

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**El carácter definitivo de la transmisión de manifiesto de carga marítima
para la SUNAT como una restricción al comercio contraria al Acuerdo de
Cartagena**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico

AUTOR

Juan Carlos Andonaire Cáceda

ASESORA

Yovana Reyes Tagle

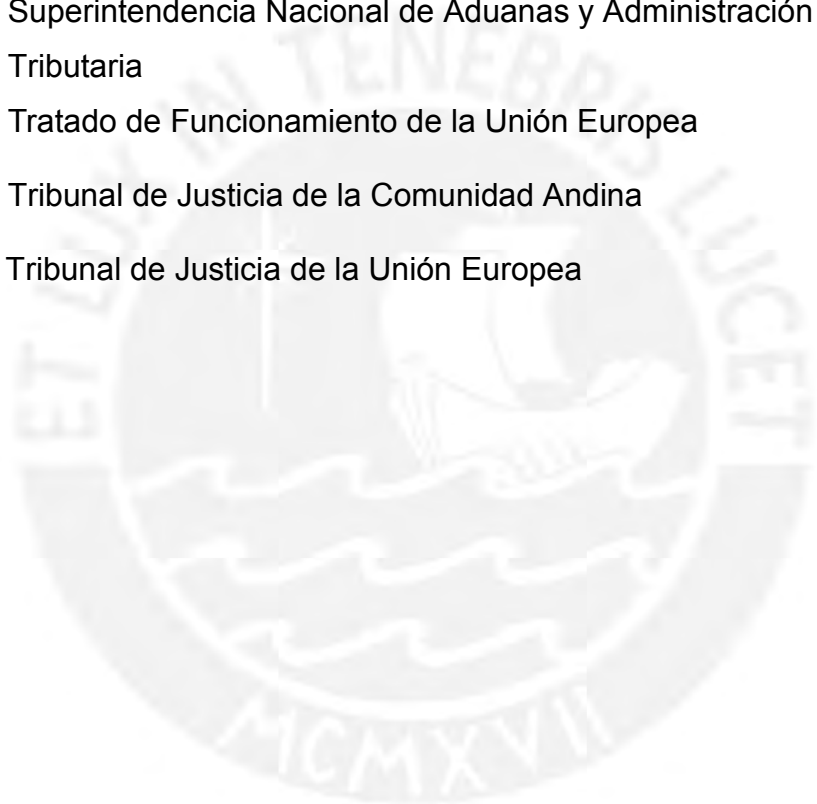
LIMA – PERÚ
2017

INDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo I.- El principio de libre circulación de mercancías en la normativa y jurisprudencia andina	12
1.1. <i>La obligación de eliminar las restricciones a las importaciones en la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos comerciales regionales</i>	12
1.2. <i>El concepto de restricción de todo orden en el Acuerdo de Cartagena</i> 16	
1.3. <i>Las excepciones al principio de la libre circulación de mercancías</i>	25
1.4.- <i>La etapa administrativa: el rol de la Secretaría General de la Comunidad Andina en la determinación de las restricciones al comercio</i> ...	29
1.5. <i>La fórmula Dassonville y su desarrollo en la jurisprudencia de la Comunidad Andina</i>	33
1.5.1. <i>La Secretaría General de la Comunidad Andina y la aplicación de la fórmula Dassonville del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	33
1.5.2. <i>El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el amplio alcance del concepto de restricciones al comercio</i>	46
Capítulo II.- Normativa nacional y Andina respecto a la obligación de la transmisión de manifiesto de carga marítima	51
2.1. <i>Normativa comunitaria andina con respecto a la obligación de la transmisión de manifiesto de carga marítima</i>	51
2.2. <i>La obligación de transmisión de manifiestos de carga Marítima conforme a la Ley General de Aduanas</i>	61
2.3. <i>El criterio de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) en relación con la obligación de transmisión de manifiesto de carga marítima</i>	69
Capítulo III.- Análisis de los criterios de la SUNAT en torno a la transmisión de manifiestos de carga marítima como restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena	76
3.1. <i>Objeto y efecto restrictivo de la medida adoptada por la SUNAT en torno a la transmisión de manifiestos de carga marítima contraria al Acuerdo de Cartagena</i>	76
3.2. <i>La necesidad de una reforma del criterio adoptado por la SUNAT con respecto a la transmisión incompleta de manifiestos de carga marítima</i>	86
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	92

ABREVIATURAS

AFC	Acuerdo sobre Facilitación del Comercio
CAN	Comunidad Andina
LGA	Ley General de Aduanas del Perú
SGCA	Secretaría General de la Comunidad Andina
SIGAD	Sistema Integrado de Gestión Aduanera
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea



RESUMEN

Esta tesis busca determinar si la consideración del manifiesto de carga como definitivo 48 horas antes del arribo de la nave a territorio peruano por parte de la SUNAT constituye una restricción al comercio dentro del alcance de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. La tesis analiza el objeto y efecto restrictivo al comercio de esta medida como resultado de la aplicación de las normas de aduanas por parte de la SUNAT.

De conformidad con lo dispuesto por el Informe Nro. 089-2011-SUNAT de la SUNAT y la nueva Ley General de Aduanas, la administración aduanera del Perú ha requerido que la transmisión electrónica del manifiesto de carga se realice hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la llegada de la nave, siempre y cuando provenga de un puerto lejano. Asimismo, una vez vencido este plazo, dicha transmisión adquiere el carácter de definitiva. Por consiguiente, cualquier información que se añada o cualquier rectificación que se realice de la información transmitida daban lugar a que se configure una infracción que resultaba ser sancionable con la imposición de una multa.

La presente tesis evalúa este criterio aplicado por la SUNAT. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado que esta medida constituye un incumplimiento objetivo de la Decisión 671 de la Comunidad Andina. Sin embargo, la tesis busca hacer una contribución y analiza otras vías legales que se pueden usar para cuestionar este tipo de medida restrictiva del comercio. Una de esas vías es la necesidad de respetar el principio de libre circulación de mercancías el cual se encuentra consagrado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

El alcance del principio de libre circulación de mercancías ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a lo largo de su jurisprudencia. A su vez, este tribunal ha seguido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, el célebre caso

Dassonville. En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha interpretado el concepto de “restricciones de todo orden” de manera amplia para incluir a cualquier medida que pueda tener el objeto o el efecto de restringir las importaciones al hacerlas más difíciles u onerosas en el comercio intrarregional. Esta tesis analiza esta jurisprudencia andina, y de manera ilustrativa, la jurisprudencia europea ha sido presentada.

La tesis concluye que la medida adoptada por SUNAT, puede potencialmente restringir las importaciones de mercancías al hacerlas más difíciles y onerosas. En tal sentido, esta medida se encuentra dentro del alcance de la doctrina Dassonville desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplicada por la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



ABSTRACT

This thesis seeks to determine whether considering the cargo manifest in a definite manner 48 hours prior to the arrival of the vessel to Peruvian territory by the SUNAT constitutes a restriction on trade within the scope of Articles 72 and 73 of the Cartagena Agreement. The thesis analyzes the trade restrictive object and effect of such a measure as a result of the application of the customs rules by the SUNAT.

According to the Report No. 089-2011-SUNAT of the SUNAT and the new General Customs Law, the Customs Administration of Peru required that the electronic transmission of cargo manifest be undertaken 48 hours prior to the arrival of the vessel, provided that it came from a distant port. Likewise, once the deadline expires, such a transmission is to be considered in a definite manner. Therefore, any information to be added or any rectification of the information that has been transmitted could give rise to an infringement that is punishable with a fine.

This thesis assesses this criterion applied by the SUNAT. The Andean Court of Justice has declared that this measure constituted an objective infringement of the Decision 671 of the Andean Community. However, the thesis seeks to make a contribution and analyzes other legal avenues that can be employed in order to question this type of trade restrictive measure. One of these avenues is the need to respect the principle of free movement of goods that has been provided for in Articles 72 and 73 of the Cartagena Agreement.

The Court of Justice of the Andean Community has developed the scope of the principle of free movement of goods in its case law. In addition, this tribunal has followed the case law of the Court of Justice of the European Union, in particular, the landmark *Dassonville* case. In this context, the Court of Justice of the Andean Community has widely interpreted the concept of

“restrictions of all kinds” in order to include any measure that has the object and effect of restricting imports by making them more difficult or costly in intra community trade. This thesis analyzes this Andean case law and, in an illustrative manner, the European case law has been taken into account and presented.

The thesis concludes that the measure adopted by the SUNAT can potentially restrict imports of goods by making them more difficult and costly. In this sense, this measure falls within the scope of the Dassonville doctrine that has been developed by the Court of Justice of the European Union and applied by the General Secretariat and the Court of Justice of the Andean Community.



INTRODUCCIÓN

El crecimiento del comercio internacional ha dado lugar al establecimiento de determinados controles y reglamentos en las aduanas nacionales. Este hecho representa un verdadero desafío para los operadores de comercio involucrados. Este desafío se presenta si se tiene en cuenta que el transporte internacional, y en particular, el marítimo, podría convertirse en una actividad muy costosa y poco atractiva para los importadores como consecuencia de la implementación de trabas administrativas por parte de los países, a través de las aduanas y la emisión de regulaciones internas.

En este contexto, es importante considerar que el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena prohíbe a los Países Miembros de la Comunidad Andina (CAN) la introducción de “restricciones de todo orden” a las importaciones provenientes de la Subregión. Asimismo, el artículo 73 del referido Acuerdo define el concepto de “restricciones de todo orden” como “cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”. La misma filosofía es reflejada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el cual ha seguido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A su vez, el TJCA ha interpretado el concepto de “restricciones de todo orden” de manera amplia para incluir a cualquier medida que pueda tener el objeto o el efecto de restringir las importaciones al hacerlas más difíciles u onerosas en el comercio intrarregional.

A la luz de estas consideraciones, es conveniente señalar que en los últimos años la legislación aduanera en el Perú ha sufrido cambios significativos. En el año 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1053 – Ley General de Aduanas. Esta norma entró en vigencia de forma escalonada y tiene plena vigencia desde el mes de octubre del año 2010. Sin embargo, luego de analizar la nueva Ley General de Aduanas, resulta claro que la misma recoge los aspectos operativos del derogado Decreto Supremo No. 129-2004-EF – Ley

General de Aduanas. En este sentido, ambas normas consagran la obligación que tiene el transportista internacional de proporcionar la información relativa al manifiesto de carga y los demás documentos de transporte, en la forma y plazo contemplados, y asume la responsabilidad de manifestar todas las mercancías que formen parte de la carga del medio de transporte utilizado.

En el marco de estas normas, los legisladores y funcionarios de la administración aduanera al regular o precisar la forma y el plazo en los cuales los manifiestos de carga deberán ser reportados o transmitidos, han establecido algunas diferencias significativas. La normativa anterior estipulaba que los transportistas o sus representantes en el país debían transmitir los datos del manifiesto de carga a la SUNAT antes de la llegada y hasta la recepción del medio de transporte. Sin embargo, tratándose del transporte marítimo, se realiza una excepción y se otorga un plazo de cuarenta y ocho (48) horas antes de la llegada de la nave para realizar dicha transmisión. Cabe indicar que la sanción impuesta por la transmisión incompleta o errónea del manifiesto de carga es aplicable solamente a la información almacenada de forma definitiva.

De conformidad con los sistemas implementados por la SUNAT, la legislación vigente y la operatividad marítima, los transportistas internacionales debían transmitir los manifiestos de carga marítimos antes de las cuarenta y ocho horas del arribo de la nave. Además, estos transportistas debían realizar las modificaciones o incorporaciones de los documentos de transportes hasta la llegada del medio de transporte; es en ese momento en que dicha transmisión adquiriría el carácter de definitiva.

Por su parte, la administración aduanera mediante los informes de la SUNAT precisó que la transmisión electrónica del manifiesto de carga se debía realizar hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la llegada de la nave, siempre y cuando provenga de un puerto lejano. Asimismo, una vez vencido

este plazo, la transmisión era considerada como definitiva. Por consiguiente, cualquier información que se añadía o cualquier rectificación que se realizaba de la información transmitida daban lugar a que se configure una infracción que resultaba ser sancionable con la imposición de una multa. De esta manera, estas reglas eran aplicadas a los transportistas internacionales de conformidad con lo dispuesto en el Informe Nro. 089-2011-SUNAT de la SUNAT y la nueva Ley General de Aduanas. Por su parte, el TJCA declaró que esta medida constituye un incumplimiento objetivo de la Decisión 671 de la CAN.

La aplicación de este y otros Informes elaborados por la SUNAT, posteriormente, trajo como resultado un alto grado de exposición de los Agentes Marítimos debido a la posible determinación de multas.

A la luz de estas consideraciones y sobre la base de la normativa comunitaria andina, la presente tesis evalúa el criterio aplicado por la SUNAT con respecto a la transmisión de los manifiestos de carga marítima antes del arribo de la nave proveniente de un puerto lejano. Si bien, como se mencionó antes, esta medida de la SUNAT constituye una violación de la Decisión 671, la tesis busca hacer una contribución y analiza otras vías legales que se pueden usar para cuestionar este tipo de medida restrictiva del comercio. Una de esas vías es la necesidad de respetar el principio de libre circulación de mercancías consagrado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

En particular, esta tesis busca determinar si la consideración del manifiesto de carga como definitivo 48 horas antes del arribo de la nave a territorio peruano por parte de la SUNAT constituye una restricción al comercio dentro del alcance de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. La tesis analiza el objeto y efecto restrictivo al comercio de esta medida como resultado de la aplicación de las normas de aduanas por parte de la SUNAT en el caso de los manifiestos de carga marítima antes del arribo de la nave. Se busca

determinar si esta medida constituye una restricción al comercio prohibida de conformidad con el Acuerdo de Cartagena.

La tesis está dividida en tres capítulos. El capítulo 1 presenta la normativa andina y la jurisprudencia de la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desarrollada en torno al principio de libre circulación de mercancías. Asimismo, en este capítulo se analiza los términos de la fórmula Dassonville desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por su parte, el capítulo 2 describe la medida adoptada por la SUNAT y expone los efectos restrictivos que dicha medida puede generar en el comercio. A su vez, en el capítulo 3 se analiza si la medida adoptada por la SUNAT constituye una restricción al comercio contraria a los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

La tesis concluye que la medida adoptada por SUNAT puede potencialmente restringir las importaciones de mercancías al hacerlas más difíciles y onerosas. En tal sentido, esta medida se encuentra dentro del alcance de la doctrina Dassonville desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplicada por la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Capítulo I.- El principio de libre circulación de mercancías en la normativa y jurisprudencia andina

1.1. La obligación de eliminar las restricciones a las importaciones en la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos comerciales regionales

En el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), las restricciones cuantitativas están prohibidas y constituye uno de los principios fundamentales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). En este sentido, el artículo XI.1 del GATT estipula que:

“Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.”

Es así que esta norma de la OMC busca impedir que los Miembros de la OMC adopten medidas que obstaculicen el comercio. Como sostiene Herdegen, “En el ámbito del GATT, las barreras comerciales no tarifarias se consideran obstáculos al comercio sospechosos, que se pretenden evitar.”¹ En esta misma línea, como señala Palma,² este tipo de restricciones, “se convierten en las más efectivas cuando se han completado los procesos de reducción de tarifas”. Por su parte, Herdegen reconoce que “El GATT somete a un control estricto las restricciones aplicables a las importaciones”.³ De esta manera, este tipo de control explicaría por qué, como se verá más adelante, los

¹ Herdegen, Matthias. Derecho Económico Internacional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer, 2012. p.200.

² PALMA, Laura. Algunas Reflexiones acerca de las Implicancias Prácticas del Levantamiento de Barreras no Arancelarias. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993. p.104.

³ Herdegen. Ob.cit.p.201.

Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en la OMC han adoptado un enfoque amplio en la interpretación del artículo XI.1 del GATT.

La existencia de este tipo de normas tan amplias en su redacción se justifica debido a las innumerables formas de poder restringir el comercio que pueden aplicar los países. Como sostiene Jackson,⁴ el ingenio del hombre para diseñar formas explícitas o implícitas para restringir la importación de productos competidores es tan grande que cualquier inventario de tales medidas rápidamente llegaría a ser muy grande. Además, como agrega el mismo autor, este ingenio para adoptar medidas restrictivas nunca cesará.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo XI.1 del GATT enumera algunas medidas adoptadas por los Estados que pueden ser consideradas como restrictivas del comercio. Sin embargo, esta norma también incorpora el concepto de “otras medidas” y, de esta manera, abre la puerta para que se pueda incluir cualquier medida que pueda restringir el comercio. Asimismo, esta norma internacional expresa el objetivo de evitar las medidas que distorsionan el comercio. Por lo tanto, como puede apreciarse, esta norma del GATT no define el concepto de restricciones cuantitativas.

En este orden de ideas, como sostienen Matsushita, Mavroidis, y Schönbaum, el término “otras medidas” puede referirse a cualquier requisito o regulación diseñada para restringir las importaciones o exportaciones. En este sentido, Matsushita, Mavroidis, y Schönbaum citan como ejemplos algunas medidas que han sido consideradas como una violación del artículo XI.1 del GATT, tales como un sistema de precios mínimos o la prohibición de productos no

⁴ Jackson, J H. The world trading system: law and policy of international economic relations. 2nd edition Cambridge, Mass: MIT Press, 1997. p.154.

producidos de determinada manera.⁵ En suma, como sostienen estos autores, el artículo XI.1 del GATT se aplica a medidas que afectan las importaciones.⁶

Por otro lado, se observa que las normas del GATT fueron tenidas en cuenta por los negociadores europeos para la redacción de los artículos 28 al 30 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea que consagraban el principio de libre circulación de mercancías.⁷ Como se verá más adelante, estas normas del referido Tratado, han sido tenidas en consideración, según la jurisprudencia andina, para la incorporación de las normas relacionadas al principio de libre circulación de mercancías en el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, a diferencia del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (y el entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), el Acuerdo de Cartagena define el concepto de restricciones a las importaciones.

Asimismo, con respecto a la regulación del principio de libre circulación de bienes, hay que considerar que, en el MERCOSUR, el artículo 1 del Tratado de Asunción lo incluye como uno de los principios que forman parte del objetivo de crear el mercado común. Además, el artículo 1 del anexo I del Tratado de Asunción regula el principio de libre circulación de bienes con más detalle y define a las restricciones al comercio como “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco...”

En esta misma línea, el artículo 309 numeral 1 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) consagra el principio de libre circulación de

⁵ Matsushita, M., Mavroidis, P. C. y Schönbaum, T. J. *The World Trade Organization, law, practice, and policy*, 2nd ed, Oxford: Oxford University Press, 2006. p.271.

⁶ Matsushita, M., Mavroidis, P. C. y Schönbaum, T. J. *Ob.cit.* p.270.

