)
- (ii) Supuesta infracción al artículo 1 de la Decisión 425, que obliga a la vincular a las partes interesadas en la adopción de una Resolución de la SGCA, cuando no se vinculó a las empresas demandantes en la adopción de la Resolución 2272. (Ver foja 2273 del expediente)
- (iii) Supuesta infracción al artículo 2 de la Decisión 425, que permite vincular a las partes interesadas en la adopción de una Resolución de la SGCA, cuando no se permitió vincular a las empresas demandantes en la adopción de la Resolución 2272. (Ver foja 2274 del expediente)
- (iv) Supuesta infracción al artículo 5 de la Decisión 425, al haber violado presuntamente el principio de legalidad, igualdad de trato, y uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de la norma. (Ver foja 2275 del expediente)

⁷ Ver fojas 2978 y 2979 del expediente.



Sch
4



perjuicio irreparable o de difícil reparación a las empresas demandantes.⁸

1.9. Mediante escrito del 22 de mayo de 2023, Perú presentó también sus conclusiones a la audiencia informativa sobre la solicitud provisional de los actos impugnados. Sus fundamentos se sintetizan en los siguientes argumentos:

- a) Las alegaciones de las empresas demandantes no están dirigidas a demostrar cómo los actos impugnados habrían infringido manifiestamente el ordenamiento jurídico comunitario andino.⁹
- b) No se aprecia a “golpe de ojo” la supuesta violación manifiesta del ordenamiento comunitario andino por medio de los actos impugnados.¹⁰
- c) La Resolución 2183, empleada en la adopción de la Resolución 2272 como norma especial, tuvo como fuente la Decisión 812, hoy reemplazada por la Decisión 885, las cuales son de igual jerarquía que la Decisión 425.¹¹
- d) Las empresas demandantes no acreditaron peligro en la demora y perjuicio irreparable pues siguen vigentes en sede nacional medidas cautelares que suspendieron la ejecutoriedad de los actos administrativos que supuestamente generan el perjuicio contra las empresas demandantes.¹²

2. CUESTIONES EN DEBATE

En atención a lo señalado, en el presente auto se analizarán las siguientes cuestiones:

- (i) Sobre los requisitos generales para solicitar una medida cautelar.
- (ii) Sobre la naturaleza de la Resolución 2272 de la SGCA.
- (iii) Sobre la verosimilitud del derecho en la solicitud de suspensión de los actos impugnados en el caso concreto.

⁸ Ver fojas 2979 (reverso) a 2987 del expediente.

⁹ Ver foja 2991 (reverso) del expediente.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Ver foja 2992 del expediente.

¹² Ver foja 2993 del expediente.



sdw
5



- (iv) De la publicación del presente auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. Sobre los requisitos generales para solicitar una medida cautelar

3.1.1 El artículo 21 del Tratado de Creación del TJCA dispone lo siguiente:

«**Artículo 21.-** La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.»

Por su parte, el artículo 105 del Estatuto del Tribunal establece lo siguiente:

«**Artículo 105.- Suspensión provisional y medidas cautelares**

La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;
2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.



Schulz

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.»

- 3.1.2 Si el acto impugnado es una disposición comunitaria de contenido o efecto general, como es el caso de una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, el **CAMRE**), una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **Comisión**) o un reglamento aprobado por Resolución de la SGCA, se debe cumplir el requisito previsto en el numeral 1 del artículo 105 del Estatuto del TJCA, en el sentido de que debe apreciarse una **manifiesta violación de una norma de superior jerarquía a la del acto impugnado**.¹³

¹³ Mediante Auto de fecha 31 de julio de 2020 recaído en el Proceso 02-AN-2019, el TJCA ha precisado, con relación al requisito previsto en el numeral 3 del artículo 105 de su Estatuto, lo siguiente:

