

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**LAS SANCIONES ADUANERAS COMO MEDIDAS RESTRICTIVAS DEL  
COMERCIO: UNA REVISIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico

AUTOR

Gonzalo David Gamarra Podbrscek

ASESOR

Dra. Yovana Reyes Tagle

LIMA – PERÚ

2017

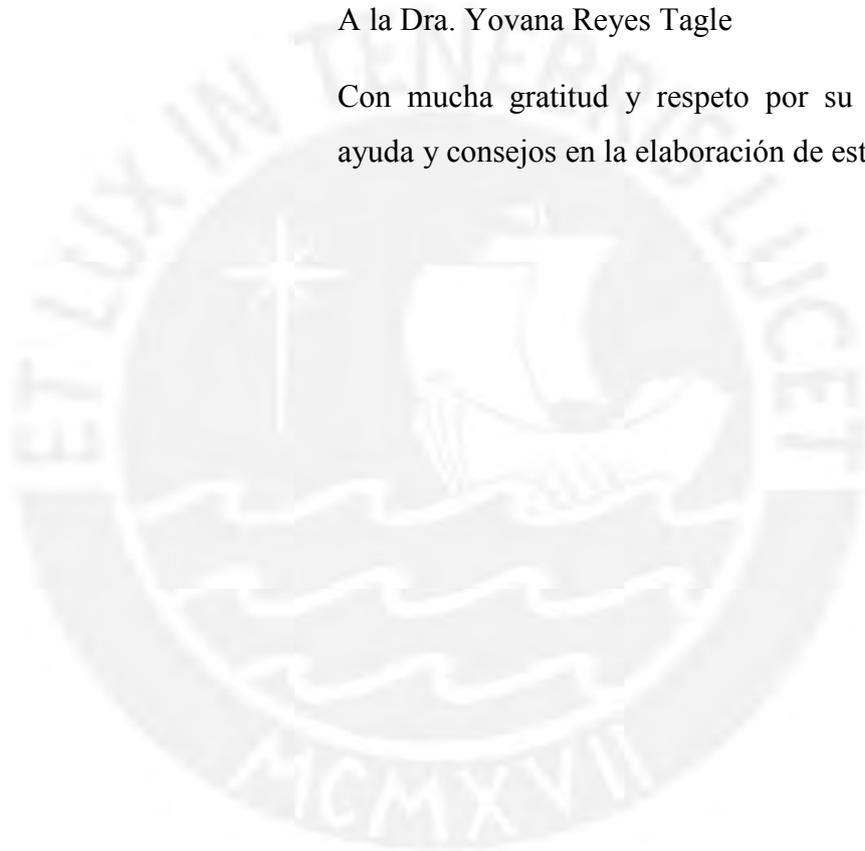


## DEDICATORIA

A Marta, Carol, Wilar y Daniel, por su amor, cariño, apoyo y comprensión durante todo este tiempo, siempre muy necesarios. Muchas gracias por estar a mi lado siempre.

A la Dra. Yovana Reyes Tagle

Con mucha gratitud y respeto por su invaluable ayuda y consejos en la elaboración de esta tesis.



## INDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	9
Capítulo I: La regulación del principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina de Naciones	13
1.1 La eliminación de las restricciones al comercio en los acuerdos comerciales internacionales	13
1.1.1 Las medidas restrictivas al comercio en la Organización Mundial del Comercio	17
1.1.2 Las medidas restrictivas al comercio en la Unión Europea	23
1.1.2.1 La fórmula Dassonville	28
1.1.3 Las medidas restrictivas en la Comunidad Andina	33
1.2 Las excepciones a las medidas restrictivas al comercio en el Acuerdo de Cartagena	42
1.2.1 El principio de proporcionalidad en la aplicación de las excepciones al principio de libre circulación de mercancías	45
1.3 El mecanismo de determinación de las medidas restrictivas en la Comunidad Andina	48
Capítulo II: La calificación de las sanciones aduaneras como medidas restrictivas del comercio y la experiencia de la Unión Europea	51
2.1 La actividad fiscalizadora de la autoridad aduanera	51
2.2 Las sanciones aduaneras o multas como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la jurisprudencia europea	59
2.2.1 La labor de control y fiscalización de la autoridad aduanera en la Unión Europea	59
2.2.2 Las sanciones aduaneras o multas como medidas de efecto equivalente	60
2.2.2.1 La sanción y la medida nacional que le dio origen como restricción al comercio	61
2.2.2.2 La imposición de una sanción más grave en función del origen de la mercancía como factor	67
2.2.2.2.1 El asunto Cayrol v Rivoira	67

2.2.2.2.2 El asunto Comisión vs. Francia	69
2.2.2.3 La sanción como MEE por su desproporcionalidad para penalizar irregularidades en el despacho aduanero	70
Capítulo III: Las sanciones aduaneras como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la jurisprudencia andina	75
3.1. El control aduanero en la Comunidad Andina de Naciones	75
3.2. Las sanciones aduaneras como medidas de efecto equivalente en la Comunidad Andina	80
3.2.1. El caso SUDAMTEX en la Comunidad Andina	80
3.2.2. Multas y propuestas de multas como medidas restrictivas del comercio en el marco de la Comunidad Andina	83
3.2.2.1. El reconocimiento del derecho de las autoridades aduaneras a la fiscalización y control	83
3.2.2.2. Multas excesivas o desproporcionadas potenciales o definitivas como restricciones al comercio	92
3.3. Mantener la proporcionalidad en las sanciones aduaneras	114
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	124

## RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo demostrar de qué manera las sanciones aduaneras o sus propuestas pueden constituir medidas restrictivas al comercio contrarias al principio de libre circulación de mercancías que protege el artículo 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Secretaría General señalan que no se busca que toda sanción o acción de control o fiscalización realizada por las aduanas de los Países Miembros de la Comunidad Andina deba estar, per se, sujeta a cuestionamiento. Más bien, a través de la revisión de la jurisprudencia andina y, tras hacer referencia a la legislación y jurisprudencia europea, ambas instituciones concluyen que solo deben ser cuestionadas aquellas sanciones o propuestas de sanción que puedan tener un efecto restrictivo. Para ser calificadas como restricciones al comercio, se tendrá en cuenta si tales medidas son desproporcionales y, por tanto, injustificadas en el derecho intracomunitario andino.