⁷ White, Eric L. “In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty” (1989) 26 *Common Market Law Review*, Issue 2. p.239. Véase los artículos 28 al 30 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

mercancías y señala lo siguiente:

“Salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, ninguna de las Partes podrá adoptar o mantener ninguna prohibición ni restricción a la importación de cualquier bien de otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier bien destinado a territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT, incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el Artículo XI del GATT y sus notas interpretativas o cualquier otra disposición equivalente de un acuerdo sucesor del cual formen parte todas las Partes, se incorporan en este Tratado y son parte integrante del mismo”.

Sobre este mismo tema, se puede ver también el artículo 207 numeral 1 del TLC Perú-Canadá que regula el principio de libre circulación de bienes y precisa lo siguiente:

Salvo que se disponga algo distinto en este Tratado, ninguna Parte podrá adoptar o mantener alguna prohibición o restricción a la importación de cualquier mercancía de la otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de la otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT de 1994 y para tal efecto, el Artículo XI del GATT de 1994 se incorpora en este Tratado y es parte integrante del mismo, *mutatis mutandis*”.

Como puede apreciarse, en estos acuerdos comerciales, tales como el NAFTA y el TLC Perú-Canadá, no se define el concepto de restricciones tal como lo hace el Acuerdo de Cartagena; sin embargo, el objetivo es el mismo, es decir, se busca eliminar las restricciones a la importación.

En cambio, el concepto de restricciones al comercio es definido en otros TLCs. Por ejemplo, en el TLC Perú-Chile, el artículo 3.2 numeral 1 regula el principio de libre circulación de bienes de la siguiente manera:

“Ninguna Parte mantendrá o aplicará nuevas restricciones no arancelarias a la importación o a la exportación de mercancías de su territorio al de la otra Parte, ya sea mediante contingentes, licencias o por medio de otras medidas, sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980 y en los Artículos XX y XXI del GATT 1994.”

Luego, el artículo 3.2 numeral 2 del TLC Perú-Chile define a las restricciones al comercio como “toda medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual una de las Partes impida o dificulte, por decisión unilateral, sus importaciones”. Al respecto, se encuentra una similitud entre esta definición y la contenida en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Finalmente, esta obligación de eliminar las restricciones a las importaciones también ha sido incorporada en el artículo 2.8, numeral 1 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos y el artículo 23 del Acuerdo Comercial Multipartes entre el Perú, Colombia y la Unión Europea.

1.2. El concepto de restricción de todo orden en el Acuerdo de Cartagena

La jurisprudencia en la Comunidad Andina también se ha referido al concepto de restricciones cuantitativas. En el caso Colombia vs. Venezuela, la Secretaría General opinó que las importaciones de mercancías no deberían ser objeto de limitaciones, tales como cuotas, licencias, registros de importación, prohibiciones y cualquier otra restricción cuantitativa.⁸ Por lo tanto, como se verá más adelante, el concepto de restricciones cuantitativas y la noción de medidas de efecto equivalente a dichas restricciones han sido utilizados por la jurisprudencia andina. Por otro lado, en el caso europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no siempre ha hecho la diferencia entre restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente.⁹

Como puede observarse, tanto el GATT, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el MERCOSUR, el NAFTA y algunos TLCs, así como el Acuerdo de Cartagena coinciden al tener el mismo objetivo de eliminar los obstáculos al comercio. De esta manera, a la luz de estas normas

⁸ Resolución 229 de la Secretaría General.

⁹ Oliver, Peter. (1988), Free Movement of Goods in the European Community: under Articles 28 to 30 of the EC Treaty. 2nd edition. London, European Law Center.p.63.

internacionales que se han presentado, los Estados no deberían mantener, introducir o promover medidas que distorsionen el comercio o lo restrinjan indebidamente.

Resulta relevante señalar que el concepto de restricción de todo orden incorporado en el Acuerdo de Cartagena no tiene una definición de alcance limitado, sino que, por el contrario, el alcance de dicha definición ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia del TJCA, como resultado de las distintas controversias que se han generado entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Por otro lado, a nivel de la doctrina, puede observarse que, sobre este tema, Pierino Stucchi ha definido a la restricción de todo orden como:

“cualquier norma positiva (sea de la jerarquía que sea), o consuetudinaria; cualquier conducta por acción u omisión; o cualquier hecho, sean instrucciones, demoras, suspensiones, exigencias u otras; que siendo actuales o potenciales, tengan por efecto dificultar, limitar, prohibir o restringir de alguna manera las importaciones de bienes o hacerlas más onerosas”.¹⁰

Por su parte, en la CAN, una acción de incumplimiento, como ha señalado el TJCA, puede presentarse incluso cuando un País Miembro insiste en “mantener vigente una norma que potencial e inminentemente pueda convertirse en restricción del comercio y exceder el marco de los principios que orientan la libre circulación de mercancías.”¹¹

Asimismo, debe notarse que la Secretaría General de la CAN actúa ante una afectación potencial del principio de libre circulación de mercancías. De esta manera, la Secretaría General ha sostenido que:

¹⁰Stucchi López Raygada, Pierino(2003). *Libre comercio de bienes en la Comunidad Andina: Eliminación de gravámenes y restricciones*. En *Derecho & Sociedad*. Año XIV, N° 20. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho. pág. 306.

¹¹ TJCA. Proceso 3-AI-96.

“La práctica institucional de la Secretaría General sin embargo, se ha inscrito en la corriente administrativista contemporánea que ya no tiende a establecer diferencias entre el legítimo interés o interés calificado y la afectación de un derecho subjetivo, bastando que el reclamante sea titular o representante de un derecho o condición jurídica que le sea atribuible y que de alguna manera actual o potencial esté siendo afectado o haya sido afectado por la conducta de un País Miembro, distinguiéndolo del mero interés o del interés general”.¹²

El artículo 72 del Acuerdo de Cartagena ha consagrado el principio de libre circulación de mercancías. Esta norma regula la existencia de un Programa de Liberación de bienes orientado a la eliminación de gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.

En esta misma línea, el segundo párrafo artículo 73 del Acuerdo de Cartagena define el concepto de restricción de todo orden y precisa que: “Se entenderá por “restricción de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”.

Sobre los alcances de esta norma, el TJCA ha determinado que:

“...Por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de

¹² Secretaría General de la Comunidad Andina. Dictamen N° 03-2016 sobre el reclamo interpuesto por la sociedad FLORES MARAVILLA S.A contra la República de Colombia, por supuesto incumplimiento de los artículos 1, 2, 3, 7, 21, 22, 55, 56, 58, 87 y 88 del Acuerdo de Cartagena; 1, 2, 3, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 5 de la Decisión 006; 4, 6, 7, 8, 10, 16, 19, 20, 28, 33, 34, 37, 38 y Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 345; y, 2 y 3 de la Decisión 500, al reglamentar de manera violatoria la Decisión 345; 28 de abril de 2016.

manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta limitaciones directas a las importaciones”.¹³

Es relevante señalar que el TJCA también se ha referido al concepto de restricción de manera general e indicado que:

“En todo caso queda claro que restringir significa disminuir una capacidad existente de hacer algo y "restricciones de todo orden" supone una globalización general de cualquier actitud que disminuye facultades o derechos existentes anteriormente, de cualquier forma o manera, que signifiquen una situación menos favorable a la existente antes de dictarse una nueva restricción”.¹⁴

Sobre la base de la forma cómo se han desarrollado estas normas referidas al principio de libre circulación de mercancías en el Acuerdo de Cartagena, se plantea que los artículos 72 y 73 deberán leerse e interpretarse de manera conjunta, toda vez que el artículo 73 complementa el artículo 72 al desarrollar el concepto de restricciones de todo orden al que se refiere dicho artículo. Una primera lectura de estas normas sugiere que dicha definición tendría un carácter restrictivo al referirse únicamente a las medidas de carácter fiscal, monetario o cambiario.

Teniendo en cuenta el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el alcance de los conceptos establecidos en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena ha sido desarrollado por el TJCA a través de diversas sentencias. A lo largo de su jurisprudencia, este tribunal ha señalado que el objetivo principal de dichas normas es eliminar cualquier tipo de restricciones que puedan afectar directa o indirectamente, real o potencialmente la libre circulación de mercancías dentro del territorio aduanero comunitario. Esta conceptualización esbozada por el tribunal utiliza los argumentos desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

¹³ TJCA. Proceso 5-IP-90.

¹⁴ TJCA. Ob.cit.

en particular, el caso Dassonville.¹⁵

Sobre los alcances de la jurisprudencia del TJCA, Reyes Tagle indica lo siguiente:

“... El TJCA entiende que "las restricciones de todo orden" presuponen una noción general, incluyendo a las medidas que disminuyan los derechos pre existentes, de cualquier forma o manera, lo que cree una situación menos favorable que la existente antes de aplicar la restricción. El TJCA concluye que una medida de cualquier tipo que altera una situación en detrimento del comercio intercomunitario, limitando o modificándolo, constituye una violación del Programa de Liberación.”¹⁶(Traducción elaborada por el autor).

De este modo, el TJCA ha profundizado sobre este tema, y en su análisis sobre el concepto de restricción de todo orden, ha precisado lo siguiente:

“Para catalogar una medida como restricción al comercio debe provenir de un órgano en ejercicio de funciones públicas, sean gubernativas, legislativas, administrativas, de control o judiciales. Este tipo de medidas puede revestir la forma de una norma jurídica de efectos generales -aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector- de una decisión o resolución con eficacia *inter partes* o *erga omnes*, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al margen de la ley o incluso derivadas de ésta. Por otra parte, debe ser **susceptible de 'impedir o dificultar' las importaciones**, sin que interese que esa haya sido la intención o el propósito de la medida”.¹⁷ (Énfasis añadido)

Esta presentación de la jurisprudencia comunitaria andina pone de manifiesto que se maneja una definición amplia del término “restricciones de todo orden” incorporado en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena. En tal sentido, se consideran como restricciones al comercio no solamente las medidas

¹⁵ TJUE. Caso 8/74, Dassonville sentencia de 11 de julio de 1974.

¹⁶ Reyes Tagle, Yovana. “Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go? SECO/WTI Academic Cooperation Project – Working Paper Series 8/2012.

¹⁷ TJCA. Proceso 2-AN-98.

cuantitativas, sino también las cualitativas, en tanto sean atribuibles a la autoridad pública de un País Miembro. Concretamente, en el caso de los precios mínimos o máximos aplicados a las importaciones, el TJCA ha sostenido que:

“Las medidas administrativas (de carácter restrictivo) pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta limitaciones directas a las importaciones”.¹⁸

Asimismo, en el caso Sudamtex,¹⁹ la Secretaría General consideró que la aplicación de normas con una finalidad distinta a la del objeto que busca cautelar de manera desproporcional para su adecuada consecución, constituía una restricción al comercio. La jurisprudencia de la Secretaría General y del TJCA confirma que estas instituciones han buscado otorgarle al concepto de restricción de todo orden el alcance más amplio posible.

Este tipo de pronunciamiento adquiere singular relevancia para el caso bajo estudio dado. En efecto, al considerar la SUNAT la transmisión de manifiestos de carga marítima realizada 48 horas antes del arribo de la nave proveniente de un puerto lejano como definitiva, se daba lugar a la imposición de una considerable cantidad de multas que pueden ser aplicadas a los operadores del comercio exterior, específicamente a los Agentes Marítimos, es decir, a los transportistas internacionales encargados de la transmisión del manifiesto de carga. Asimismo, debe considerarse que la multa que la SUNAT había estipulado para este tipo de incorporaciones al manifiesto de carga equivalía a 3 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por documento agregado. Por ello, esta medida hacía que la operación de importación se vuelva, de manera innecesaria, en más costosa y, por lo tanto, en más difícil de realizar. Este tipo de medidas es precisamente lo que se quiere evitar con la consagración del

¹⁸ TJCA. Proceso 3-AI-96.

¹⁹ Resolución N° 19 de la Secretaría General.

principio de libre circulación de mercancías.

Si bien la SUNAT pretendía obtener información referente a la mercancía que era transportada en las distintas naves que arribaban a los puertos peruanos con una determinada anticipación que le permita ejercer un adecuado control, para efectos prácticos, en cambio, dicha acción tendría un fin distinto. Esta situación se presenta, por ejemplo, si se toma en cuenta que los agentes marítimos pueden decidir no transmitir el manifiesto de carga de manera completa, sino hasta la llegada de la nave al puerto. Ante este supuesto, correspondería la aplicación de una multa que equivale a una (1) UIT por todo el manifiesto de carga. De esta manera, con esta decisión, los operadores del comercio exterior reducirían su grado de exposición; sin embargo, las acciones de control pretendidas por la SUNAT serían improductivas.

En el contexto de la Comunidad Andina, se han evaluado una serie de casos que revelan la conceptualización desarrollada con respecto a las situaciones en las cuales se deberá aplicar los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

A manera ilustrativa, cabe mencionar las siguientes medidas calificadas como restricción al comercio en el marco de la Comunidad Andina:

- ✓ La falta de un procedimiento claro y definido para obtener licencias de importación, así como la falta de transparencia en el procedimiento de concesión de licencias.²⁰
- ✓ Los requisitos de autorizaciones previas de importación. Sobre el particular, la Secretaría General ha considerado, además, que constituye una restricción al comercio la siguiente medida:
“La no tramitación de las solicitudes correspondientes o la cancelación de las autorizaciones vigentes sin expresión de

²⁰ Resolución N° 966 de la Secretaría General.

causa, sin basamento aparente en causa prevista en la ley o con base en consideraciones no objetivas o discriminatorias y que no han sido previa y transparentemente difundidas a los importadores”.²¹

- ✓ La no tramitación de los permisos de importación.²²
- ✓ El requisito obligatorio de inscripción como importador y la obligación de darse de baja al importador del registro debido a la falta de importaciones durante un cierto período.²³
- ✓ La legislación sobre los requisitos técnicos.²⁴ Sobre este tema, la Secretaría General de la Comunidad Andina ha sostenido que constituye una restricción al comercio la exigencia de incorporar una chaqueta o envoltura metálica a las pilas de zinc-carbón de las referencias R03, R6, R14, R20 y a las baterías de zinc-carbón de la referencia 6F22. Esta medida fue establecida por la República del Perú en el numeral 4.4 del artículo 4 del Reglamento Técnico para pilas y baterías de Zinc Carbón y sus anexos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2005-PRODUCE, para los productos originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- ✓ La prohibición o limitación de la comercialización de los productos en el territorio de un Estado miembro y la imposición de cuotas de importación.²⁵
- ✓ La calificación de medidas cambiarias.²⁶
- ✓ El régimen de licencias previas.²⁷

²¹ Resolución N° 209 de la Secretaría General.

²² Resolución N° 278 de la Secretaría General.

²³ Resolución N° 407 de la Secretaría General.

²⁴ Resolución N° 1289 de la Secretaría General.

²⁵ Resolución N° 229 de la Secretaría General.

²⁶ Resolución N° 715 de la Secretaría General.

²⁷ Resolución N° 967 de la Secretaría General.

- ✓ La fijación de precios.²⁸
- ✓ La anulación de autorizaciones.²⁹
- ✓ La falta de claridad y de procedimientos definidos para obtener licencias de importación.³⁰
- ✓ La imposición de precios mínimos a las importaciones.³¹

Asimismo, sobre esta obligación de eliminar las restricciones al comercio, Reyes Tagle ha argumentado que los Países Miembros de la CAN:

“no pueden mantener o adoptar medidas que sean contrarias a las disposiciones previstas en el Acuerdo de Cartagena. No están permitidas la imposición de medidas nacionales con fines proteccionistas. El acuerdo busca facilitar la libre circulación de mercancías entre los países miembros, eliminando los obstáculos al comercio, o los mecanismos de control de las importaciones que contradicen dicho principio.”³²

En conclusión, el concepto de restricciones al comercio ha adquirido un carácter dinámico lo que ha llevado a que dicho concepto sea analizado en cada caso en particular y que, además, se busque interpretarlo siempre de la manera más amplia posible. Este entendimiento busca evitar que se dificulte el intercambio de mercancías dentro de la Comunidad Andina. Esta forma de interpretación obedece al hecho de que el intercambio libre de obstáculos constituye uno de los pilares de este proceso de integración enmarcado en un contexto en el que se busca lograr alcanzar la facilitación del comercio y la promoción del intercambio comercial entre los Países Miembros.

²⁸ Resolución N° 710 de la Secretaría General.

²⁹ Resolución N° 209 de la Secretaría General.

³⁰ Resolución N° 966 de la Secretaría General.

³¹ Resolución N° 244 de la Secretaría General.

³² Reyes Tagle, Yovana. “La libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina”. Publicado en el Diario Oficial el Peruano, 20 de febrero de 2003.

1.3. Las excepciones al principio de la libre circulación de mercancías

Como se ha visto, existe la obligación general de eliminar las restricciones al comercio. De la misma manera, solamente pueden aplicarse las excepciones al principio de libre circulación de mercancías expresamente contempladas por el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, la procedencia de una excepción no exime a la medida de su naturaleza restrictiva; solamente la justifica como resultado del balance de intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento comunitario andino en virtud del cual puede mantenerse. Las excepciones, teniendo en cuenta el espíritu de liberalización del comercio que contiene el Acuerdo de Cartagena, se interpretan de manera restringida; por lo tanto, no pueden ser extendidas a casos similares por analogía.

Las excepciones al principio de libre circulación de mercancías están dirigidas a permitir el establecimiento de restricciones en protección de valores considerados fundamentales para asegurar el bienestar de la subregión; por ello, se considera que prevalecen sobre el libre comercio de bienes. En este sentido, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena enumera las excepciones a la libre circulación de mercancías. Por consiguiente, las restricciones al comercio son permitidas en los casos en los cuales tienen los siguientes objetivos:

- a) La protección de la moralidad pública;
- b) La aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) La regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;³³

³³ Resolución N° 748 de la Secretaría General.

- d) La protección a la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) La importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) La protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) La exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

De esta manera, los Países Miembros de la CAN no tienen absoluta libertad para aplicar estas excepciones al principio de libre circulación de mercancías. Por el contrario, existen algunas obligaciones que deberán cumplir a efectos de invocar una excepción al amparo del Acuerdo de Cartagena. Al respecto, Pierino Stucchi sostiene que “para que éstas se encuentren legitimadas, no basta con la simple alegación de la causal, de ser el caso, la carga de la prueba de admisibilidad y procedencia corresponderá al País Miembro que impone la medida”.³⁴

Por otro lado, si bien el Acuerdo de Cartagena no ha introducido condiciones explícitas para la aplicación de las excepciones al libre comercio, el TJCA y la Secretaría General han interpretado las normas andinas y condicionado la aplicación de medidas restrictivas las cuales deben ser necesarias y proporcionales. Sobre el particular, Gormley considera que el enfoque Dassonville del Tribunal de Justicia de la Unión Europea abarca estas dos etapas.³⁵ Por su parte, en la Comunidad Andina también se ha seguido este mismo enfoque.

Ha de observarse que, para estos efectos, la proporcionalidad se define como el equilibrio entre el efecto de la medida y la situación que busca remediar.

³⁴Stucchi López Raygada, Pierino. (2003). *Ob. Cit.* p. 307.