«3.1.15. Sobre el particular, los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material, que son aplicables naturalmente en las acciones de nulidad, apuntan no solo a privilegiar la verdad y la justicia como elementos axiológicos que irradian a todo proceso judicial, sino que, al mismo tiempo, coadyuvan con el fortalecimiento del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

3.1.16. En ese marco, es de fundamental importancia realizar una interpretación sistemática de las normas procesales andinas, sobre la base de las disposiciones del Artículo 35 del Estatuto del TJCA que establece que el objeto de los procedimientos que tramita este Tribunal es asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso. En ese sentido, cabe recordar aquí que este Tribunal ya ha señalado que:

“Es evidente que el artículo 35 del Estatuto constituye la base normativa esencial de los procesos que tramita el Tribunal y, del mismo modo, es el parámetro de interpretación de todas las disposiciones procesales, puesto que determina claramente el carácter instrumental de los procedimientos previstos en esta norma comunitaria, los cuales tienen por objeto, entre otros, asegurar la efectividad de derechos sustantivos, el respeto de la igualdad jurídica de las partes y la garantía del debido proceso.” (...)

(Énfasis agregado)



- 3.1.3 Si el acto impugnado es una norma de contenido particular, como es el caso de un acto administrativo emitido por la SGCA, se deben cumplir los requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del mencionado artículo 105¹⁴. El término «además» consignado en el numeral 2 implica que, si el acto comunitario impugnado es de efectos particulares, no solo debe existir una manifiesta violación de una norma andina de superior jerarquía, sino también deben aparecer comprobados los perjuicios irreparables o de difícil reparación, que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución del acto impugnado vía acción de nulidad.
- 3.1.4 A efectos de analizar si una solicitud de suspensión provisional, dirigida contra una disposición comunitaria de contenido o efecto general, demuestra la verosimilitud del derecho invocado, resultan aplicables las reglas específicas 1 y 3 previstas en el artículo 105 del Estatuto del TJCA. En consecuencia, el TJCA debe advertir: i) la manifiesta violación al principio de jerarquía normativa; y ii) si la medida cautelar fue solicitada y se sustenta de modo expreso. *Contrario sensu*, si no se evidencia una manifiesta violación de otra norma de superior jerarquía, o si la medida no se sustentó expresamente, este Tribunal no podría ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la norma impugnada.
- 3.1.5 En efecto, uno de los requisitos para que el Tribunal ordene una medida cautelar es que se acredite una manifiesta violación de una norma andina de superior jerarquía a la del acto impugnado. De modo que, si este es un acto normativo de efectos generales, la violación del ordenamiento andino (el Acuerdo de Cartagena, las Decisiones del CAMRE o la Comisión, otros reglamentos aprobados por Resolución de la SGCA,

3.1.17. De esta manera, una interpretación sistemática del Artículo 21 del Tratado de Creación del TJCA, conjuntamente con los Artículos 35 y 105 de su Estatuto, que considere para el efecto el elemento teleológico (la finalidad de la norma) y el de la *ratio legis* (la razón de ser de la norma), nos lleva a concluir que la regla específica contenida en el numeral 3 del Artículo 105 del Estatuto del TJCA no establece una limitación temporal en relación con:

- El ejercicio del derecho que tiene el demandante de solicitar la suspensión provisional de la ejecución de una norma o acto impugnado en una Acción de Nulidad, o de requerir la aplicación de otra medida cautelar; y,
- El ejercicio de la potestad del TJCA de ordenar la aplicación de una medida cautelar durante la tramitación de una Acción de Nulidad y antes de dictar la correspondiente sentencia de mérito.»

Sobre el requisito previsto en el numeral 3, ver nota a pie de página anterior.



entre otras normas de alcance general) debe ser manifiesta, debe ser evidente, debe ser apreciada “a golpe de ojo”. Verosimilitud, en este sentido, significa que existe una probabilidad alta de que el acto comunitario impugnado sea nulo.