³⁵ Gormley, Laurence W. Free Movement of Goods and Their Use –What Is the Use of It? En: *Fordham International Law Journal* Vol. 33, Issue 6, 2011. p.1597.

Por consiguiente, una medida desproporcionada o excesiva que busque cumplir una finalidad permitida por las excepciones, aunque se encuentre *prima facie* conforme a derecho, no está amparada por las normas andinas. Esta forma de aplicar las excepciones al comercio se justifica porque, como ha sido expresado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN:

“Solo así se garantiza que no haya lugar a duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías”.³⁶

Asimismo, el TJCA ha definido el concepto de proporcionalidad y ha aclarado que:

«Para que la restricción adquiriera la categoría de justificatoria...es necesario que el acto interno del País Miembro esté inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa e inmediata para la solución de los problemas fitosanitarios...Para la identificación de la correspondencia entre la medida restrictiva y el objeto específico de protección de la salud vegetal, por ejemplo, el Acuerdo Subregional Andino no contiene norma sustantiva relativa a las medidas de efecto equivalente contenidas en el artículo 30 del Tratado de la Comunidad Económica Europea; sin embargo ésta puede constituir valiosa fuente supletoria del derecho - junto con las normas aplicables al tema de restricciones cuantitativas a nivel de la Organización Mundial de Comercio...»³⁷

Además de ser proporcional, la medida debe ser necesaria, es decir, entre todas las medidas posibles, debe considerarse aquella que signifique el menor efecto restrictivo posible para el libre comercio de bienes. En su jurisprudencia, el TJCA ha precisado los alcances de este requisito de la necesidad y ha afirmado que:

“Si una norma sanitaria puede ser sustituible por otro medio que, a la vez de garantizar la comercialización del producto minimice el efecto sobre la libertad comercial, dejaría de ser indispensable para el comercio y su efecto no estaría amparado”.³⁸

³⁶ TJCA. Proceso 3-AI-96.

³⁷ TJCA. Proceso 3-AI-96.

³⁸ TJCA. Proceso 1-AI-97.

Por su parte, las excepciones al principio de libre circulación de mercancías no tienen una naturaleza económica y debe acreditarse dicha característica. Por lo tanto, no se debe encontrar en la medida adoptada fines o efectos a favor de la producción nacional.

El TJCA ha determinado explícitamente la necesidad de que las medidas unilaterales que adopten los Países Miembros estén inspiradas en un principio de proporcionalidad con el objeto específico a que van dirigidas con la finalidad de garantizar que no se produzca una amenaza al propósito esencial de la integración andina, es decir, la libre circulación de mercancías.³⁹

Al respecto, para aceptar una excepción al principio de libre circulación de mercancías hay que cumplir con determinados requisitos. Si se observa la Resolución 1695 de la Secretaría General, estos requisitos en la Comunidad Andina son los siguientes:

- “No deben ser discriminatorias: es decir, se deberá demostrar que los productos de origen nacional son tratados de la misma manera que los importados, garantizando así el respeto al principio de trato nacional;
- Deben guardar relación de causalidad con el objeto de su aplicación;
- Deben estar fundamentadas en un principio de proporcionalidad con el objetivo específico al cual van dirigidas; y,
- Deben ser insustituibles: es decir, el objeto de la medida no debe poder alcanzarse por otros medios menos restrictivos al comercio”.⁴⁰

El TJCA ha aclarado que “cualquier acción que afecte negativamente la libre circulación de mercancías, únicamente se justificaría por la

³⁹ TJCA. Proceso 3-AI-96.

⁴⁰ Resolución N° 1695 de la Secretaría General de la CAN.

necesidad de salvaguardar el interés general del país en casos plenamente justificados”.⁴¹

En resumen, las excepciones al principio de libre circulación de mercancías “requieren de consagración expresa”,⁴² y deben ser interpretadas de manera restrictiva en tanto contravienen la regla general. En este contexto, la Secretaría General tiene la función de verificar si la conducta de un País Miembro de la Comunidad Andina constituye un gravamen o restricción al comercio intracomunitario.

1.4.- La etapa administrativa: el rol de la Secretaría General de la Comunidad Andina en la determinación de las restricciones al comercio

La Secretaría General es un órgano ejecutivo que se encarga de brindar apoyo técnico cuando corresponda a las instituciones y órganos del Sistema Andino de Integración. El artículo 29 del Acuerdo de Cartagena esboza un concepto claro sobre este órgano ejecutivo. Asimismo, cabe señalar que el papel que ha cumplido tanto la Secretaría como el TJCA en el ejercicio de sus competencias ha sido sumamente relevante para, como sostiene Tangarife, “fortalecer desde el punto de vista jurídico el proceso de integración andina”.⁴³

Una de las facultades que posee la Secretaría General de la Comunidad Andina, es la de controlar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, corresponde a la Secretaría General velar por el fiel cumplimiento del Acuerdo de Cartagena, lo cual se realiza a través de, por ejemplo, seguimientos y la prestación del apoyo técnico necesario para la aplicación de las normas comunitarias.

⁴¹ TJCA. Proceso 3-AI-97.

⁴² TJCA. Proceso 1-IP-90.

⁴³ Tangarife Torres, Marcel. El sistema de controversias en la comunidad andina. El papel de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En Themis. N° 42. Estudiantes de la facultad de Derecho, 2001. p. 128.

Además, la Secretaría General tiene competencia en materia de ejecución y poder resolutorio. En este sentido, la Secretaría General emite resoluciones, en diversas materias que versan sobre, por ejemplo, la verificación del cumplimiento de las normas de origen, la calificación de restricciones y gravámenes a la importación o la investigación sobre prácticas que afectan la libre competencia.

Concretamente, con respecto a la etapa administrativa de la determinación de las restricciones al comercio en la Comunidad Andina, la Secretaría General se encuentra plenamente facultada para determinar o establecer si una medida adoptada por alguno de los Países Miembros constituye una restricción o gravamen a las importaciones. Esta facultad se encuentra consagrada explícitamente en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena. De esta manera, la Secretaría General puede a pedido de parte o, incluso, de oficio determinar si una medida constituye una restricción o un gravamen a la importación.

¿Cómo se realiza dicha calificación? La calificación de una medida como restrictiva del comercio se lleva a cabo mediante un procedimiento administrativo especial que se encuentra regulado en la Decisión N° 425 adoptada en el año 1997 por la Comunidad Andina. Esta norma andina contiene el “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”. Este Reglamento establece, en sus artículos 46 al 55, el procedimiento administrativo que determinará si la medida adoptada por alguno de los Países Miembros constituye una restricción o gravamen para el comercio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Decisión 425, para la realización de dicho procedimiento, se deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- La identificación del solicitante, salvo que se trate del organismo nacional competente, con indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico.
- La identificación y descripción de la medida que se impugna, acompañada de la mayor información disponible que permita el mejor pronunciamiento de la Secretaría General; y,
- Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida en cuestión, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA.

Corresponde a la Secretaría General verificar que la solicitud cumpla con todos los requisitos, así como que se haya adjuntado la documentación correspondiente. En caso de que se considere que se ha cumplido con lo requerido, la Secretaría General podrá iniciar la investigación correspondiente.

La Secretaría General deberá motivar sus resoluciones, esto quiere decir que existe la obligación de explicar los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa para determinar que una medida adoptada por un País Miembro de la Comunidad Andina constituye una restricción a las importaciones. Asimismo, se deberá otorgar un plazo razonable y compatible con la urgencia del caso para que el País Miembro cumpla con retirar el gravamen o restricción a la importación.⁴⁴

De esta manera, la Secretaría General ha iniciado una serie de acciones por incumplimiento contra los Países Miembros por la existencia de restricciones a la importación. A nivel nacional, encontramos el caso ABBA en la cual se calificó como una restricción al comercio la medida adoptada por el gobierno

⁴⁴ Artículo 55 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

peruano consistente en la apertura de un proceso de investigación por contrabando de frazadas originarias de Ecuador. Esta investigación se realizó sin justificación ni aparente sustento técnico o elementos probatorios, a pesar que la operación de importación contaba con toda la documentación correspondiente.⁴⁵

Por otro lado, debe observarse que el proceso iniciado para determinar que una medida nacional constituye una restricción al comercio debe limitarse a realizar dicha determinación. Sobre este tema, el TJCA ha precisado lo siguiente:

“Las Resoluciones que determinen que una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye restricción al comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73 [actual 74] del Acuerdo de Cartagena, deben limitarse a tal declaratoria, expresando los motivos que la justifiquen, sin que sea admisible utilizar el procedimiento de calificación de restricciones para fines distintos a los previstos en la norma invocada”.⁴⁶

En este mismo sentido, la Secretaría General, en su Resolución 1289,⁴⁷ ha confirmado que:

“un procedimiento de calificación de restricciones no puede ser vehículo para verificar la existencia del eventual incumplimiento de una norma comunitaria, bajo prevención de que la Resolución que sea expedida incurra en el vicio de desviación de poder y, particularmente, de desviación de procedimiento”.

Asimismo, existe un límite a este poder otorgado a la Secretaría General de la CAN con respecto a lo que puede contener una Resolución que califica una medida nacional adoptada por un País Miembro como restricción al comercio. De lo contrario, tal como lo expresó el TJCA en el Proceso 2-AN-98, se puede incurrir en una desviación de poder.

⁴⁵ Resolución N° 449 de la Secretaría General.

⁴⁶ TJCA. Proceso 2-AN-98.

⁴⁷ Resolución N° 1289 de la Secretaría General de la CAN.

En este caso, el TJCA ha afirmado que “la vía procedimental pertinente para “requerir a los Países Miembros que cumplan el ordenamiento jurídico andino” no era precisamente la escogida de calificación de restricciones.”⁴⁸ El TJCA ha agregado que “al utilizar un procedimiento destinado a un fin específico, pretendiendo alcanzar a través de aquel, otros que no consagra la norma comunitaria en los que se fundamenta, incurrió en desviación de poder y, particularmente, en una desviación de procedimiento.”⁴⁹

Por lo tanto, según la jurisprudencia desarrollada en la CAN, no se puede extender el objetivo de este proceso administrativo de calificación de restricciones a las importaciones para evaluar otros incumplimientos de normas andinas.

1.5. La fórmula Dassonville y su desarrollo en la jurisprudencia de la Comunidad Andina

1.5.1. La Secretaría General de la Comunidad Andina y la aplicación de la fórmula Dassonville del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como antes se expuso, el principio de libre circulación de mercancías se consagró en la Unión Europea. Es así que el Tratado de Roma que constituyó la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, establecía que la Comunidad Europea prohibía los derechos de aduana, las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente a los derechos de aduana y a las restricciones cuantitativas.⁵⁰

De la misma manera, una lectura de los artículos 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) muestra claramente la

⁴⁸ TJCA. Ob.cit. p.19.

⁴⁹ TJCA. Ob.cit. p.19.

⁵⁰ Artículo 28 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

existencia de una prohibición para imponer cualquier restricción a la importación o exportación. A su vez, estas normas se refieren a cualquier medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas que puede ser considerada como una restricción al comercio.⁵¹

Deber observarse que el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas es muy amplio y permite la inclusión de una serie de medidas que pueden obstaculizar el comercio. Sobre el particular, según Nicolaidis,⁵² se trata de “un concepto original, evolutivo y, en cierta medida, sin definición. El concepto no está definido en el Tratado porque cubre una gama muy amplia de acciones. Una única definición llevaría a una restricción considerable del libre albedrío en materia de políticas.” En efecto, esta falta de definición ha permitido que el TJUE pueda interpretar dicho concepto y, además, su jurisprudencia ha evolucionado con respecto al alcance del mismo.

Asimismo, al referirse al alcance del concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, Ríos Rodríguez lo define como:

“cualquier medida o disposición que restrinja el volumen de importación en un país de una determinada mercancía -o de todas- y que no sea un derecho de aduanas, una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduanas o una restricción cuantitativa "sensu stricto" (contingente).”⁵³

⁵¹ El artículo 34 del TFUE estipula que “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.”

⁵² Nicolaidis, Phedon. La supresión de las barreras al comercio dentro de las uniones aduaneras: requisitos previos, consecuencias. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993. p.27.

⁵³ Ríos Rodríguez, Humberto. Establecimiento y gestión de una unión aduanera. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993. p.33.

En este mismo orden de ideas, Carnelutti va más allá y expresa el alcance amplio del concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas al incluir todo tipo de medidas. Es en este sentido que Carnelutti afirma que este concepto puede definirse como:

“cualquier disposición de cualquier tipo de legislación, o cualquier práctica de una administración que trabe el comercio. Es un concepto que lo abarca todo, que puede aplicarse a cualquier tipo de disposición, a cualquier tipo de práctica administrativa, ya sea utilizada por la administración a nivel nacional o local, o por cualquier entidad pública que tenga un cordón umbilical con el Estado; lo abarca absolutamente todo.”⁵⁴

De manera similar, si revisamos la jurisprudencia de la OMC, se observa que el artículo XI.I del GATT ha sido interpretado de manera amplia. Por ejemplo, en el caso Japón-Comercio de Semiconductores, el Grupo Especial señaló que el artículo XI.1 del GATT:

“era de vasto alcance: se aplicaba a todas las medidas impuestas o mantenidas por una parte contratante que prohibieran o restringieran la importación, la exportación o la venta para la exportación de un producto, exceptuadas las que revistieran la forma de derechos de aduana, impuestos u otras cargas.”⁵⁵

No obstante, aun cuando a la luz de estas interpretaciones, aparentemente, se puede entender que toda medida restrictiva de las importaciones puede ser considerada como una violación a la obligación de no aplicar restricciones al comercio, tal conclusión es inexacta. Esto se demuestra, por ejemplo, a partir de una revisión del caso República Dominicana-Cigarrillos. En este caso, el Grupo Especial enfatizó que:

⁵⁴ Carnelutti, Alexandre. Supresión de las barreras técnicas al comercio en la Comunidad Europea. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993.

⁵⁵ OMC, Informe del Grupo Especial. Japón-Comercio de Semiconductores. Documento L/6309 - 35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988. p.31.

“en el alcance del artículo XI no estarían incluidas todas las medidas que afectarían a las oportunidades para ingresar en el mercado sino sólo aquellas que constituyeran una prohibición o restricción a la importación de productos, es decir, las medidas que afectarían a las oportunidades de importación mismas.”⁵⁶

Como puede observarse, no se han prohibido todas las medidas restrictivas. Con respecto al alcance del artículo XI.1 del GATT, tal como se sostuvo en el caso República Dominicana-Cigarrillos:

“Cualquier requisito adicional, sobre todo si genera costos significativos, puede constituir un obstáculo al ingreso en un mercado que posiblemente afecte a todos los posibles participantes y no únicamente a los importadores. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo XI del GATT no prohíbe todos los obstáculos al ingreso en un mercado sino sólo aquellos que constituyen prohibiciones o restricciones a la importación o a la exportación de productos.”⁵⁷

En este sentido, es interesante destacar de qué manera los Grupos Especiales han interpretado el concepto de restricción al comercio en la OMC y han adoptado un enfoque amplio para incluir medidas que van más allá de las clásicas restricciones al comercio, tales como las prohibiciones y cuotas de importación.

Mientras tanto, en el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante lo que se conoce como la fórmula “Dassonville”, definió el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas como “cualquier medida o normativa comercial que pueda obstaculizar directa o indirectamente, de manera real o potencial el comercio intracomunitario”.⁵⁸ Además, esta fórmula ha sido considerada tan

⁵⁶ OMC, Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. Documento WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004. p.200.

⁵⁷ OMC. Ob.cit. p.200.

⁵⁸ TJUE. Caso 8/74, Procureur du Roi v Benoit y Gustave Dassonville (1974).

importante que en la doctrina se ha sostenido que la misma ha adquirido casi el estatus de un artículo adicional en el TFUE.⁵⁹

Como puede apreciarse, esta fórmula es muy amplia, y de manera similar a lo que señalaba Carnelutti antes mencionado, parece abarcar cualquier medida que restrinja las importaciones. Sin embargo, en el caso Keck, el TJUE limitó este concepto al excluir a las modalidades de venta.

Asimismo, la Secretaría General y el TJCA de la CAN también han aplicado la fórmula “Dassonville” del TJUE y el concepto de medidas de efecto equivalente; a su vez, estas instituciones comunitarias le han dado un amplio alcance de tal manera que, utilizando las palabras de Carnelutti, se puede entender que “lo abarca absolutamente todo”.

A continuación, a fin de comprender con mayor claridad las implicancias que ha tenido esta fórmula en el proceso de integración andina, se revisan dos casos en particular.

EL CASO SUDAMTEX

El caso SUDAMTEX se origina como resultado de una reclamación por parte de la empresa venezolana Sudamtex C.A., debido a la existencia de restricciones al comercio. Esta empresa alegaba que el gobierno colombiano realizaba ciertos requerimientos sobre descripciones mínimas de productos textiles y de confecciones procedentes de Venezuela.

En un primer momento, la Secretaría General determinó que tanto la exigencia de descripciones mínimas como la imposición de una multa equivalente al 200% aplicada sobre el valor de las mercaderías resultaban

⁵⁹ Cairns, Walter. Introduction to the European Union Law. Londres: Gavendish Publishing Limited, 1997. p.143.

desproporcionales y excesivas. Por tal razón, la Secretaría General calificó estas medidas como restricciones al comercio.⁶⁰

Al analizar estas medidas implementadas por Colombia, la Secretaría General, en su Resolución N° 019, argumentó que:

“si bien el control fiscal posterior a la importación de bienes no constituye en sí mismo una restricción al comercio, la **exigencia del cumplimiento de requisitos no previstos en la ley**, así como la obligatoriedad de presentar elementos que la ley considere como facultativos al juicio del importador y que **tenga por efecto prohibir o restringir el comercio o hacerlo más oneroso de lo necesario**, sí lo es”.⁶¹ (Énfasis añadido).

En el caso materia de análisis, la Secretaría General y el TJCA coinciden en señalar que, en aplicación de la fórmula Dassonville, no importa que la medida sea o no una práctica consolidada, definitiva o de trámite; desde el punto de vista de ambas instituciones, es suficiente que dicha medida tenga como efecto, directo o indirecto, el dificultar la libre circulación de mercancías. En este orden de ideas, el TJCA sostiene que no es propiamente el carácter de un acto definitivo o preparatorio lo que interesa, sino más bien el efecto que pueda generar en las importaciones presentes o futuras.⁶² Similarmente, la Secretaría General ha seguido esta jurisprudencia del TJCA con respecto a la necesidad de producirse un efecto restrictivo en las importaciones para considerar una medida como restricción al comercio.⁶³

En este contexto, la Secretaría General ha incorporado, explícitamente, los actos potenciales dentro del concepto de “restricciones de todo orden” contemplado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. En este caso, como puede apreciarse, esta posición de la Secretaría General se ve reflejada en su Resolución al afirmarse que:

⁶⁰ Resolución N°019 de la Secretaría General.

⁶¹ Resolución N°019 de la Secretaría General.

⁶² TJCA. Proceso 2-AN-98.

⁶³ Resolución N°1695 de la Secretaría General.

“Resulta ilustrativo señalar que el Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena se inspiró en el artículo 30 del Tratado de Roma el cual tampoco limita el término "medida" entendiéndolo como cualquier acto de carácter normativo, administrativo o cualquier conducta o práctica de carácter real o potencial que tenga por efecto limitar, dificultar, impedir o de algún modo restringir las importaciones o hacerlas más onerosas, según lo confirma la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidades Europeas en sendas y reiteradas sentencias entre las cuales se pueden citar los casos Simenthal, Casis de Dijon y Keck, entre otros.”⁶⁴

Cabe destacar que la Secretaría General profundizó sobre este tema y aseveró que:

“Así, el 5º considerando de su sentencia "Dassonville", del 11 de julio de 1974, recalca esencialmente ese carácter de potencialidad que puede tener una medida restrictiva:

“(…) toda normativa comercial de los Estados miembros susceptible de restringir, directa o indirectamente, ACTUAL O POTENCIALMENTE, el comercio intracomunitario debe considerarse una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas (Énfasis nuestro)”.⁶⁵

Sobre este mismo punto, este órgano comunitario ha destacado que:

“También puede citarse la Directiva 70/50/CEE, del 22 de diciembre de 1969, que señala que son "(...) las definiciones legales, reglamentarias y administrativas, las prácticas administrativas, así como cualquier acto que emane de una autoridad pública, LAS INCITACIONES INCLUSIVE (...) que obstaculizan importaciones que, de otro modo, podrían realizarse, incluyendo (las medidas) que hacen las importaciones más difíciles u onerosas que la comercialización de la producción nacional" (énfasis nuestro).”

De esta manera, la revisión de esta jurisprudencia revela una clara influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar el alcance del concepto de “restricciones de todo orden”. Como puede observarse, incluir actos potenciales implica la incorporación de una

⁶⁴ Resolución N°047 de la Secretaría General.

⁶⁵ Secretaría General. Ob.cit.

noción compleja de amplio alcance. Este amplio enfoque adoptado por la Secretaría General da lugar a que una considerable cantidad de medidas restrictivas puedan incorporarse dentro del concepto de restricciones de todo orden.

Ha de tenerse en cuenta que el alcance que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado al concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas ha sido tan amplio que el propio tribunal, ante la enorme cantidad de casos que se presentaron alegando la violación del principio de libre circulación de mercancías, según la fórmula Dassonville, consideró necesario limitar dicho alcance a través de su famoso caso Keck y Mithouard. Así, en este caso, las medidas relacionadas a modalidades de venta fueron excluidas de la fórmula Dassonville.⁶⁶

Asimismo, para que la medida sea considerada como una violación a las normas andinas, no sería necesario probar la existencia de una afectación considerable a las importaciones debido a que los actos potenciales y las incitaciones han sido incluidos como medidas contrarias al principio de circulación de mercancías. Por tal motivo, sería suficiente encontrar que se ha producido un efecto restrictivo en el comercio para que se proceda a aplicar la normativa andina.

Similarmente, en la jurisprudencia de la OMC se observa que para probar que existe una restricción al comercio, normalmente no es necesario demostrar que las medidas tienen un efecto en las importaciones, es decir, no se requiere probar la afectación a las importaciones. En este sentido, en el caso Argentina-cuero, el Grupo Especial sostuvo que basta que exista un efecto potencial en las importaciones para que se pueda contradecir el artículo XI del

⁶⁶ TJUE. Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard (1993).

GATT. El Grupo Especial precisó que no se requiere demostrar que hay “efectos reales en el comercio”.⁶⁷

Mientras tanto, en el caso Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada,⁶⁸ el Grupo Especial constató que, de acuerdo con la jurisprudencia de la OMC, el análisis del artículo XI.1, se sustentaba en “el diseño de la medida y en la posibilidad de que afectara adversamente a la importación, y no en un análisis autónomo de la repercusión efectiva de la medida en las corrientes comerciales”.

Asimismo, Matsushita, Mavroidis, y Schönbaum,⁶⁹ coinciden en señalar que no es necesario demostrar que la aplicación de las cuotas o cualquier otra medida tienen un efecto en el comercio. En este sentido, el artículo XI.1 del GATT se ha interpretado en el sentido que establece condiciones de competencia. Por lo tanto, una cuota o cualquier otra medida serán consideradas como ilegales aun cuando no exista un efecto real en el comercio.

Además, el TJUE ha tenido el mismo entendimiento.⁷⁰ Así, este tribunal sostiene que las normas del TFUE no hacen una diferencia entre las medidas de efecto equivalente y las restricciones cuantitativas en función del grado de afectación del comercio. De modo que, resultaría suficiente que la medida nacional sea capaz de impedir el comercio, incluso si tal impedimento o dificultad es considerada como mínima y aun cuando sea posible para los importadores importar a través de otros medios.⁷¹

⁶⁷ OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina- Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000.para.11.20.

⁶⁸ OMC, Informe del Grupo Especial. Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. Documento WT/DS366/R, 27 de abril de 2009.para.7.240.

⁶⁹ Matsushita, M., Mavroidis, P. C. and Schönbaum, T. J.Ob.cit. p.272.

⁷⁰ TJUE. Joined cases 177 and 178/82 Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV [1984] E.C.R. 01797.

⁷¹ TJUE. Asuntos acumulados 177/82 y 178/82 Van de Haar [1984].

El TJUE ha ido tan lejos en su jurisprudencia que, desde su punto de vista, incluso las especulaciones pueden constituir una violación a la libre circulación de mercancías.⁷² Es notable que toda esta jurisprudencia europea haya inspirado a la Secretaría General y al TJCA para efectos de determinar si una medida nacional restringe el comercio intracomunitario. Por ejemplo, el TJCA ha alegado que: “Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que tengan por objeto y como resultado imposibilitar las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden.”⁷³

En este sentido, la revisión de la Resolución emitida en el caso SUDAMTEX revela que la Secretaría General analizó, de manera considerable, los efectos restrictivos al comercio que las normas propuestas por Colombia podrían generar. La Secretaría General concluyó que el solo hecho de proponer una multa desproporcionada, conjuntamente con otros actos requeridos, daría lugar a que se produzca una restricción al comercio.

Asimismo, es importante agregar que Colombia estuvo en desacuerdo con el planteamiento formulado por la Secretaría General y planteó que los actos preparatorios no debían ser impugnados en dicho proceso. A pesar de este alegato colombiano, la Secretaría General fue enfática en señalar que para calificar si un acto tiene un efecto restrictivo, no era determinante observar si dicho acto era definitivo o preparatorio, sino, por el contrario, se tenía que analizar el efecto que dicho acto podía producir en el presente o futuro. De esta manera, el hecho que un acto pueda potencialmente hacer más difíciles las importaciones, puede ser y es considerado como una restricción al comercio.

⁷² TJUE. Case C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc [1992] E.C.R. I-06635.

⁷³ TJCA. Proceso 5-IP-90; TJCA. Proceso 3-AI-96; TJCA. Proceso 2-AN-98; TJCA. Proceso 11-IP-2008.

De acuerdo con la normativa andina, el manifiesto de carga tiene el carácter de definitivo cuando el medio de transporte llega al puerto. El TJCA ha entendido que cualquier modificación que haga el transportista antes de su llegada es compatible con la normativa andina. Desde su punto de vista, esto se debe a que se le da “una oportunidad” al transportista para “verificar certeramente su mercancía a bordo, con el fin de evitar inconsistencia y problemas aduaneros.”⁷⁴ El propio TJCA agrega que:

“es la última oportunidad que tiene el capitán de buque para revisar y confrontar la conformidad de la información transmitida electrónicamente en forma previa, con la que entregará físicamente al momento llegada de la nave a puerto libre de todo riesgo. Con esto garantiza que el control y vigilancia de la aduana discurra sin ningún problema.”⁷⁵

Si se tiene en cuenta lo expresado por el TJCA, se puede sostener que al afectarse la oportunidad del transportista de realizar cambios al manifiesto de carga antes de la llegada del buque al puerto, la importación se hace más difícil o costosa; esto es precisamente lo que el Acuerdo de Cartagena busca evitar. Esta dificultad o los mayores costos que se pueden producir se pueden observar, por ejemplo, si el transportista al no poder realizar cambios al manifiesto de carga tiene que enfrentar problemas con la aduana, incluso la obligación de pagar multas. A su vez, estas multas pueden ser consideradas una restricción a la importación si se tiene en cuenta la forma cómo han sido aplicadas, es decir, en contravención a lo dispuesto por la legislación andina, se niega al transportista la oportunidad de realizar cambios al manifiesto de carga antes del arribo de la nave.

Cabe notar que la jurisprudencia en la Unión Europea ha destacado que no solo la medida adoptada por un País Miembro que es calificada como una restricción al comercio es ilegal a la luz del artículo 34 del TFUE; además, la multa aplicada como consecuencia de dicha medida puede ser considerada

⁷⁴ TJCA. Proceso 1-AI-2013.para.81.

⁷⁵ TJCA. Ob.cit.para.82.

una restricción al comercio. En este sentido, en el caso Rivoira,⁷⁶ el TJUE señaló que la sanción que se añade a una medida de restricción a la importación de un producto en libre circulación en un País Miembro es incompatible con el derecho comunitario porque constituye en sí misma una restricción al comercio. En este caso, la medida restrictiva consistía en la aplicación de una prohibición a las importaciones de uvas.

En el marco de la OMC, en el caso Brasil-Neumáticos, el Grupo Especial consideró que la prohibición de la expedición de licencias de importación de neumáticos recauchutados⁷⁷ y las multas se encontraban dentro del alcance del artículo XI.1 del GATT.⁷⁸ En este contexto, el Grupo Especial aseveró que:

“las multas, en su conjunto, incluidas las multas por comercialización, tienen por efecto penalizar el acto de "importar" neumáticos recauchutados, sometiendo a los neumáticos recauchutados ya importados y existentes en el mercado interior brasileño a multas por una cuantía prohibitivamente costosa.”⁷⁹

En opinión del Grupo Especial, “las multas imponen condiciones que limitan la importación de neumáticos recauchutados, por lo que actúan como una restricción a la importación” de dichos productos.⁸⁰

En consecuencia, ambas medidas, la medida restrictiva de las importaciones y una multa impuesta con ocasión de dicha medida pueden considerarse como medidas que violan el principio de libre circulación de mercancías.

Por otro lado, es de señalar que en el caso SUTAMTEX, Colombia también cuestionó la autoridad de la Secretaría General al aplicar la jurisprudencia

⁷⁶ TJUE. Asunto 179/78. Procureur de la République contra Michelangelo Rivoira y otros., Rec. 1979, 01147. p.1156.

⁷⁷ OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, 12 de junio de 2007. Para.8.1 a) literal i).

⁷⁸ OMC, Informe del Grupo Especial. Ob.cit.para.7.374.

⁷⁹ Ibid.para.7.372.

⁸⁰ Ibid.para.7.373

europea, y alegó que los alcances de dichas Resoluciones no tendrían por qué tomarse como válidas en el marco de la Comunidad Andina. Sobre este punto, la Secretaría General enfatizó que el artículo 34 del TFUE era la fuente de inspiración del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, y justificó, de esta manera, la aplicación de los términos de la fórmula Dassonville en la resolución del caso.

Este caso resulta relevante dado que, además de la aplicación de la fórmula Dassonville y la determinación de que las medidas adoptadas por el Gobierno de Colombia constituirían restricciones al comercio, se impuso dos obligaciones a dicho gobierno. En primer lugar, el Gobierno de Colombia no debía requerir la inclusión de elementos en descripciones que no sean necesarias para la correcta clasificación arancelaria. En segundo lugar, dicho gobierno no debía imponer sanciones que no guarden relación con la naturaleza formal de la falta cuando se trate de mercancías nacionalizadas procedentes de los demás Países Miembros.

Sobre este tema, el TJCA advirtió claramente que se produjo un exceso en el ejercicio de las facultades de la Secretaría General, así como una desviación del procedimiento. Por consiguiente, el TJCA declaró la nulidad de dichas decisiones.

CASO ABBA

El caso ABBA se originó cuando la empresa ABBA diseños S.R.L. solicitó a la Secretaría General de la Comunidad Andina su intervención en torno a la aplicación de posibles restricciones al comercio de frazadas originarias del Ecuador por parte del Gobierno de Perú. Este reclamo se presentó debido a que las autoridades peruanas realizaron una intervención al local comercial de esta empresa, a pesar de presentar la documentación correspondiente de importación.

Al revisar el caso, la Secretaría General argumentó que:

«...con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado ampliado es menester pronunciarse respecto de los casos que directa o indirectamente, actual o potencialmente, puedan restringir el comercio subregional mediante actos que pudieran tener efectos limitantes del comercio ...»⁸¹

Como puede apreciarse en este pronunciamiento, se realiza una confirmación de la fórmula “Dassonville”. Asimismo, la Secretaría General ratifica su competencia para pronunciarse en este tipo de casos donde no se requiere que la medida sea una práctica consolidada, sino que resulta suficiente que la misma tenga como efecto **directo o indirecto** el dificultar la libre circulación de mercancías.⁸²

Si bien es cierto que los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena no mencionan los conceptos de restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente, la Secretaría General ha sentado su posición con respecto a la utilización de los mismos términos que el TJUE utilizó en el caso Dassonville. Por lo tanto, el concepto de “restricciones de todo orden” del Acuerdo de Cartagena ha sido interpretado de manera amplia y tiene el mismo alcance que el concepto de medidas de efecto equivalente que ha sido incorporado en el TFUE.

1.5.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el amplio alcance del concepto de restricciones al comercio

De acuerdo a la jurisprudencia del TJCA, el principio de libre circulación de bienes es uno de los pilares del proceso de integración vinculado con el

⁸¹ Resolución N° 019 Secretaría General.

⁸² Resolución N° 449 Secretaría General.

interés general de la Comunidad Andina.⁸³ Este principio se considera importante para alcanzar la integración andina y Latinoamericana,⁸⁴ y por lo tanto, su defensa resulta necesaria para el desarrollo del proceso de integración.⁸⁵

El artículo 3 del Acuerdo de Cartagena establece el Programa de Liberación como uno de los mecanismos para alcanzar sus objetivos. Asimismo, el TJCA destaca que este Programa es uno de los pilares básicos para el desarrollo de la integración andina,⁸⁶ y uno de los mecanismos que los Países Miembros deben usar para lograr alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena.⁸⁷ Desde este punto de vista, el TJCA ha alegado que este Programa constituye uno de los mecanismos más importantes y fundamentales para alcanzar los objetivos del proceso de integración, y en particular, para lograr la gradual conformación del mercado común.⁸⁸

Teniendo en cuenta que la fórmula Dassonville ha sido utilizada en distintos procesos en la Comunidad Andina, cabe mencionar que, a lo largo de la jurisprudencia desarrollada por el TJCA, siempre se ha buscado definir el alcance del principio de libre circulación de mercancías de la manera más amplia posible. Esta interpretación se ha realizado con el fin de proteger el objetivo del Acuerdo de Cartagena que es alcanzar la libre circulación de mercancías entre los Países Miembros de la Comunidad Andina. Es en este contexto que se puede entender la declaración formulada por el TJCA quien ha enfatizado la necesidad de mantener y defender el principio de libre circulación de mercancías para fortalecer el proceso de integración.⁸⁹

⁸³ TJCA. Proceso 2-AN-98.

⁸⁴ TJCA. Proceso 1-AI-97.

⁸⁵ TJCA. Proceso 2-AI-97.

⁸⁶ TJCA. Proceso 3-AI-98.

⁸⁷ TJCA. Proceso 1-IP-90, Proceso 3-IP-93, Proceso 1-AI-97.

⁸⁸ TJCA. Proceso 3-AI-96.

⁸⁹ TJCA. Proceso 2-AI-97.

Al respecto, en el Proceso 3-AI-96, el TJCA sostuvo que las excepciones a las restricciones al comercio que se podían establecer, debían interpretarse en sentido restrictivo y, además, debía demostrarse que la medida adoptada por el País Miembro tenía que estar dirigida a un fin específico.

Asimismo, en dicho Proceso, como se mencionó anteriormente, el TJCA nota que no existe una norma sustantiva relativa al concepto de medida de efecto equivalente. Sin embargo, después de reconocer que el concepto se encontraba incorporado en el artículo 30 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (hoy TFUE), el TCJA considera que este tratado constituye una fuente supletoria del derecho comunitario andino. Además, este tribunal sostiene que las normas de la Organización Mundial del Comercio podrían ser utilizadas, con el fin de evitar un obstáculo o impedimento a la importación de mercancías.

En este sentido, con respecto a las restricciones al comercio, el TJCA ha argumentado que:

“Un obstáculo o impedimento a la importación libre de mercancías que se salga del objeto específico de las medidas de excepción dirigiéndose a imposibilitar injustificadamente la importación de un determinado producto o de hacer la importación más difícil o más costosa, puede reunir las características de restricción al comercio y más aún cuando una medida tiene el carácter discriminatorio.”⁹⁰

Sobre este mismo tema resulta pertinente citar la jurisprudencia emitida por el TJCA en el Proceso 2-AI-97. En este proceso de incumplimiento por la imposición de la República del Ecuador del sistema de licencia previa a las importaciones de licores provenientes de Colombia, este órgano jurisdiccional andino se pronunció de la siguiente manera:

⁹⁰ TJCA. Proceso 03-AI-97.

“Enmarcando esta situación fáctica a lo que se comprende o entiende por restricción -dificultar o hacer más difícil la libre circulación de mercancías- las solicitudes y aprobaciones de licencias por una autoridad gubernamental, caen bajo el contenido de restricciones, que es lo que el Acuerdo de Cartagena trata de eliminar en la circulación de bienes en el área Subregional”.⁹¹

Este desarrollo jurisprudencial es ilustrativo para comprender por qué se quiere evitar las restricciones contrarias a la liberalización del comercio. Para dar sentido a la prohibición de establecer restricciones al comercio, es conveniente determinar de qué manera su imposición y los efectos que producen sobre el sistema de integración andino son contrarios a las disposiciones andinas. Asimismo, ha de observarse en qué momento dichas restricciones se encuentran permitidas y no son, por ello, incompatibles con el derecho andino.

En este contexto, es importante señalar que en la Acción de Nulidad del Proceso 02-AN-98, conocida como el caso SUDAMTEX, el TJCA, aplicó la fórmula “Dassonville” al considerar en su decisión que las restricciones de todo orden no sólo incluyen a las restricciones cuantitativas, **sino también cualquier medida administrativa, financiera o cambiaria, que sea capaz de impedir o dificultar la libre circulación de mercancías.**

La jurisprudencia desarrollada en este caso establece que una medida restrictiva puede ser cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Asimismo, para ser considerada como una restricción al comercio, según se ha sostenido, dicha medida debe ser adoptada por un órgano en el ejercicio de sus funciones públicas. Estas funciones pueden ser gubernativas, legislativas, administrativas, de control o judiciales.

⁹¹ TJCA. Proceso 2-AI-97.