- 3.1.6 Por tanto, en una acción de nulidad, la parte actora debe demostrar una manifiesta ilegalidad que se perciba de un “golpe de ojo” o de un análisis a doble columna.¹⁵ El análisis referido se realiza mediante una comparación directa y en paralelo entre el acto impugnado y la norma presuntamente infringida. Puesto que en este momento procesal se realiza únicamente una evaluación *prima facie* de la verosimilitud de los argumentos invocados por la parte que solicita la suspensión provisional, no es necesario realizar un examen profundo de la coherencia del acto impugnado y la norma infringida o los efectos del acto infringido que pueden indirectamente contravenir la norma comunitaria.
- 3.1.7 A continuación, se proponen algunos ejemplos hipotéticos de disposiciones comunitarias de contenido o efecto general que, a “golpe de ojo” o bajo análisis a doble columna, cumplirían con el requisito de verosimilitud del derecho en caso de que se solicite su suspensión provisional:

Cuadro 1

Norma supuestamente infringida	Disposición supuestamente infractora
<p><i>Decisión 486 – «Régimen común sobre propiedad industrial»</i></p> <p>«Artículo 148.- Si se hubiere presentado oposición, la oficina nacional competente notificará al solicitante para que <u>dentro de los treinta días siguientes</u> haga valer sus argumentaciones y presente pruebas, si lo estima conveniente. (...)»</p> <p>(Énfasis agregado)</p>	<p><i>Resolución X de la SGCA – «Reglamento hipotético a la Decisión 486»</i></p> <p>«Artículo A.- Cuando se presente oposición a un registro de marca, la oficina nacional competente notificará al solicitante para que haga valer sus argumentaciones y presente pruebas <u>dentro de los tres días siguientes</u>. (...)»</p> <p>(Énfasis agregado)</p>

15

Ver Auto del 8 de febrero de 2022, en el marco del proceso 01-AN-2021, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4416 del 8 de febrero de 2022.



Sch
9



<p><i>Decisión 578 – «Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal»</i></p> <p>«Artículo 4.- Rentas provenientes de bienes inmuebles Las rentas de cualquier naturaleza provenientes de bienes inmuebles sólo serán gravables por el País Miembro en el cual estén situados dichos bienes.»</p> <p>(Énfasis agregado)</p>	<p><i>Resolución Y de la SGCA – «Reglamento hipotético a la Decisión 578»</i></p> <p>«Artículo B.- Rentas provenientes de bienes inmuebles Las rentas de cualquier naturaleza provenientes de bienes inmuebles podrán ser gravadas por el País Miembro en el lugar del domicilio del propietario.»</p> <p>(Énfasis agregado)</p>
<p><i>Decisión 571 – «Valor en aduana de las mercancías importadas»</i></p> <p>«Artículo 4.- Orden de aplicación de los métodos. Según lo dispuesto en la Nota General del Anexo I del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos señalados en el artículo anterior deben aplicarse en el orden allí indicado.</p> <p>El valor de transacción de las mercancías importadas es la primera base para la determinación del valor en aduana y su aplicación debe privilegiarse siempre que se cumplan los requisitos para ello.</p> <p><u>El orden de aplicación de los métodos señalados en los numerales 4 y 5 del artículo anterior puede ser invertido, si lo solicita el importador y así lo acepta la Administración Aduanera.»</u></p> <p>(Énfasis agregado)</p>	<p><i>Resolución Z de la SGCA – «Reglamento hipotético a la Decisión 571»</i></p> <p>«Artículo C.- Orden de aplicación de los métodos El orden en el que serán aplicados los métodos para determinar el valor en aduana contenidos en el artículo 3 de la Decisión 571 será el siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Primer Método: Valor de Transacción de las mercancías importadas 2. Segundo Método: Valor de Transacción de mercancías idénticas 3. Tercer Método: Valor de Transacción de mercancías similares 4. Cuarto Método: Método del Valor Deductivo 5. Quinto Método: Método del Valor Reconstruido 6. Sexto Método: Método del “Último Recurso” <p><u>En ninguna circunstancia podrá invertirse el orden de aplicación de los métodos enumerados.»</u></p> <p>(Énfasis agregado)</p>

Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, en los tres ejemplos hipotéticos anteriores, la





disposición supuestamente infractora contraviene a simple vista una norma comunitaria expresa de mayor jerarquía. No es necesario análisis ulterior alguno porque la infracción es evidente. Solo en casos similares se cumplirá el requisito de verosimilitud del derecho y podrá ordenarse la suspensión provisional de la disposición supuestamente infractora.

3.1.8 Si en el análisis de una solicitud de suspensión provisional no pudiera verificarse el cumplimiento del requisito de verosimilitud del derecho, corresponde suspender el análisis en cuestión y rechazar la solicitud por infundada.

3.2. Sobre la naturaleza de la Resolución 2272 de la SGCA

3.2.1 En el presente caso, las empresas demandantes han solicitado la suspensión provisional de la Resolución 2272 de la SGCA, confirmada en parte por su Resolución 2292. En ese orden de ideas, para establecer el estándar adecuado para analizar la procedencia de tal solicitud, es necesario determinar, provisionalmente y como resultado de un examen preliminar susceptible de cambiar a lo largo del proceso, si la medida impugnada constituye una disposición comunitaria de contenido o efecto general, o una norma de contenido particular.

3.2.2 De la revisión preliminar y provisional de la Resolución 2272 de la SGCA, este Tribunal considera que constituye una disposición comunitaria de efectos generales, pues clasifica a la mercancía denominada comercialmente como «BOLAS DE CINCO DE 50 mm» en la subpartida NANDINA 7901.11.00, independientemente de los actores específicos que participan en su elaboración, comercialización y consumo. Dicho en otros términos, sus efectos recaen sobre una pluralidad indeterminada de personas, constituida por todos quienes actualmente o en el futuro busquen comerciar en cualquiera de los Países Miembros con la mercancía denominada «BOLAS DE CINCO DE 50 mm».

3.2.3 En ese sentido, es menester analizar la procedencia de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de esta Resolución bajo el estándar referido en el acápite anterior para disposiciones comunitarias de contenido o efecto general; esto es, verificar: i) si existe una manifiesta violación al principio de jerarquía normativa; y ii) si la medida cautelar fue solicitada y se sustenta de modo expreso. Huelga decir que tal determinación es meramente provisional y que la posición de este Tribunal sobre este asunto podrá verse modificada a lo largo del




11

proceso.

3.3. Sobre la verosimilitud del derecho en la solicitud de suspensión de los actos impugnados en el caso concreto

3.3.1 En el presente caso, las empresas demandantes fundamentan la verosimilitud del derecho en su solicitud de suspensión provisional, en esencia, sobre la base de dos argumentos:

- La Resolución 2272 habría sido adoptada en contravención de la regla general 6 para la interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común Andina contenida en la Decisión 885 y el numeral 5 del artículo 17 de la Resolución 2183, al atribuirle la condición de zinc en bruto a las «BOLAS DE CINCO DE 50 mm», vulnerando así el principio de progresividad en materia arancelaria.
- La Resolución 2272 habría sido adoptada por la SGCA en violación de los artículos 1, 2, 5 y 8 de la Decisión 425 porque no se admitió la participación de las empresas demandantes, en calidad de personas jurídicas interesadas, durante su elaboración.

3.3.2 Con relación al primer argumento, este Tribunal considera que la supuesta violación a la Decisión 885 y la Resolución 2183 radicaría en que la SGCA clasificó las «BOLAS DE CINCO DE 50 mm» en la subpartida NANDINA 7901.11.00 (zinc en bruto) en lugar de en la subpartida NANDINA 7907.00.90 (manufactura de cinc).

3.3.3 La sexta regla para la interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común – NANDINA señala lo siguiente:

«La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las Notas de subpartida así como, *mutatis mutandis*, por las Reglas anteriores, bien entendido que solo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efectos de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario».