Las medidas restrictivas del comercio pueden adoptar diversas formas. Por ejemplo, pueden tener la forma de una norma jurídica de efectos generales, una decisión, operaciones materiales o físicas, omisiones o, cualquier actitud positiva o negativa, incluso las prácticas administrativas al margen de la ley o derivadas de ésta. El común denominador de estas medidas es que tienen por finalidad “impedir o dificultar” las importaciones; sin que, para este fin, sea relevante la intención o el propósito de la misma.



Capítulo II.- Normativa nacional y Andina respecto a la obligación de la transmisión de manifiesto de carga marítima

2.1. Normativa comunitaria andina con respecto a la obligación de la transmisión de manifiesto de carga marítima

Como bien lo ha reconocido el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC (AFC), los procedimientos en materia de importación son determinados por cada país. Sin embargo, hay algunos criterios que han de tenerse en cuenta para facilitar el comercio internacional. En este sentido, el artículo 7 numeral 1.1 del AFC contempla que:

“Cada Miembro adoptará o mantendrá procedimientos que permitan la presentación de la documentación correspondiente a la importación y otra información requerida, incluidos los manifiestos, a fin de que se comiencen a tramitar antes de la llegada de las mercancías con miras a agilizar el levante de las mercancías a su llegada.”

Asimismo, el AFC prescribe que “Cada Miembro preverá, según proceda, la presentación anticipada de documentos en formato electrónico para la tramitación de tales documentos antes de la llegada”.

El manifiesto de carga contiene la información sobre el número de bultos o mercancías a granel, el peso e identificación genérica, la identificación de la unidad de carga, entre otros aspectos. Este manifiesto únicamente podrá ser verificado o constatado por la Administración Aduanera una vez que la mercancía arribe al territorio aduanero, y no antes del arribo.

Al respecto, en la Comunidad Andina se ha regulado las características y requisitos del manifiesto de carga. De esta manera, el artículo 9 de la Decisión 671 sobre Armonización de Regímenes Aduaneros de la Comunidad Andina estipula que:

“1. Las mercancías que lleguen al territorio aduanero de cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina, deberán estar amparadas por un manifiesto de carga y ser presentadas en aduana por el transportista o por su representante o por la persona que las haya introducido en dicho territorio que se haga cargo del traslado de las mercancías tras su introducción hasta los lugares habilitados para la recepción de las mercancías.

2. El manifiesto de carga de ingreso debe ser presentado a la aduana por el transportista o su representante, con anterioridad o al momento de la llegada del medio de transporte.

El manifiesto de carga de salida debe ser presentado a la aduana por el transportista o su representante, al momento o con posterioridad a la partida del medio de transporte (...).”

Por su parte, el TJCA ha destacado la importancia y el rol del manifiesto de carga. En este sentido, el TJCA ha precisado que este documento “es vital para que la administración de aduanas verifique la concordancia entre lo que el transportista dice transportar y lo que realmente transporta.”⁹²

Mientras tanto, como parte del desarrollo de sus políticas de integración a nivel regional, el Perú suscribió el Acuerdo de Cartagena con Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador, aceptando una serie de obligaciones en el seno de la Comunidad Andina. En ese sentido, se debe indicar que el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala expresamente que las Decisiones de la Comisión son directamente aplicables en los Países Miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que en la misma Decisión se señale una fecha distinta. El segundo párrafo de esta norma agrega que de ser necesario las Decisiones se incorporarán al derecho interno y, además, se indica la fecha de su entrada en vigencia en cada País Miembro.

En este contexto, la Comisión de la CAN, en el ejercicio de las facultades que le han sido otorgadas, y teniendo en cuenta que los Países Miembros no habían adoptado el Convenio Internacional para la Simplificación y

⁹² TJCA. Proceso 1-AI-2013. para. 79.

Armonización de los Regímenes Aduaneros, es decir, el Protocolo de Enmienda del Convenio de Kyoto Revisado de 1999, decidió adoptar la Decisión 671 sobre Armonización de los Regímenes Aduaneros. Esta Decisión es directamente aplicable en el territorio peruano y su cumplimiento puede exigirse a partir de la fecha de su publicación o, conforme lo estipula la Decisión 716, a partir del 1 de junio del 2010.⁹³ Esta normativa andina no requiere ser incorporada en la legislación peruana.

De manera específica, la Decisión 671 busca regular las relaciones jurídicas entre las administraciones aduaneras y las personas naturales y jurídicas que participen en los procesos de ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías al y desde el territorio aduanero comunitario.

El capítulo II de la norma andina mencionada regula la introducción y la salida de mercancías del territorio aduanero comunitario.⁹⁴ De esta manera, con respecto al **manifiesto de carga transmitido por medio electrónico**, el artículo 10 dispone lo siguiente:

- “1. Las autoridades aduaneras podrán exigir al transportista la transmisión previa del manifiesto de carga que contenga la información exigida por la administración aduanera.
2. La información del manifiesto de carga transmitida previamente se considerará definitiva en el momento de llegada del medio de transporte al territorio aduanero comunitario.”

⁹³ La entrada en vigencia de la Decisión 671 fue modificada mediante la Decisión 716, la misma que fue publicada en la Gaceta Oficial el 9 de setiembre de 2009.

⁹⁴ El artículo 3 de la Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina, del 16 de julio de 2007, señala que:

“1. El territorio aduanero comunitario comprende:

- a) El territorio de la República de Bolivia;
- b) El territorio de la República de Colombia;
- c) El territorio de la República de Ecuador; y,
- d) El territorio de la República de Perú.

2. Se incluyen en el territorio aduanero comunitario las aguas territoriales, las zonas económicas exclusivas y el espacio aéreo donde se ejerce la potestad aduanera de los Países Miembros de la Comunidad Andina”.

Puede notarse que el segundo párrafo de la norma citada explícitamente se refiere a dos características que son de suma relevancia. Por una parte, se establece la posibilidad de que la transmisión de los manifiestos de carga sea realizada por vía electrónica. Por otra parte, la norma precisa el carácter definitivo que dicho manifiesto adquiere al momento de llegada del medio de transporte al territorio aduanero comunitario.

En ese sentido, resulta claro que, al indicarse el carácter definitivo de la transmisión, la intención del legislador comunitario fue la de establecer como mínimo dos momentos durante el proceso de transmisión del manifiesto de carga; uno constituido por su carácter definitivo y el otro de carácter provisional o temporal. Este segundo supuesto se refiere al momento desde que el manifiesto de carga es transmitido antes del arribo de la mercadería hasta la llegada de la misma.

Como antes se ha mencionado, el TJCA ha destacado la oportunidad que tiene el transportista de realizar los cambios que requiera antes del arribo del buque a puerto.⁹⁵ La interpretación de la SUNAT al no permitir esos cambios sino, por el contrario, considerar como definitivo el manifiesto de carga antes del arribo de la nave, afectaba dicha oportunidad del transportista.

A la luz de la jurisprudencia analizada en torno a la adopción de medidas nacionales que son incompatibles con el principio de libre circulación de mercancías, esta afectación a la oportunidad del transportista también constituye un obstáculo al comercio. Por consiguiente, este tipo de medidas califican como una restricción a la importación contraria al artículo 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

Con el fin de clarificar la posición de la Comunidad Andina con respecto al carácter provisional y definitivo de la transmisión del manifiesto de carga,

⁹⁵ TJCA. Proceso I-AI-2013. para.81 y 82.

resulta relevante recurrir a la Decisión 574 que regula el Régimen Andino sobre Control Aduanero. Sobre este tema en particular, el artículo 6 de la Decisión 574 contempla que:

“Las mercancías que lleguen o salgan del territorio aduanero comunitario deberán estar amparadas por un Manifiesto de Carga que será presentado ante la aduana por el transportista o por su representante legal, antes de la llegada o a la partida del medio de transporte.

.... La información contenida en el manifiesto previo se consolidará como manifiesto definitivo en el momento de la llegada del medio de transporte al territorio aduanero comunitario.”

A fin de profundizar en el análisis del tema del carácter definitivo y provisional de la transmisión del manifiesto de carga, es necesario analizar la justificación que se ha dado para contemplar dicha provisionalidad. Evidentemente, el legislador comunitario busca establecer un período dentro del cual la transmisión de dicho manifiesto adquiere el carácter de provisional. Este periodo serviría para que el transportista o el operador encargado de dicha transmisión puedan realizar las rectificaciones, correcciones, incorporaciones u otras acciones análogas.

Se puede advertir que la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) asume una posición similar. En este sentido, a través de numerosos documentos presentados a la SUNAT, esta Asociación ha expresado claramente su posición y ha indicado que:⁹⁶

“Entendiendo que la normativa comunitaria establece el carácter de definitiva a la información contenida en el manifiesto de carga al momento del arribo o llegada del medio de transporte, cualquier subsanación o corrección previa a dicho momento debería ser admitida y sin sanción, en el sentido que aún es información con una naturaleza transitoria o provisional. Deducir lo contrario haría ociosa la distinción expresamente descrita en el artículo 10° de la

⁹⁶ Recurso de Reclamación presentado por la APAM ante la Administración Aduanera de fecha 15 de mayo del 2009.

Decisión 671, es decir, entre el carácter provisional y definitivo de la información transmitida electrónicamente del manifiesto de carga. El carácter definitivo de la información del manifiesto al momento de llegada del medio de transporte indefectiblemente marca un momento en el cual la información del manifiesto de carga transmitida por el transportista podrá ser verificada por las autoridades aduaneras, y podrá ser objeto de corrección o subsanación sujeto a sanción según lo regulado por cada País Miembro”.

A partir de estas consideraciones expuestas, coincidimos con lo expresado por el TJCA en el Proceso 1-AI-2013 y consideramos que la SUNAT incurrió en un incumplimiento objetivo de lo estipulado en la Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina. Dicho incumplimiento se produce al otorgarse el carácter de definitivo a la transmisión del manifiesto de carga realizada de forma previa a la llegada de las naves al puerto del Callao. Según el TJCA, el incumplimiento objetivo se presenta cuando se realiza *“la simple confrontación de las normas comunitarias vulneradas y la acción u omisión del país contraventor”*.⁹⁷

Los informes de la SUNAT establecen que el manifiesto de carga tiene carácter definitivo una vez vencido el plazo establecido en el Reglamento de la Ley General de Aduanas, es decir, 48 horas antes de la llegada de la nave a puerto. Por ende, a diferencia de lo que permite la Decisión 671, en aplicación de las normas peruanas, se privaba al transportista de la posibilidad de modificar el manifiesto de carga.

En el Proceso 3-AI-2013, el TJCA declaró el incumplimiento objetivo del artículo 10 numeral 2 de la Decisión 671. Sin embargo, resulta relevante proponer otra vía de análisis como la de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena para esta clase de medidas. Hay que tener en cuenta que pueden existir diferentes formas de interpretar la misma norma. De hecho, la sentencia emitida en el Proceso 3-AI-2013 fue adoptada por mayoría; por lo

⁹⁷ TJCA. Proceso 1-AI-2013. para. 75.

cual, no existe unanimidad respecto a la existencia del incumplimiento de la Decisión 671 en el propio TJCA.

En este contexto, resulta pertinente que los operadores del comercio conozcan de otras vías disponibles en el marco de la normativa andina que se sumen a la ya alegada violación de la Decisión 671.

Por otro lado, debe observarse que en el Proceso 3-AI-2013, este incumplimiento del numeral 2 artículo 10 de la Decisión 671 ha sido determinado por el TJCA a pesar de la naturaleza no vinculante de los informes de la SUNAT. Sobre este aspecto, el TJCA aseveró que:

“Si bien los informes de la SUNAT no serían considerados normas jurídicas por la falta de su carácter vinculante, sí pueden ser el móvil de incumplimiento, ya que pueden constituir: i) un acto opuesto al derecho andino y/o ii) un acto que de alguna manera dificulte dicho derecho andino”.⁹⁸

Asimismo, debe destacarse que, en el mismo proceso antes mencionado, el TJCA ha considerado este tipo de medidas adoptadas por los Países Miembros de la CAN como parte de lo que ha denominado un “derecho suave”. Al reconocer esta forma del derecho, el TJCA ha declarado que el mismo tiene efectos jurídicos al punto que los Países Miembros asumen la responsabilidad por la adopción de dichas medidas si se determina que existe una violación del ordenamiento jurídico andino.

Sobre el particular, es oportuno mencionar que el TJCA ha destacado que:

“Las entidades administrativas de carácter técnico o sectorial son los órganos de ejecución de políticas y normativa técnica o sectorial a nivel nacional [...] y mediante actos no vinculantes como los informes, declaraciones, consultas, etc., pueden establecer un canal de dialogo con el administrado que acude para la prestación de sus servicios, indicándole

⁹⁸ TJCA. Proceso 1-AI-2013.para.68.

formas, parámetros y escenarios interpretativos para su adecuada actuación ante la entidad. Este tipo de “derecho suave” puede tener efecto jurídico, ya que plasma la manera en que cierta entidad estatal entiende la interpretación de las normas jurídicas aplicables. En este sentido, se advierte que este tipo de mecanismo, aunque no sea vinculante, podría constituir una vulneración del ordenamiento jurídico comunitario andino, o por lo menos podría generar una barrera para su correcta aplicación. Simplemente los administrados seguirán el parámetro interpretativo de la entidad aunque se plasme en plataformas no vinculantes.”⁹⁹

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que las medidas nacionales no vinculantes también pueden ser atribuidas a un País Miembro de la CAN y, por lo tanto, acarrear la responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de dicho acuerdo regional. De esta manera, a partir de esta jurisprudencia, los informes de la SUNAT de naturaleza no vinculante, en tanto tienen el efecto restrictivo sobre las importaciones antes analizado a la luz de la jurisprudencia andina, pueden también ser considerados como una medida adoptada por el Perú. Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, dicha medida puede ser calificada como una restricción al comercio que contraviene el principio de libre circulación de mercancías.

De esta manera, una propuesta de multa, así como un informe de la autoridad aduanera que contiene su opinión o interpretación de las normas nacionales pueden ser igualmente calificados como restricciones al comercio en la CAN.

De manera complementaria, es ilustrativo analizar de qué manera, en el marco de la OMC, las medidas no vinculantes también se han considerado como medidas adoptadas por los Miembros de la OMC que pueden, en consecuencia, infringir las normas multilaterales.

En este sentido, la interpretación del artículo XI del GATT, y el concepto de

⁹⁹ TJCA. Ob.cit.para.69.

“otras medidas” que podrían ser consideradas como una restricción al comercio, ha sido tan amplia que incluye las medidas no vinculantes adoptadas por los Estados. Un ejemplo de este tipo de medidas puede encontrarse en el caso *Japón-Comercio de Semiconductores*. En este caso, el Grupo Especial afirmó que:

“el artículo XI.1, a diferencia de otras disposiciones del Acuerdo General, no hacía referencia a leyes o reglamentaciones sino, en términos más amplios, a medidas. De esa terminología se desprende claramente que todas las medidas impuestas o mantenidas por una parte contratante que restringieran la exportación o la venta para la exportación de un producto quedaban regidas, independientemente de su condición jurídica, por esa disposición.”¹⁰⁰

Por su parte, si revisamos la jurisprudencia del TJUE también encontramos que las medidas no vinculantes adoptadas por los Estados pueden ser consideradas como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas; y, por lo tanto, ser calificadas como contrarias al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el artículo 34 del TFUE.

De esta manera, en el caso *AGM vs. Finlandia y Jarmo Lehtinen*,¹⁰¹ el TJUE opinó que un pronunciamiento de un funcionario público puede ser considerado como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. En este caso, la empresa AGM, exportadora de maquinaria para ascensores a Finlandia, fue cuestionada debido al incumplimiento de las medidas de seguridad establecidas por la normativa finlandesa y los estándares de la Unión Europea. En una entrevista en televisión, el funcionario en materia de seguridad, el señor Lehtinen, declaró que las maquinarias eran peligrosas y no cumplían con las normas exigidas.

¹⁰⁰ OMC, Informe del Grupo Especial. *Japón-Comercio de Semiconductores*. Documento L/6309 - 35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988. p.32.

¹⁰¹ TJUE. Asunto C-470/03 *AGM vs. Finlandia y Jarmo Lehtinen*. Sentencia del 17 de abril de 2007.

Estas declaraciones del señor Lehtinen llamaron la atención de la prensa, y otras asociaciones donde se trataba el tema de los ascensores peligrosos. Este hecho afectó la venta de las maquinarias de AGM. Frente a este evento, el TJUE consideró que las declaraciones del señor Lehtinen constituían posiciones oficiales que pueden ser atribuidas al Estado.

En la misma jurisprudencia europea, puede encontrarse otro caso en el cual el TJUE adoptó la posición de que las medidas no vinculantes adoptadas por un Estado pueden constituir una violación al principio de libre circulación de mercancías. En este sentido, en el caso Comisión vs. Irlanda, conocido como “Compra lo irlandés”, el TJUE consideró que la campaña publicitaria auspiciada por el Gobierno de Irlanda para favorecer y estimular en los consumidores la compra de productos irlandeses en el mercado nacional constituía una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Por un lado, Irlanda objetaba que las medidas restrictivas en el marco del actual artículo 34 del TFUE solo debían ser las medidas vinculantes adoptadas por un gobierno. No obstante, el TJUE aclaró que el efecto potencial de dicha medida en las importaciones era comparable con el resultado que se podría obtener con la aplicación de medidas vinculantes. Por lo tanto, esta práctica de Irlanda se consideró que se encontraba dentro del alcance de la prohibición contenida en el artículo 34 del TFUE.¹⁰²

En el caso “Compra lo irlandés”, el TJUE destacó que las medidas no vinculantes adoptadas por un gobierno pueden ser capaces de influenciar la conducta de los comerciantes y consumidores en un Estado y, por tanto, frustrar el objetivo de lograr la libre circulación de mercancías.¹⁰³

A partir de la revisión de estos casos, resulta claro que los órganos de solución de controversias internacionales entienden que incluso medidas no

¹⁰² TJUE. Asunto 249/81 Comisión vs. Irlanda [1982] ECR 4005.para.21-27.

¹⁰³ TJUE. Ob.cit.para.28.

vinculantes adoptadas por los Estados pueden contravenir un acuerdo comercial internacional. En este sentido, se observa de qué manera este tipo de medidas pueden ser consideradas, además, como una violación a la obligación de eliminar las restricciones al comercio la cual ha sido asumida por los Estados en la CAN, en la OMC y en la Unión Europea. Por lo tanto, existe una coherencia entre estos acuerdos comerciales internacionales con respecto a que las medidas no vinculantes pueden producir un efecto restrictivo en el comercio, y como resultado, pueden ser consideradas contrarias al principio de libre circulación de mercancías.

En este contexto, el objetivo alegado por la SUNAT en el sentido de que su entendimiento o interpretación, expuesta en sus Informes, busca obtener la información de la mercancía que está próxima a arribar a nuestros puertos con la debida anticipación puede ser entendido e, incluso, considerarse adecuado. No obstante, es importante considerar que, a pesar de dicho objetivo, el otorgarle el carácter definitivo a la transmisión del manifiesto de carga antes del arribo de la nave generaba una gran exposición a los agentes marítimos. En efecto, como puede advertirse, estos agentes asumían el pago de multas de manera constante debido a, por un lado, la realización de incorporaciones al manifiesto de carga, y por otro lado, en su defecto, por no poder cumplir con transmitir el manifiesto de carga de manera completa.