Por su parte, el numeral 5 del artículo 17 de la Resolución 2183 dispone que las solicitudes de emisión de Criterios Vinculantes de Clasificación de Mercancías que formulen a la SGCA los Países Miembros a través de sus respectivos órganos de enlace, previo informe técnico de su Administración Aduanera, deberá contener, entre otros, la justificación



técnica y legal de la clasificación arancelaria.

3.3.4 Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, el TJCA considera, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que la decisión de la SGCA de clasificar la mercancía en una subpartida en lugar de otra no comporta un error manifiesto o una transgresión evidente de las normas comunitarias andinas antes citadas. En términos de verosimilitud, unas bolas compuestas por zinc al 99,995% de pureza dan la impresión — preliminar, por cierto— de ser materia prima (zinc en bruto), y no un producto manufacturado.

3.3.5 De modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, el Tribunal aprecia que la única diferencia sustancial entre las bolas de zinc y los lingotes de zinc (que las empresas demandantes aceptan que es zinc en bruto) es la forma. En la Resolución 2272 se aprecia que los expertos en NANDINA del Comité Andino de Asuntos Aduaneros y los cuatro gobiernos de los Países Miembros estuvieron de acuerdo en la clasificación arancelaria que cuestionan las empresas demandantes. En dicha resolución se dice lo siguiente:

«Bolas de cinc de 99,995% de pureza, obtenidas por fusión y colada de lingotes de cinc metálico y posterior proceso de tamboreo y prensado para corregir irregularidades formadas en la colada, **con lo cual se cambia únicamente la forma geométrica de lingote a esferas.**»

(Énfasis agregado)

3.3.6 A “golpe de ojo” no se aprecia que la Resolución 2272 viole de modo evidente o manifiesto la sexta regla para la interpretación de la NANDINA y el numeral 5 del artículo 17 de la Resolución 2183, máxime si tenemos presente que, en principio (análisis preliminar de verosimilitud), las Resoluciones 2271 y 2183 no son normas con jerarquía diferente.

3.3.7 Para poder determinar cuál es la subpartida correcta se requiere un análisis técnico más profundo; análisis que se deberá realizar más adelante en el proceso cuando se adopte la sentencia correspondiente. Por lo tanto, no se cumple en este punto con el requisito de verosimilitud del derecho y corresponde rechazar por infundada en este extremo la solicitud de suspensión provisional presentada por las empresas demandantes.



3.3.8 En relación con el segundo argumento, este Tribunal observa que la Resolución 2272 de la SGCA constituye un criterio vinculante de clasificación arancelaria, por lo que su emisión está regida por la Decisión 885, que en las disposiciones normativas 6 y 7 de su Anexo – «Nomenclatura común de designación y codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina» dispone lo siguiente:

«6.- El Comité Andino de Asuntos Aduaneros para la consideración de cuestiones relativas al monitoreo, seguimiento y actualización de la NANDINA, se integrará por los expertos en NANDINA de cada País Miembro, quien ajustará sus trabajos a lo señalado en la Resolución 2183 de la Secretaría General que aprueba el Reglamento de Procedimientos de Gestión de la Nomenclatura Común NANDINA, y sus normas sustitutorias, modificatorias y conexas.

7.- La Secretaría General de la Comunidad Andina, en ejercicio de sus funciones, aprobará mediante Resolución, previa opinión del Comité Andino de Asuntos Aduaneros, cualquiera de los siguientes textos auxiliares que faciliten la correcta interpretación y aplicación uniforme de la NANDINA:

(...)

b) Criterios vinculantes de clasificación de mercancías; y,
(...))»

(Énfasis agregado)

3.3.9 Como puede observarse, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, la norma que rige la aprobación de criterios vinculantes de clasificación arancelaria, la Decisión 885, remite directamente a la Resolución 2183 en lo concerniente a procedimientos de gestión de la Nomenclatura Común – NANDINA. En ese sentido, bajo el principio hermenéutico de especificidad (o especialidad), la Resolución 2183 prevalecería como norma especial, autorizada además por la Decisión 885, en lo relacionado con procedimientos de gestión de la Nomenclatura Común – NANDINA.

3.3.10 Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, luego de revisar preliminarmente la sección 3 de la Resolución 2183, sobre los criterios vinculantes de clasificación arancelaria, este Tribunal no observa que la participación de personas



jurídicas interesadas sea un requisito para la adopción de un instrumento legal (de efectos generales) como la Resolución 2272, como sostienen las empresas demandantes, más allá de que pudiera ser deseable, según los casos.

3.3.11 Ahora bien, ellas sostienen que la obligación de convocarlas en el proceso de adopción de la Resolución 2272 emanaba de la Decisión 425, que sí hace referencia a la participación de interesados, por ser la norma general aplicable a procedimientos administrativos de la SGCA.

3.3.12 El literal g) del artículo 1 de la Decisión 425 señala lo siguiente:

«**Artículo 1.-** El presente Reglamento regirá los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General. En consecuencia, se aplica a:
(...)

g) Los demás procedimientos que tengan como resultado la expedición de Resoluciones de la Secretaría General.»

Sin embargo, el tercer párrafo del mismo artículo dispone lo siguiente:

«Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en Decisiones sobre temas especiales, se aplicarán con preferencia a las contenidas en el presente Reglamento.»

3.3.13 Tomando en cuenta lo anterior, en este momento procesal en el que solo se analiza la verosimilitud del derecho invocado, sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, es discutible que la Decisión 425 sea aplicable a la adopción de la Resolución 2272, pues el procedimiento podría estar regido tanto por el literal g) como por el tercer párrafo de la norma citada. De momento, nada indica patentemente que una disposición prevalezca sobre la otra en este caso. En ese sentido, sería necesario un análisis más complejo para determinar si, en rigor, la Decisión 425 era aplicable o no en la emisión de la Resolución 2272. Sin embargo, este tipo de análisis no es pertinente en este momento procesal.

3.3.14 Así las cosas, no se aprecia “a golpe de ojo” que la Resolución 2272



viole de modo manifiesto o evidente los artículos 2, 5, 19 y 20 de la Decisión 425.

3.3.15 Como, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, no es evidente a “golpe de ojo” que la Decisión 425 sea aplicable a la adopción de la Resolución 2272, no se cumple el requisito de verosimilitud del derecho propio de esta etapa procesal. En consecuencia, corresponde rechazar por infundada también en este extremo la solicitud de suspensión provisional presentada por las empresas demandantes.

3.4. De la publicación del presente auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena

3.4.1 Teniendo en consideración que en el presente auto se desarrollan criterios jurídicos vinculados con los aspectos que deben tomarse en cuenta para ordenar la medida cautelar solicitada por una de las partes, corresponde que el presente auto sea publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁶.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

DECIDE:

PRIMERO: Rechazar por infundada la solicitud de suspensión provisional presentada por Zinc Industrias Nacionales S.A. e Industrias Electro Químicas S.A. contra la Resolución 2272 y el artículo 1 de la Resolución 2292 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por los motivos explicados en la parte considerativa del presente Auto.

SEGUNDO: Disponer la publicación del presente Auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

¹⁶ Aprobado mediante Acuerdo 01/2020, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4011 del 30 de junio de 2020.


16



De conformidad con lo establecido en el literal n) del artículo 7 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente el presente auto la magistrada presidenta y la secretaria general.


Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada presidenta


Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

La suscrita secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el literal c) del artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el literal e) del artículo segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que el presente auto ha sido aprobado por los magistrados Sandra Catalina Charris Rebellón, Gustavo García Brito, Hugo R. Gómez Apac e Íñigo Salvador Crespo en la sesión judicial de fecha 28 de junio de 2023, conforme consta en el Acta 24-J-TJCA-2023.


Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