2.2. La obligación de transmisión de manifiestos de carga Marítima conforme a la Ley General de Aduanas

Los artículos 34, 35, 36 y 37 de la antigua Ley General de Aduanas (en adelante LGA), aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 809, regulaban la transmisión de los manifiestos de cargas.

Se pueden puntualizar algunos aspectos con respecto a la forma como la LGA regulaba este tema materia de estudio.

En primer lugar, de acuerdo con el Reglamento de la LGA, el transportista o su representante debían entregar el manifiesto de carga a las autoridades aduaneras. Esta obligación se mantiene en la actual LGA (Decreto Legislativo N° 1053). En segundo lugar, las compañías transportadoras responsables de las mercancías estaban, a su vez, obligadas a elaborar una lista de bultos o mercancías sobrantes hasta el momento de realizarse su entrega a los almacenes aduaneros. En tercer lugar, los errores, la corrección y la cancelación de los manifiestos de carga eran regulados por la LGA y su respectivo Reglamento.

Por su parte, el artículo 103 de la actual LGA regula la transmisión del manifiesto de carga de ingreso de la siguiente manera:

“El transportista o su representante en el país deben transmitir hasta antes de la llegada del medio de transporte, en medios electrónicos, la información del manifiesto de carga y demás documentos, en la forma y plazo establecidos en el Reglamento.”

Como puede observarse, las compañías de transporte tienen la obligación de remitir, con anticipación a su llegada, una copia del manifiesto a las Aduanas. De esta manera, antes del arribo de la nave a puerto, la administración tributaria puede presumir cuál será la base imponible (e inclusive los sujetos pasivos) del arancel. Como consecuencia, el manejo y procesamiento de esta información resulta ser vital para que la red informática de aduanas entre en funcionamiento. Dicha transmisión es posible gracias a que el uso del lenguaje EDI (Intercambio Electrónico de Datos) de las Naciones Unidas ha sido generalizado a nivel mundial no solo por las agencias marítimas y navieras, sino también por las principales aduanas y operadores de comercio exterior.

En el caso peruano, los transportistas tienen la obligación de remitir la información del manifiesto de carga, en medios magnéticos o a través de

transmisiones por enlace antes de la llegada de la nave. En este sentido, en caso de producirse un incumplimiento, de conformidad con lo establecido por el artículo 192 inciso d), numeral 1 de la LGA, los transportistas son sancionados con la imposición de una multa de una (1) UIT. Esta multa puede aplicarse incluso a los medios de transporte que arriben sin carga. En este último supuesto, de acuerdo con la norma mencionada, los transportistas **“deberán transmitir el manifiesto de carga indicando tal condición”**. Asimismo, el artículo 34 de la LGA señala que el Reglamento establecerá el plazo de presentación del manifiesto de carga. En este orden de ideas, el artículo 144 del Reglamento estipula que la transmisión o registro de datos debe efectuarse:¹⁰⁴

- En la vía marítima, hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la llegada de la nave.
- En la vía aérea, hasta dos (2) horas antes de la llegada de la aeronave.
- En la vía terrestre, fluvial y demás vías, hasta antes de la llegada del medio de transporte.
- Cuando la travesía sea menor a los plazos indicados en los literales a) y b), hasta antes de la llegada del medio de transporte.

Mientras tanto, el artículo 104 de la LGA regula la presentación física del manifiesto de carga de la siguiente manera:

“La Administración Aduanera podrá autorizar la presentación física del manifiesto de carga y/o los demás documentos en los casos, forma y plazo establecidos en el Reglamento.”

Hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 809, el control aduanero del manifiesto de carga tenía como eje la entrega física del mismo por parte del capitán al momento de arribo de la nave, cuando se

¹⁰⁴ Cosío Jara, Fernando Edgar (2007). *Ob. Cit.* pp. 384-385. Véase también, Cosío Jara, Fernando Edgar (2012). *Comentarios a la Ley General de Aduanas: Decreto Legislativo N° 1053*. Lima: Jurista Editores. pp. 489-490.

usaba la vía marítima o, tratándose de otros medios de transporte, por el piloto o conductor al momento de llegada. Por su parte, el artículo 103 de la nueva LGA establece la obligación que el transportista transmita de manera electrónica el manifiesto de carga antes de la llegada de la nave. Asimismo, la presentación física del manifiesto de carga por parte del transportista a la Administración Aduanera, procede, de manera facultativa, sólo ante la imposibilidad de cumplimiento de esta transmisión. En este supuesto, los transportistas quedarán eximidos de la transmisión electrónica de la información del ingreso de mercancías.

En relación con la rectificación y la posibilidad de agregar documentos, el artículo 105 de la actual LGA estipula lo siguiente:

“De acuerdo a la forma y plazo que establezca el Reglamento, el transportista podrá rectificar e incorporar documentos al manifiesto de carga hasta antes de la salida de la mercancía del punto de llegada, siempre que no se haya dispuesto acción de control alguna sobre ésta.”

Sobre el particular, para Fernando Cossio esta norma citada es la que diferencia esta LGA de sus predecesoras, de acuerdo con las cuales, la rectificación de errores en el manifiesto de carga y los demás documentos que estaban obligados a presentar los transportistas, constituían siempre infracción sancionable (salvo errores considerables). Por esto, no se admitía la opción de incorporar documentos y, por esta razón, la mercancía no manifestada era decomisada.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 146 del Reglamento de la LGA y el Procedimiento de Rectificación de Errores del Manifiesto INTA.PE.09.02, estas rectificaciones o incorporaciones de documentos pueden efectuarse por vía física o electrónica e incluso a través del portal web. Si bien el procedimiento busca la aprobación automática de las solicitudes, la referida norma dispone que la Administración Aduanera pueda requerir, al transportista

o su representante en el país, la documentación que sustente la solicitud; dicha solicitud es considerada como no contenciosa y está vinculada con la determinación de la obligación tributaria. Además, esta solicitud puede referirse a:¹⁰⁵

- La rectificación de errores del manifiesto de carga. Este supuesto se presenta cuando existen errores vinculados con la descripción de mercancías, la etiqueta, la marca, el peso, el número de bultos, la numeración de los documentos de transporte, del contenedor o del precinto y los que modifiquen la identidad del consignatario, entre otros. Esta rectificación se puede producir aun cuando la mercancía ha sido consignada en el manifiesto de carga o en los demás documentos transmitidos o presentados por el transportista.
- La incorporación de documentos de transporte al manifiesto de carga de ingreso, cuando se verifica que determinada mercancía no se encuentra consignada en el manifiesto de carga o en los documentos que son presentados o transmitidos por el transportista.

En cuanto al plazo de presentación de las solicitudes, la norma establece un límite, es decir, dicha presentación se realizará **“antes de la salida de la mercancía del punto de llegada”**, de manera que no debe ser retirada del puerto, aeropuerto o depósito temporal. Asimismo, tal presentación es condicionada y se establece que debe realizarse siempre y cuando no exista una acción de control extraordinaria en trámite dispuesta por la administración aduanera (por ejemplo, que se disponga la incautación de mercancía sin destinación que es sometida a control no intrusivo *-scanner-* cuando se compruebe que no guarda relación con la mercancía manifestada).

Debe tenerse en cuenta que, conforme lo establece el artículo 192 inciso d) numeral 4 de la LGA, independientemente que se permita la rectificación y la

¹⁰⁵ Cosío Jara, Fernando Edgar. *Ob. Cit.* pp. 494-495.

incorporación de documentos, también se sanciona con multa los errores de descripción y la mercancía no manifestada, siempre y cuando estos no se hayan consignado correctamente al momento de la declaración.¹⁰⁶

Asimismo, con respecto a la Transmisión del Manifiesto de Carga Desconsolidado, el artículo 106 de la LGA señala lo siguiente:

“El agente de carga internacional debe transmitir hasta antes de la llegada del medio de transporte en medios electrónicos la información del manifiesto de carga desconsolidado, en la forma y plazo establecidos en el Reglamento.
En los casos que la Administración Aduanera establezca se podrá autorizar la presentación física del manifiesto de carga desconsolidado en la forma y plazo que señale el Reglamento.”

Esta norma se ocupa del proceso de ingreso del medio de transporte al territorio aduanero, pero con respecto a la carga consolidada que conduce, es decir, aquella perteneciente a uno o varios consignatarios agrupados bajo la responsabilidad de un agente de carga para su traslado al país. Esta carga forma parte de un documento de transporte “master” emitido por el transportista, el cual figura en el manifiesto de carga general. Esta información sirve de fuente para la elaboración de este manifiesto denominado desconsolidado; se llama así porque corresponde al agente de carga (el consolidador) la separación y distribución de dichas mercancías.

De conformidad con el artículo 29 incisos a) y b) de la LGA, el agente de carga y el transportista de la carga general, tienen la obligación de remitir a la Administración Aduanera, en la forma y plazo establecidos en el Reglamento, la información del manifiesto de carga en medios electrónicos. Excepcionalmente, podrán presentarlo de manera física, pero al no asumir responsabilidad por toda la carga trasladada en el medio de transporte, solamente están obligados con respecto a la carga que forma parte del

¹⁰⁶ Ibid.p. 495. Matsuura Sánchez, Hugo. Ob. Cit. pp. 373-374.

denominado manifiesto de carga desconsolidado. Este manifiesto es emitido por el agente consolidador en el origen, con el detalle de la carga, servirá para solicitar la desconsolidación.¹⁰⁷

Conforme al artículo 149 del Reglamento de la LGA, en los casos que, en su defecto, la Administración Aduanera autorice la presentación física del manifiesto de carga desconsolidado, dicha presentación debe efectuarse “hasta la llegada del medio de transporte” y agregarse al manifiesto de carga copia de los documentos de transporte. De acuerdo con el artículo 192 inciso e) numeral 1 de la misma ley, los agentes de carga que “no entreguen a la Administración Aduanera los manifiestos desconsolidados... o no transmitan la información contenida en este, según corresponda dentro del plazo establecido en el Reglamento” cometen infracción aduanera y pueden ser sancionados con una multa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo señalado en los artículos 148 y 149 del Reglamento, la información del manifiesto de carga desconsolidado solo se considerará transmitida electrónicamente o remitida físicamente cuando se transmita la totalidad de los documentos de transporte.¹⁰⁸

En cuanto a la rectificación y la posibilidad de agregar documentos por parte del agente de carga internacional, el artículo 107 de la actual LGA contempla que:

“De acuerdo a la forma y plazo que establezca el Reglamento, el agente de carga internacional podrá rectificar e incorporar documentos al manifiesto de carga hasta antes de la salida de la mercancía del punto de llegada, siempre que no se haya dispuesto acción de control alguna sobre ésta.”

Al igual que en el caso del transportista, la nueva LGA permite al agente de carga la posibilidad no sólo de rectificar errores, sino también de incorporar

¹⁰⁷ Ibid. p.496.

¹⁰⁸ Ibid. p.497.

documentos al manifiesto de carga desconsolidado que ha sido transmitido o presentado físicamente a la Aduana. De acuerdo con lo establecido por el artículo 29 de la ley, esta posibilidad de rectificar errores constituye un derecho más que una obligación. Cabe señalar que la LGA anterior prohibía expresamente la admisión de rectificación de errores del manifiesto de carga desconsolidado a través de la incorporación de documentos de transporte después que la autoridad aduanera lo había recibido.

De acuerdo con esta norma, la rectificación de errores o incorporación de documentos al manifiesto de carga desconsolidado se efectúa en la forma y el plazo establecidos por el artículo 150 del Reglamento. A la luz de esta norma, este proceso se realiza **“por medios electrónicos hasta antes de la salida de la mercancía del punto de llegada”**. Como regla general, la aprobación es automática. Sin embargo, en algunos casos **“la Administración Aduanera podrá requerir al agente de carga internacional la documentación que sustenta la rectificación o incorporación”**, en cuyo caso el procedimiento requiere de una evaluación previa del funcionario de Aduanas.

Asimismo, el procedimiento INTA.PE.09.02 establece los formularios para la presentación de estas solicitudes y precisa que:

“... en las intendencias de aduana donde no se realiza la transmisión electrónica ni el registro en el portal web de la SUNAT del proceso de manifiesto de carga, o cuando éstos no se puedan realizar por tratarse de operadores no regulares, el transportista o su representante en el país o el agente de carga internacional se sujetan al proceso de presentación de expediente de rectificación de errores o incorporación de documentos de transporte al manifiesto de carga”.

De la misma manera que cuando se trata de la carga general, no procede la rectificación de errores o incorporación de documentos al manifiesto de carga desconsolidado, cuando la autoridad aduanera dispone la ejecución de una

acción de control extraordinario; esta prohibición se mantiene hasta su culminación.¹⁰⁹

Se observa que si bien la LGA fija un plazo para rectificar o incorporar documentos al manifiesto de carga desconsolidado por parte del agente de carga, la presentación de la información dentro de dicho plazo no libera a dicho agente de la aplicación de una infracción cometida por el error.¹¹⁰ Por su parte, aun cuando poder efectuar esta rectificación o incorporación de documentos es una facultad del agente de carga, la Administración Aduanera puede rectificar de oficio la información del manifiesto de carga y demás documentos exigibles al momento del ingreso o la salida del medio de transporte y, además, disponer la incorporación de documentos de transporte al manifiesto de carga antes, durante o con posterioridad al despacho.¹¹¹

2.3. El criterio de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) en relación con la obligación de transmisión de manifiesto de carga marítima

Sobre este tema resulta relevante indicar que desde la entrada en vigencia de la nueva LGA y la emisión de los Informes de la SUNAT que estudiamos más adelante, no se han encontrado casos sobre el particular. En este sentido, Aduanas, como parte del ejercicio de su facultad discrecional, no sancionaba la incorporación de documentos de transportes a los manifiestos de carga previamente transmitidos, los mismos que podían ser rectificadas hasta antes de la llegada de la nave al puerto de destino. Sin embargo, dicho criterio cambió y la SUNAT comenzó a sancionar a los agentes marítimos utilizando la nueva interpretación contenida en sus Informes.

¹⁰⁹ Ibid.p.498-499.

¹¹⁰ Artículo 192 inciso e) numeral 2 de la LGA.

¹¹¹Ibid.p.499.

A partir de la aplicación del criterio de la SUNAT contenido en sus Informes, se impusieron multas a los agentes marítimos, las cuales fueron materia de reclamaciones. A su vez, esta actuación de la SUNAT dio origen a que se presenten apelaciones ante el Tribunal Fiscal.

A fin de poder analizar la nueva interpretación adoptada por la SUNAT, resulta pertinente citar, en sus partes relevantes, sus Informes vinculados con la transmisión del manifiesto de carga.

En particular, el Informe N° 089-2011-SUNAT destaca lo siguiente:¹¹²

“(…) la obligación establecida por la Ley General de Aduanas es la transmisión de la información del manifiesto de carga y demás documentos hasta antes de la llegada o salida del medio de transporte en la forma y plazo establecida por su Reglamento (…) [en la vía marítima hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la llegada de la nave]. (…) Una vez vencido el plazo establecido por el Reglamento de la Ley General de Aduanas para la transmisión del manifiesto de carga según el manifiesto del que se trate, la mencionada transmisión adquiere carácter de definitiva y en consecuencia, cualquier agregación de documentos de transporte o rectificación en la descripción de la mercancía ya manifestada configurara infracción tipificada por el numeral 6) del inciso d) del artículo 192° de la Ley General de Aduanas”.

Una revisión de este Informe permite observar que la Superintendencia Nacional de Aduanas, como ente de administración, consideraba que la transmisión electrónica del manifiesto de carga se debería realizar hasta 48 horas antes de la llegada de la nave, siempre y cuando provenga de un puerto lejano y, además, una vez vencido este plazo, dicha transmisión adquiriría el carácter de definitiva. Como consecuencia, cualquier rectificación al manifiesto de carga podía ser sancionada con una multa.

¹¹² SUNAT. Informe N° 089-2011-SUNAT-2B4000 de fecha 26 de agosto de 2011.

Complementando lo establecido por el Informe anterior, cabe mencionar que el Informe N° 083-2012-SUNAT adoptado por la SUNAT dispone lo siguiente:¹¹³

“(…) esta Gerencia [Jurídica Aduanera] ha señalado mediante el Informe N° 089-2011/SUNAT/2B4000, que en los supuestos en los que habiéndose transmitido el manifiesto de carga dentro del plazo de ley, el transportista haya omitido la consignación de alguno de los documentos de transporte que debieron ser consignados en el mismo, dicha omisión no configura la comisión de la infracción prevista por el numeral 1 del inciso d) del artículo 192° de la LGA, por cuanto la obligación del transportista de transmitir electrónicamente los documentos de transporte se entiende cumplida dentro del plazo de ley y que respecto a los documentos omitidos procede más bien su adición al Manifiesto. Precisando el mismo informe que cualquier agregación de documentos de transporte (...) configurará la comisión de la infracción tipificada por el numeral 6 del inciso d) del artículo 192° de la LGA”.

En virtud de estos dos Informes arriba citados, se puede notar que la SUNAT establecía el momento en el cual el manifiesto de carga transmitido adquiría el carácter de definitivo. De esta manera, se limitaba las acciones realizadas por las agencias marítimas que eran las encargadas de transmitir dicha información tal como lo establece el numeral 6, inciso d) del artículo 192 de la LGA.

A partir de esta interpretación, puede deducirse el alto grado de exposición que tenían los Agentes Marítimos frente a la posible imposición de multas, sobre todo, si se tiene **como base un período de 4 años anteriores a la emisión de dicho informe**. Es evidente que estas sanciones daban como resultado el aumento de los costos operativos de los Agentes Marítimos al incrementarse los fletes de transporte.

En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta que no solo en la CAN las multas o propuestas de multas desproporcionales han sido calificadas como

¹¹³ SUNAT. Informe N° 083-2012-SUNAT-4B4000 de fecha 15 de junio del 2012.

restricciones al comercio incompatibles con los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Además, en el marco de la OMC, las multas impuestas a los importadores pueden ser consideradas como restricciones al comercio contrarias al artículo XI del GATT.

Por ejemplo, en el caso Brasil-Neumáticos recauchutados,¹¹⁴ el Grupo Especial opinó que la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados impuesta por el Brasil era una infracción al artículo XI.1 del GATT. Asimismo, cabe destacar que las multas sobre la importación, comercialización, transporte, almacenamiento, conservación o mantenimiento en depósito o en almacenes de neumáticos recauchutados también fueron consideradas como restricciones al comercio y, por lo tanto, tales medidas eran contrarias al artículo XI.1 del GATT. Debe notarse que el Grupo Especial adoptó esta posición con respecto a las multas porque, en su opinión, una multa “impone condiciones limitativas en relación con la importación de neumáticos recauchutados”.¹¹⁵

En esta misma línea, en el caso Brasil-Neumáticos recauchutados, el Grupo Especial analizó la naturaleza de la multa y observó que:

“las multas, en su conjunto, incluidas las multas por comercialización, tienen por efecto penalizar el acto de “importar” neumáticos recauchutados, sometiendo a los neumáticos recauchutados ya importados y existentes en el mercado interior brasileño a multas por una cuantía prohibitivamente costosa”.¹¹⁶

Sobre este mismo punto, también en este caso, el Grupo Especial tuvo en cuenta el nivel de las multas y de qué manera dichas multas excedían el nivel de los precios medios de los neumáticos. Es así que el Grupo Especial evaluó

¹¹⁴ OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil - medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, 12 de junio de 2007. p.306.

¹¹⁵ OMC, Ob.cit. p.306.

¹¹⁶ Ibid.p.288.

este factor para considerar que dichas multas tenían un efecto restrictivo en las importaciones.¹¹⁷

En el marco de la OMC, a propósito de este caso, puede observarse que no solo la medida misma, en este caso, una prohibición a la importación de neumáticos, sino las sanciones impuestas como consecuencia de la infracción de normas aplicables a las importaciones de tales productos pueden ser consideradas restricciones al comercio debido al efecto restrictivo que tienen sobre las importaciones.

Los informes de la SUNAT, tal como se encuentran planteados, no tomaron en cuenta consideraciones importantes con respecto a la operatividad internacional.

Efectivamente, los transportistas internacionales podrían optar por no transmitir el manifiesto de carga completo, y aceptar el pago de la multa que después será incorporado como parte de sus costos fijos.

Sobre esta base, es evidente que, al considerar dicha multa como un costo, éste es cargado al precio final de los servicios prestados. Esta forma de operar genera, como consecuencia, que las importaciones de bienes se hagan más onerosas, especialmente para los importadores que realizan sus operaciones a través de los puertos del norte del Perú.

Esta situación descrita evidencia que la medida adoptada por la SUNAT es inconsistente con el objetivo que busca alcanzar. Esto se produce debido a que, por un lado, la omisión de transmitir el manifiesto de carga se sanciona con una multa de una (1) UIT y, por otro lado, la transmisión incompleta, es decir, la que requiere de incorporaciones, se sanciona con una (1) UIT por cada documento de transporte que se incorpore.

¹¹⁷ Ibid.p.288.

Resulta evidente que ante el grado de exposición que existe por cada uno de los documentos de transporte, y a fin de evitar sanciones mayores, los Agentes Marítimos podrían optar válidamente por no transmitir el manifiesto de carga y cancelar la multa de una (1) UIT. A la luz de estas consideraciones, se concluye que el objetivo buscado por la SUNAT, es decir, obtener la información con anticipación para implementar las medidas de control, deviene en ineficaz.

Por su parte, a manera de ilustración, cabe mencionar que países como Argentina y Uruguay han tomado en cuenta dicha operatividad y han establecido un plazo para la transmisión del manifiesto de carga. Además, se permite realizar las incorporaciones y rectificaciones hasta antes de la llegada de la nave al puerto de destino.¹¹⁸

Asimismo, es importante indicar que el representante de la línea naviera a cargo de la nave es el encargado de la apertura de las cabeceras de los manifiestos de carga de una determinada nave. Sin embargo, tratándose de un servicio combinado, los demás transportistas tienen que transmitir sus manifiestos de carga sobre la misma nave.¹¹⁹ De esta forma, el representante de la nave genera la cabecera del manifiesto de carga ante la SUNAT pero en una nave de servicios combinados. En cambio, los demás transportistas también tienen que transmitir su manifiesto de carga, pero el representante de la nave es el único responsable por los manifiestos no transmitidos. Por consiguiente, la legislación establece la obligación de que cada transportista transmita su propio manifiesto; sin embargo, un único agente marítimo es el responsable por las multas que se puedan aplicar por la realización de una incorporación.

¹¹⁸ Evergreen Line – Glodoc [Documentation/Global Doc/Chapter 9.9/Import Customs Regulations Summary- Central and South America].

¹¹⁹ Servicio combinado: servicio por el cual en una misma nave distintas líneas navieras transportan sus mercaderías.

Es relevante indicar que, por definición, el manifiesto de carga¹²⁰ contiene datos muy importantes con respecto al medio de transporte, el número de bultos, el peso e identificación de la mercancía que comprende la carga, entre otros aspectos. Desde el punto de vista de la SUNAT, contar con dicha información con la debida anticipación es importante para el cumplimiento del control aduanero. No obstante, dicha capacidad de control no puede, de ninguna manera, generar restricciones a la libre circulación de mercancías, teniendo en cuenta que la Decisión 574 de la Comisión de la Comunidad Andina destaca expresamente, por un lado, la importancia del manifiesto de carga como parte de las operaciones internacionales y, por otro lado, los límites del control aduanero que los Estados deben ejercer teniendo en cuenta la dinámica del comercio intrarregional.

¹²⁰ Artículo 2 de la Ley General de Aduanas, DL 1053.

Capítulo III.- Análisis de los criterios de la SUNAT en torno a la transmisión de manifiestos de carga marítima como restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena

3.1. Objeto y efecto restrictivo de la medida adoptada por la SUNAT en torno a la transmisión de manifiestos de carga marítima contraria al Acuerdo de Cartagena

A la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores, se observa la clara posición del TJCA con respecto a las medidas restrictivas al comercio. En este sentido, toda aquella medida que origina un obstáculo al comercio, sea judicial o administrativa, puede contravenir el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

Esta posición con respecto a las restricciones al comercio ha sido confirmada en el caso Sudamtex antes analizado. De esta manera, la posición asumida por el TJCA resulta ser bastante clara en el sentido que los Países Miembros que suscribieron el Acuerdo de Cartagena se comprometieron a suprimir todo tipo de obstáculos que dificulten el intercambio de mercancías intracomunitario. De esta manera, las restricciones de todo orden son parte de estos obstáculos, los cuales incluyen no sólo las restricciones cuantitativas, sino también cualquier medida administrativa, financiera o cambiaria que sea capaz de impedir o dificultar la libre circulación de mercancías.

Asimismo, el TJCA ha precisado que:

“no interesa que la medida sea o no una práctica consolidada, un acto administrativo definitivo o de trámite, o que se hayan o no agotado u opuesto los recursos administrativos o judiciales previstos en el ordenamiento interno de los Países Miembros, siendo suficiente que tenga como efecto directo o indirecto el de dificultar la libre circulación de mercancías”.¹²¹

¹²¹ TJCA. Proceso 2-AN-98.

En esta sección se analiza la medida adoptada por la SUNAT a partir de esta jurisprudencia desarrollada por el TJCA que ha incluido a las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas dentro del alcance del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

Hay medidas adoptadas por los Estados que, aparentemente, no son restricciones a las importaciones. En este sentido, es relevante señalar que si bien, por un lado, la medida adoptada por la SUNAT, al considerar como definitiva la transmisión del manifiesto de carga, no declaraba que su finalidad expresa era restringir el comercio, por otro lado, en cambio, el efecto que produce tal medida resulta ser restrictivo del comercio de bienes. Por consiguiente, dicha medida constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en el sentido de la jurisprudencia desarrollada por el TJCA.

Como se mencionó anteriormente, existen medidas, como las adoptadas por el gobierno de Irlanda en el caso “Compra lo irlandés”, que han sido consideradas como restricción al comercio. Este tipo de medidas, tal como sostiene Herdegen, constituyen “obstáculos de hecho al comercio transfronterizo”.¹²² Asimismo, en la OMC, en el caso Argentina-cuero, se precisó que las restricciones a las importaciones *de jure* y las restricciones *de facto* son incompatibles con el artículo XI del GATT.¹²³ Estas restricciones de hecho son los obstáculos al comercio que formalmente no son restricciones al comercio, es decir, no son catalogadas como tales en las normas jurídicas, pero al analizar sus efectos en las importaciones se consideran que lo son.

A su vez, a la luz de la jurisprudencia andina, toda medida que directa o indirectamente coloque a los operadores del comercio en la posición de tener

¹²² Herdegen, Matthias. Derecho Económico Internacional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer, 2012. p.261.

¹²³ OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina- Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000, para.11.20.

que asumir el pago de una multa para realizar sus operaciones comerciales contradice el objetivo del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena. Como ha sido mencionado anteriormente, este Programa constituye uno de los pilares del proceso de integración andina.

Como se ha expuesto a lo largo de esta investigación, en aplicación de la fórmula Dassonville, el concepto de restricción a la importación es muy amplio en la CAN. Resulta ilustrativo destacar que también en la OMC se ha adoptado un enfoque amplio para interpretar el artículo XI del GATT y, en particular, el concepto de “otras medidas” que esta norma incorporó.

Sobre este tema, en el caso India - Restricciones cuantitativas,¹²⁴ el Grupo Especial señaló lo siguiente:

“Observamos que el texto del párrafo 1 del artículo XI tiene un alcance muy amplio y que en él se proscriben en general las prohibiciones y restricciones a la importación o a la exportación, "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas". Como señaló el Grupo Especial que estudió el asunto *Japón - Comercio de semiconductores*, la redacción del párrafo 1 del artículo XI era de vasto alcance y se aplicaba "a todas las medidas impuestas o mantenidas por [un Miembro] que prohibieran o restringieran la importación, la exportación o la venta para la exportación de un producto, exceptuadas las que revistieran la forma de derechos de aduana, impuesto u otras cargas".

Asimismo, al interpretar el significado del término restricción, el Grupo Especial precisó que este término “tiene también un amplio alcance, como se comprueba por su sentido corriente, que es "una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativas [...]”.¹²⁵

Mientras tanto, en esta misma línea de razonamiento con respecto al significado del término restricción en el sentido del artículo XI.1 del GATT, en

¹²⁴ OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999. p.199.

¹²⁵ OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999. p.199.

el caso India-Automóvil, el Grupo Especial precisó que:

“Con arreglo a una interpretación corriente, es obvio que una "restricción" no tiene por qué ser una prohibición general o un límite numérico preciso. De hecho, el término "restricción" no puede significar simplemente "prohibición" de importar, ya que el párrafo 1 del artículo XI regula expresamente las "prohibiciones" y las "restricciones"[...].¹²⁶

De esta manera, se observa como en la OMC tampoco se ha limitado el concepto de restricción al comercio, sino que el mismo ha adquirido un amplio alcance para incorporar medidas que aparentemente no constituyen restricciones al comercio, sin embargo, producen dicho efecto.

Además, la jurisprudencia en la OMC también releva que ciertos requisitos impuestos a las importaciones pueden ser considerados como restricciones al comercio. Por ejemplo, un sistema discrecional de licencias de importación;¹²⁷ un sistema de precios mínimos de importación garantizada por una fianza adicional;¹²⁸ y la prohibición de las importaciones de camarones y productos del camarón procedentes de países que no contaban con certificados emitidos de acuerdo con los estándares establecidos por los Estados Unidos¹²⁹ han sido calificados como restricciones al comercio.

Si se aplica esta jurisprudencia en relación con el concepto de restricción al comercio a la medida adoptada por la SUNAT, se puede afirmar que esta medida constituye una restricción a la importación porque dificulta las importaciones. Esta dificultad se presenta porque si se aplica los informes de la SUNAT, se impide que los importadores subsanen el manifiesto de carga

¹²⁶ OMC, Informe del Grupo Especial. India - Medidas que afectan al sector del automóvil. Documento WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 de diciembre de 2001, para. 7.270.

¹²⁷ OMC. Ob.cit. p.199.

¹²⁸ OMC, Informe del Grupo Especial. CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas. Documento L/4687 - 25S/75, adoptado el 18 de octubre de 1978.

¹²⁹ OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998.

antes del arribo del buque a puerto. Como consecuencia, se expone a los transportistas a asumir el pago de una multa.

Asimismo, en aplicación de la jurisprudencia de la CAN y la OMC, se puede sostener que la imposición de multas que afectan o pueden afectar al importador, como resultado de aplicar los informes de la SUNAT al sujetar la importación de mercancías al pago de una multa, constituye una restricción al comercio.

Cabe destacar que el hecho que el TJCA haya considerado que existe una violación de la Decisión 671 no impide que la misma medida pueda ser vista como una restricción al comercio. Si bien existe un incumplimiento de la Decisión 671, esa misma medida adoptada por la SUNAT puede ser calificada como una restricción a la importación. Por su parte, no se requiere que la medida sea considerada una violación de la Decisión 671 para ser calificada como una restricción al comercio. Se trata de procedimientos independientes que pueden ser utilizados por el importador para evitar que la autoridad aduanera pueda adoptar medidas que afecten negativamente el comercio andino.

La interpretación de la SUNAT era inconsistente con la normativa andina en todos sus términos. En efecto, atribuir al manifiesto de carga marítimo transmitido 48 horas de la llegada de la nave el carácter de definitivo hacía imposible que, en determinadas circunstancias, los operadores del comercio exterior puedan cumplir con dichos plazos. Como se ha mencionado anteriormente, la operatividad internacional, especialmente si se toma como punto de referencia los puertos peruanos cercanos a las fronteras, hacía técnicamente imposible cumplir con dichos plazos sin incurrir en multas.

En consecuencia, en los términos de la jurisprudencia desarrollada por la Secretaría General y el TJCA, toda medida administrativa que haga difícil a

los operadores del comercio el cumplimiento de plazos previstos por la ley tiene un efecto restrictivo en las importaciones y, puede potencialmente restringirlas. De esta manera, dicha medida daba lugar a que se produzca una violación al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena.

La situación para los operadores del comercio se tornaba más difícil si se tiene en cuenta que los agentes de carga podían no transmitir los manifiestos de carga, cancelar una pequeña multa y trasladar esta multa a sus costos. Sin embargo, esta decisión de los agentes de carga implicaba elevar los costos de los servicios, y, por ende, hacía las importaciones más onerosas. Asimismo, se provocaba que la SUNAT no tuviera la información con la debida anticipación. Además, esta situación descrita, ocasionaba demoras para realizar la nacionalización de la mercancía. En suma, el proceso de importación se hacía mucho más difícil y tedioso.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas debe tenerse en cuenta que, con respecto a las formalidades relativas a las importaciones, el TJCA ha sostenido que:

“La toma de datos estadísticos en las fronteras internas o la recaudación de impuestos estatales no son razones suficientes para justificar los controles sistemáticos y las formalidades excesivas que imponga un País Miembro a las importaciones. (...) Los Países Miembros se encuentran obligados a simplificar sus procedimientos y formalidades aplicables a las importaciones provenientes de la Subregión, minimizando los efectos restrictivos que los controles y las formalidades -los justificados por el Derecho Andino, se entiende pudieran provocar en el comercio”.¹³⁰

En esta misma línea, en relación con el carácter restrictivo de las medidas que adoptan los Estados para impedir las importaciones, Herdegen afirma que:

¹³⁰ TJCA. Proceso 2-AN-98.

“Las medidas relativas a las importaciones se consideran restricciones en el sentido del Artículo XI.1 del GATT si, en atención a su estructura concreta y aplicación práctica, impiden el acceso al mercado, aumentan significativamente los costes de transacción o crean inseguridad jurídica, teniendo un efecto disuasorio sobre las importaciones (por ejemplo, a través de condiciones indeterminadas para la obtención de autorizaciones oficiales o de una práctica administrativa imprevisible).”¹³¹

También el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) de la OMC contiene normas con respecto a las formalidades y requisitos de documentación para la importación que buscan evitar que se afecte las importaciones haciéndolas más difíciles o costosas. Por ejemplo, el artículo 10 numeral 1.1 literal b) del AFC impone a los Miembros de la OMC la obligación de asegurarse que las formalidades de importación y requisitos de documentación “se adopten y/o apliquen de manera que se trate de reducir el tiempo y el costo que supone el cumplimiento para los comerciantes y operadores”.

Asimismo, el artículo 10 numeral 1.1 literal c) del AFC requieren que las formalidades de importación y los requisitos de documentación “sean la medida menos restrictiva del comercio elegida, cuando se disponga razonablemente de dos o más medidas alternativas para cumplir el objetivo o los objetivos de política en cuestión”.

En el caso analizado en esta investigación, la actual LGA contempla infracciones que generan costos demasiado altos para los transportistas o sus representantes. De esta manera, estas formalidades, procedimientos y controles aduaneros no reducen los efectos restrictivos del comercio que dichas medidas producen sino, por el contrario, los estarían incrementando. Como puede apreciarse, esta medida resulta inconsistente con la jurisprudencia del TJCA que reconoce la obligación de los Países Miembros

¹³¹ Herdegen. Ob.cit. p.201.

de la Comunidad Andina de simplificar los procedimientos y las formalidades a las importaciones a fin de evitar efectos restrictivos del comercio.

A propósito del efecto de las medidas que pueden restringir el comercio, la jurisprudencia de la OMC también ha considerado que el artículo XI.1 del GATT:

“...es aplicable a medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso de las importaciones a los mercados o hacen que la importación sea prohibitivamente costosa, circunstancias todas que tienen repercusiones en la posición competitiva de un importador...”¹³²

En este sentido, en el caso de los Informes de la SUNAT, es claro que la consideración del manifiesto de carga como definitivo antes del arribo de la nave afecta la oportunidad del transportista de realizar cambios. Como consecuencia, se crea incertidumbre y se afecta los planes de inversión porque los transportistas se ven expuestos a incurrir en una multa que haría más costosa la importación. Notablemente, la jurisprudencia del TJCA coincide con la de la OMC.

Adicionalmente, las decisiones de la SUNAT de los años 2011 y 2012 le otorgaban el carácter de definitivo a los manifiestos de carga antes de la llegada de la nave a destino sin tomar en consideración la norma comunitaria andina que indica su carácter provisorio. Por lo tanto, sobre la base de las normas andinas, se podía realizar cambios en el manifiesto de carga sin ser sancionado por las autoridades aduaneras con una multa por cometer una infracción. En este contexto, la contravención al principio de libre circulación de mercancías resulta evidente. Además, otro supuesto de violación de una norma comunitaria se produce con la adopción de los Informes de la SUNAT. Ha de tenerse en cuenta que la propia normativa andina, es decir, la Decisión

¹³² OMC, Informe del Grupo Especial. Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. Documento WT/DS366/R, 27 de abril de 2009. para. 7.240.

671 antes expuesta, adopta un criterio diferente al aplicado por la SUNAT en los referidos Informes.

Por lo tanto, la medida adoptada por la SUNAT, mediante los Informes, puede ser analizada teniendo en cuenta, por un lado, la infracción al principio de libre circulación de mercancías consagrado en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena y, por otro lado, el incumplimiento de la Decisión 671 que el TJCA declaró en el Proceso 1-AI-2013. Ambos son procedimientos diferentes. Por lo tanto, la medida adoptada por la SUNAT puede ser también analizada a la luz de la jurisprudencia andina en torno a las restricciones al comercio y los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

La jurisprudencia del TJCA en el caso SUDAMTEX, tal como se precisó, consideró que las investigaciones y las multas excesivas o desproporcionadas constituyen un resquebrajamiento a la regla general de la eliminación de restricciones y gravámenes al libre comercio en la zona andina. Estas consideraciones jurisprudenciales se podrían aplicar al caso peruano, en particular, a los criterios aplicados por parte de la SUNAT de acuerdo a sus respectivos Informes correspondientes a los años 2011 y 2012.

En el comercio internacional contemporáneo se busca que los Estados no impongan sanciones desproporcionales. Esta jurisprudencia andina es consistente con el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Como puede observarse, el artículo 6 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio establece una serie de disciplinas en materia de derechos y cargas establecidos sobre la importación y la exportación o en conexión con ellas y de sanciones. En este sentido, el artículo 6 numeral 3.3 del AFC dispone que “La sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida”.

Además, en aplicación de la fórmula Dassonville, confirmada por la jurisprudencia andina en el caso SUDAMTEX y ABBA antes expuestos, cualquier medida que potencialmente pueda restringir las importaciones puede considerarse como una restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena.

Como se ha explicado, aplicar el criterio planteado por la SUNAT implicaba que los transportistas internacionales o sus representantes, en este caso los Agentes Marítimos, podían ser multados constantemente por el concepto de incorporación de información al manifiesto de carga, o en su defecto, por la no transmisión del manifiesto de carga. En ambos casos, dichas multas encarecerán los costos operativos de dichas empresas, los cuales serán trasladados a los usuarios finales. Esta situación se agrava si se toma en cuenta que, en algunas circunstancias, resulta técnicamente imposible transmitir el manifiesto de carga marítimo, en las formas y plazos establecidos por la SUNAT.

Finalmente, se plantea que las consecuencias del criterio de la SUNAT contenido en los Informes de los años 2011 y del 2012, es decir, establecer como definitivos los manifiestos de carga antes de la llegada de la nave a destino, califican como restricciones al libre comercio debido a su carácter restrictivo. Los manifiestos de carga deben tener carácter provisional. En este sentido, su rectificación no debería estar sujeta a infracciones o multas sancionadas por parte de las autoridades aduaneras.

Resulta pertinente notar que esta posición también fue adoptada por la Asociación Peruana de Agentes Marítimos sobre la base de la jurisprudencia comunitaria andina. Esto dio origen a que, debido a la adopción de estas medidas por la SUNAT, se inicie en el seno de la Comunidad Andina un proceso por el incumplimiento de la Decisión 671 por parte del Perú. Este caso fue resuelto por el TJCA en el Proceso 1-AI-2013 en el año 2015.

En síntesis, se sostiene que este criterio de la SUNAT analizado a lo largo del presente trabajo tenía que ser cambiado con la finalidad de lograr una mayor integración comercial entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y evitar que se presente un obstáculo para la zona de libre comercio en la región andina.

3.2. La necesidad de una reforma del criterio adoptado por la SUNAT con respecto a la transmisión incompleta de manifiestos de carga marítima

Al determinarse los efectos restrictivos del comercio que el criterio adoptado por la SUNAT en los Informes de los años 2011 y 2012 producía, era necesario realizar su modificación. El Perú decidió acatar la sentencia del TJCA en el Proceso 1-AI-2013 y mediante comunicación de la SUNAT a través del Memorándum Circular No. 0001-2015-SUNAT/5D1000 del 13 de agosto de 2015 aceptó que “el manifiesto de carga transmitido por medios electrónicos, tiene carácter definitivo al momento de la llegada del medio de transporte a territorio comunitario”. Como resultado, se permite la modificación de información sin que se tenga que pagar una multa.

En este sentido, se hace necesario armonizar nuestra legislación aduanera con los criterios adoptados por la Comunidad Andina con relación a las restricciones al comercio. Las autoridades de la SUNAT han hecho bien en modificar sus Informes y considerar lo establecido de manera explícita por la Decisión 671 con respecto a la transmisión del manifiesto de carga. Además, como se ha analizado, es posible observar esos Informes adoptados por la SUNAT a partir del principio comunitario andino que consagra la libre circulación de mercancías.

Asimismo, se debería considerar las realidades del comercio internacional entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, es decir, que nuestra legislación aduanera debe ayudar a una mayor integración entre estos países.

La jurisprudencia de la Comunidad Andina con relación a la restricción al comercio debería ser analizada por las autoridades aduaneras, a fin de considerar que en un caso como el de la transmisión incompleta de los manifiestos de carga, se debía considerar como provisional en lugar de definitiva.

Con respecto a los manifiestos de carga, debe tenerse en cuenta que la normativa de la Comunidad Andina, específicamente el artículo 9 de la Decisión 671, estipula que dichos manifiestos pueden ser verificados después, y no antes, de su arribo. De manera similar, en el artículo 10 de la Decisión 671 se establece dos momentos antes de la llegada de la mercancía a destino: uno antes y otro posterior al arribo; este segundo caso es considerado como definitivo. El primero que se verifica electrónicamente es de carácter provisional o temporal; por lo tanto, los cambios producidos deben ser admitidos sin sanción.

En esta misma línea, el artículo 6 de la Decisión 574 de la Comunidad Andina contempla, de forma expresa, el carácter provisional y definitivo del manifiesto de carga previamente transmitido. Además, esta norma precisa el momento en el cual se produce el cambio de condición. De esta manera, esta norma claramente establece que “La información contenida en el manifiesto previo se consolidará como manifiesto definitivo en el momento de la llegada del medio de transporte al territorio aduanero comunitario.”

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, coincidimos con el TJCA el cual ha señalado en el Proceso 1-AI-2013 que el Perú, en este caso la SUNAT, debería revisar sus normas relacionadas al manifiesto de carga

que sean contrarias a la Decisión 671 a fin de evitar futuras acciones de incumplimiento sobre el mismo tema.¹³³

En este sentido, el TJCA solicitó al Perú que proceda a realizar los cambios necesarios en su normativa para adecuarla a las obligaciones contraídas conforme a la Decisión 671. En este contexto, el TJCA ha sido claro en señalar tres acciones que el Perú deberá realizar en torno al manifiesto de carga. De manera que el Perú, deberá adoptar las siguientes medidas:

- deberá corregir los informes de la SUNAT antes referidos;¹³⁴
- “disponer que la información contenida en el manifiesto de carga transmitido por medio electrónico tiene carácter definitivo al momento de la llegada del medio de transporte al territorio comunitario”;¹³⁵
- aceptar que “cualquier modificación, corrección o adición antes de que transcurra dicho plazo no es objeto de sanción alguna”. Por lo tanto, no se podrá imponer la sanción contemplada en el numeral 6, del inciso d) artículo 192 de la Ley General de Aduanas del Perú.¹³⁶

Si bien la SUNAT conserva la facultad de sancionar a los Agentes Marítimos, de evidenciarse alguna diferencia entre lo manifestado y lo constatado por la SUNAT a la llegada de la nave, consideramos de gran relevancia manifestar que el principio de buena fe debería constituir la base sobre la cual el legislador debería desarrollar las normas y procedimientos aduaneros. Por esta razón, el criterio por el cual la SUNAT desconfíe de las declaraciones que realizan los Agentes Marítimos podría generar complicaciones en los procesos de importación, por ello, no son ni deberían ser aceptados por los distintos operadores del comercio.

¹³³ TJCA. Proceso 1-AI-2013.para.84.

¹³⁴ TJCA. Ob.cit. p.20

¹³⁵ Ibid. p.20.

¹³⁶ Ibid. p.20.

CONCLUSIONES

- La medida adoptada por la SUNAT, al considerar como definitiva la transmisión del manifiesto de carga marítima, de una nave procedente de un puerto lejano, 48 horas antes de su llegada a territorio comunitario constituye un incumplimiento objetivo de la Decisión 671 de la CAN.
- Además del incumplimiento antes señalado, la medida adoptada por la SUNAT, que considera como definitivo el manifiesto de carga marítima antes de la llegada de la nave a territorio comunitario, puede potencialmente restringir las importaciones al hacerlas más difíciles y onerosas. Esta interpretación tiene sustento al aplicarse la doctrina Dassonville desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, a su vez, aplicada por la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Por lo tanto, existen otras vías posibles para que los operadores del comercio puedan hacer valer sus derechos ante este tipo de medidas restrictivas del comercio. Esta restricción se configuraba dado que, en aplicación de las normas peruanas, se privaba al transportista de la posibilidad de modificar el manifiesto de carga
- Consideramos que la medida adoptada por la SUNAT se encuentra dentro del alcance del concepto de restricciones de todo orden contemplado en el Acuerdo de Cartagena al ocasionar un obstáculo al comercio que es precisamente lo que este Acuerdo busca evitar. En tal sentido, sostenemos que, en la práctica, las medidas adoptadas por la SUNAT estaban logrando un fin distinto para el cual fueron concebidas.

- El amplio alcance de la doctrina Dassonville permite que la medida adoptada por la SUNAT pueda ser incluida en el concepto de restricciones de todo orden debido a que en la práctica dicha medida hacía imposible que, bajo determinadas circunstancias, los transportistas internacionales puedan cumplir con la transmisión completa del manifiesto. Como resultado, los transportistas quedaban obligados al pago de multas que, posteriormente, se trasladaban a los costos operativos. Por ello, se producía un incremento del valor del servicio para los importadores. Asimismo, la no transmisión del manifiesto de carga, medida válida que podían adoptar los agentes marítimos, demoraba el proceso de nacionalización de la mercancía y, por esta razón, se convertía en un proceso más difícil y oneroso sobre todo en los puertos distintos al Callao y al norte del país.
- Teniendo en cuenta que conforme a la jurisprudencia andina los Países Miembros de la CAN deben minimizar los efectos restrictivos que los controles y las formalidades aplicadas a las importaciones puedan ocasionar, la medida adoptada por la SUNAT era inconsistente con este criterio. En efecto, es evidente que un incremento en los costos de importación de la mercancía dificulta su importación. Esto genera una desventaja para los exportadores de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Asimismo, el aumento de dichos precios podía generar una reducción del consumo de determinados productos importados.
- Si bien la SUNAT permitía la modificación o incorporación al manifiesto de carga transmitido dentro de los plazos y la forma que permite la actual legislación, no obstante, no se eximía al transportista del pago de una multa equivalente a una UIT por cada documento de transporte incorporado. Dicha multa encarecía las importaciones y, por lo tanto, se producía una restricción al comercio de manera innecesaria.

- Cuando las mercancías no figuren o existan diferencias entre, por un lado, las mercancías declaradas en el manifiesto de carga o en los otros documentos que se deben transmitir y, por otro lado, las halladas por la SUNAT como parte de las acciones de control, la sanción para estos supuestos se agrava. De esta manera, en el primer supuesto, la multa establecida ascendía a tres (3) UIT, mientras que, en el segundo supuesto, equivalía a 0.2 UIT. Si la acción del transportista cae en los dos supuestos, se entiende que se ha producido un concurso de infracciones y, por ello, se aplicará la sanción más grave.
- En síntesis, el criterio de la SUNAT, desarrollado en los Informes de los años 2011 y 2012, consideraba que los manifiestos de carga presentados previamente a las autoridades aduaneras tenían el carácter de definitivos en lugar de provisionales. Por tal razón, con esta medida se causaba una restricción al comercio intracomunitario al ocasionarse mayores gastos a los transportistas. En virtud de todo lo expuesto, se ha hecho necesaria la modificación de las normas peruanas a fin de que se ajusten a la normativa comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNIERI CASTRO, Jorge (2003)
“*El comercio intracomunitario y el mercado común andino*”. En: Derecho Comunitario Andino. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Derechos Internacionales.

- CARNELUTTI, Alexandre (1993)
Supresión de las barreras técnicas al comercio en la Comunidad Europea. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 /1993.

- CAIRNS, WALTER (1997)
Introduction to the European Union Law. Londres: Gavendish Publising Limited.

- COSIO JARA, Fernando Edgar (2007)
Manual de Derecho Aduanero: doctrina – jurisprudencia. Lima: Editorial Rhodas.

- COSÍO JARA, Fernando Edgar (2012)
Comentarios a la Ley General de Aduanas: Decreto Legislativo N° 1053. Lima: Jurista Editores.

- GORMLEY, Laurence W. (2011)

Free Movement of Goods and Their Use –What Is the Use of It?
En: Fordham International Law Journal Vol. 33, Issue 6, 2011.

- GUADALUIPE BÁSCONES, Julio (2007)
Consideraciones aduaneras en relación al término “mercancía”.
En: Ius Et Veritas, Año 17, N° 35, Pontificia Universidad Católica del Perú.

- HERDEGEN. Matthias (2012)
Derecho Económico Internacional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer.

- JACKSON, J H. (1997)
The world trading system: law and policy of international economic relations. 2nd edition. Cambridge, Mass: MIT Press.

- MATSUURA SÁNCHEZ, Hugo (2012)
Comercio exterior y operatividad aduanera. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

- MATSUSHITA, M., MAVROIDIS, P. C. and SCHÖNBAUM, T. J. (2006)
The World Trade Organization, law, practice, and policy. 2nd ed, Oxford: Oxford University Press.

- NICOLAIDES, Phedon (1993)
La supresión de las barreras al comercio dentro de las uniones aduaneras: requisitos previos, consecuencias. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993.

- OLIVER, Peter. (1988)
Free Movement of Goods in the European Community: under Articles 28 to 30 of the EC Treaty. 2nd edition. Londres: European Law Center.

- PALMA, Laura (1993)
Algunas Reflexiones acerca de las Implicancias Prácticas del Levantamiento de Barreras no Arancelarias. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 / 1993.

- QUINDIMIL LOPEZ, Jorge Antonio (2006)
Instituciones y derechos de la Comunidad Andina. Editorial Tirant lo Blanch.

- REYES TAGLE, Yovana (2003)
“La libre circulación de mercancías en la comunidad andina”. Publicado en: Diario Oficial el Peruano, 20 de febrero de 2003.

- REYES TAGLE, Yovana (2012)
“Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go?” SECO/WTI Academic Cooperation Project. Working Paper Series 8/2012.

- RÍOS RODRÍGUEZ, Humberto (1993)
Establecimiento y gestión de una unión aduanera. En: Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión. Documento DT 02 /1993.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA (2016)

Dictamen N° 03-2016 sobre el reclamo interpuesto por la sociedad FLORES MARAVILLA S.A contra la República de Colombia, por supuesto incumplimiento de los artículos 1, 2, 3, 7, 21, 22, 55, 56, 58, 87 y 88 del Acuerdo de Cartagena; 1, 2, 3, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 5 de la Decisión 006; 4, 6, 7, 8, 10, 16, 19, 20, 28, 33, 34, 37, 38 y Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 345; y, 2 y 3 de la Decisión 500, al reglamentar de manera violatoria la Decisión 345; 28 de abril de 2016.

- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pedro (2003)
“Libre comercio de bienes en la Comunidad Andina: Eliminación de gravámenes y restricciones”. En Derecho & Sociedad. Año XIV, N° 20. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho.
- TANGARIFE TORRES, Marcel (2001)
El sistema de solución de controversias en la comunidad andina. El papel de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En: Themis. N°42. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ZAGAL PASTOR, Roberto (2008)
Derecho Aduanero: Principales instituciones jurídicas aduaneras. Lima: Editorial San Marcos.
- WHITE, ERIC L. (1989)
“In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty” 26 Common Market Law Review, Issue 2. pp. 235–280.

Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Resolución N° 019 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 301, 29 de octubre de 1997.

Resolución N° 047 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 319, 30 de enero de 1998.

Resolución N° 209 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 421, 25 de marzo de 1999.

Resolución N° 229 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 442, 21 de mayo de 1999.

Resolución N° 244 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 453, 25 de junio de 1999.

Resolución N° 278 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 479, 10 de setiembre de 1999.

Resolución N° 407 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 577, 08 de febrero de 1999.

Resolución N° 449 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 616, 18 de junio de 1999.

Resolución N° 710 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 911, 24 de marzo de 2003.

Resolución N° 715 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 920, 23 de abril de 2003.

Resolución N° 966 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1253, 21 de octubre de 2005.

Resolución N° 967 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1416, 20 de octubre de 2006.

Resolución N° 1289 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1773, 12 de noviembre de 2009.

Resolución 1289 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1773, 12 de noviembre de 2009.

Resolución N° 1695 de la Secretaría General, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2344, 9 de junio de 2014.

Procesos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Proceso 1-IP-90, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, 11 de octubre de 1990.

Proceso 5-IP-90, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162, 9 de setiembre de 1994.

Proceso 3-IP-93, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 138, 4 de agosto de 1993.

Proceso 3-AI-96, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 261, 29 de abril de 1997.

Proceso 1-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 329, 09 de marzo de 1998.

Proceso 2-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 391, 11 de diciembre de 1998.

Proceso 03-AI-97, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 410, 24 de febrero de 1999.

Proceso 2-AN-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 588, 2 de agosto de 2000.

Proceso 3-AI-98, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 423, 31 de marzo de 1999.

Proceso 11-IP-2008, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1636, 21 de julio de 2008.

Proceso 01-AI-2013 de fecha 13 de mayo de 2015.

Procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto 179/78. Procureur de la République contra Michelangelo Rivoira y otros., Rec. 1979, 01147.

Asunto C-470/03 AGM vs. Finlandia y Jarmo Lehtinen. Sentencia del 17.4.2007.

Asunto 249/81 Comisión vs. Irlanda [1982] ECR 4005.

Asuntos acumulados 177/82 y 178/82 Van de Haar [1984].

Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard (1993).

Caso 8/74, Procureur du Roi v Benoit y Gustave Dassonville (11 de Julio de 1974).

Caso C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc [1992] E.C.R. I-06635.

Joined cases 177 and 178/82. Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV [1984] E.C.R. 01797.

Jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio

OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina- Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000.

OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil - medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, 12 de junio de 2007.

OMC, Informe del Grupo Especial. CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas. Documento L/4687 - 25S/75, 18 de octubre de 1978.

OMC, Informe del Grupo Especial. Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. Documento WT/DS366/R, 27 de abril de 2009.

OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998.

OMC, Informe del Grupo Especial. India - Medidas que afectan al sector del automóvil. Documento WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 de diciembre de 2001.

OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999.

OMC, Informe del Grupo Especial. Japón-Comercio de Semiconductores. Documento L/6309 - 35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988.

OMC, Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. Documento WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004.

Normas legales de la Comunidad Andina

Acuerdo de Cartagena, Decisión 406 de la Comisión de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 273, 4 de julio de 1997.

Decisión N° 425, Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 314, 18 de diciembre de 1997.

Decisión N° 574, Régimen Andino sobre Control Aduanero, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1023, 15 de diciembre de 2003.

Decisión N° 671 de la Comisión de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1520, 16 de julio de 2007.

Decisión N° 716, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1752, 9 de setiembre de 2009.

Normas legales del Perú

Ley General de Aduanas DL 1053

Informes de la SUNAT

Informe N° 089-2011-SUNAT-2B4000 de fecha 26 de agosto de 2011.

Informe N° 083-2012-SUNAT-4B4000 de fecha 15 de junio del 2012.

Normas legales de la Unión Europea

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea

Normas de la Organización Mundial del Comercio

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

Acuerdo sobre Facilitación del Comercio.