Tras analizar el principio de proporcionalidad en las sanciones aduaneras en el ámbito de la Comunidad Andina, se estudia que dicho principio también es recogido en el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio. De esta manera, el carácter vital y obligatorio que adquiere dicho principio en el marco sancionatorio aduanero actual queda fortalecido.

Sin embargo, pese a la importancia del principio de proporcionalidad, se verifica que, a la fecha, en el Perú su implementación todavía no es completa en el campo de las sanciones aduaneras. En efecto, por un lado, su aplicación para el caso de las multas no ha sido contemplada y, por otro lado, los procedimientos aduaneros legales pertinentes que regulen la aplicación de dicho principio por la autoridad aduanera no se han expedido. Estos problemas deben subsanarse a fin de evitar futuras disputas legales en la CAN y la

OMC sobre la posible aplicación de restricciones al comercio debido a la falta de proporcionalidad de las sanciones.

La tesis concluye que las sanciones aduaneras, tales como las multas o las propuestas de multas emitidas por las autoridades aduaneras de los Países Miembros de la CAN, pueden tener un efecto restrictivo del comercio y, por ello, pueden constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas incompatibles con los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.



## ABSTRACT

The present thesis aims to demonstrate how customs sanctions or proposals thereof may constitute restrictive measures contrary to the principle of free movement of goods protected by Articles 72 and 73 of the Cartagena Agreement.

Both the Andean Community's Court of Justice and the General Secretariat contend that not all kind of control or supervision sanctions or actions undertaken by the customs offices of the Andean Community's Member States should, per se, be questioned. Instead, through the revision of Andean legal precedents and, after referring to European legislation and case law, both bodies conclude that only those sanctions and actions that have a disproportionate restrictive effect should be questioned. In order to be considered trade restrictions, it should be taken into account whether such measures are disproportionate and therefore unjustified under Andean law.

After analyzing the principle of proportionality concerning customs sanctions within the Andean Community, this thesis argues that the aforementioned principle is also contained in the Trade Facilitation Agreement of the World Trade Organization. Thus, this reinforces the essential and compulsory nature of such principle under the current legal framework.

However, despite the importance of the principle of proportionality, at present its implementation remains incomplete in Peru concerning customs sanctions. On the one hand, its application in the case of fines has not been provided for and, on the other hand, the relevant legal customs proceedings governing the application of that principle by customs authorities have not been issued yet. These problems must be resolved to avoid future legal disputes before the Andean Community and the WTO on the possible application of trade restrictions, due to lack of proportionality of the sanctions.

The thesis concludes that customs sanctions, such as fines or proposals for fines issued by the customs authorities of the Andean Community's Member States, may have a restrictive effect on trade and may, therefore, constitute a measure having equivalent effect to the quantitative restrictions, which may lead to a violation of Articles 72 and 73 of the Cartagena Agreement.



## INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Cartagena consagra el principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina. Este principio ha sido considerado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJA) como un pilar en el proceso de integración.

En ese sentido, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena regulan este principio y tienen como objetivo la eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan en el comercio intracomunitario. Estas disposiciones no incorporan de manera expresa el concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, tal como lo hace el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). No obstante, la Secretaría General y el TJA han adoptado un enfoque amplio en la interpretación del concepto de restricciones de todo orden.

La tesis se divide en tres capítulos. El capítulo I expone y analiza de qué manera ambas instituciones han concluido que las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas también están prohibidas al amparo de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, incluso las medidas potenciales. Además, este capítulo presenta cómo la legislación europea, en particular, el Tratado de Roma de 1957 (actual TFUE) ha servido como fuente de inspiración para aplicar este enfoque en la legislación comunitaria andina. Asimismo, para definir el concepto de restricciones de todo orden, también se ha recurrido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su famosa doctrina desarrollada en el caso Dassonville.

De esta manera, al incorporarse el concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a través de la jurisprudencia andina, una serie de medidas adoptadas por los Países Miembros han sido consideradas como restricciones a las importaciones contrarias al Acuerdo de Cartagena. Entre esas medidas consideradas como restrictivas se encuentran las sanciones aduaneras.

En efecto, esta amplia interpretación del principio de libre circulación de mercancías ha permitido que las sanciones aduaneras que incluyan propuestas de multa desproporcionadas puedan ser consideradas como una medida restrictiva del comercio que viola este principio en la Comunidad Andina. Este análisis fue desarrollado en el caso SUDAMTEX, Proceso 02-AN-98 y confirmado en el caso ABBA, Resolución N° 449 de la Secretaría General. En este último caso, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su sentencia Dassonville, se sostuvo que en la Comunidad Andina la apertura de un proceso de investigación por parte de la policía fiscal por motivo de contrabando sin justificación, sustento técnico o elementos probatorios, constituye una restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena.

El capítulo II de la tesis revisa y analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sanciones aduaneras. Se ha tenido en cuenta que tanto la Secretaría General como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina han recurrido a dicha jurisprudencia para resolver estos casos. De esta manera, se estudiarán los casos en los cuales se ha delimitado el alcance del concepto de restricciones al comercio en actividades que involucran el accionar de la autoridad aduanera en su capacidad de fiscalizar y controlar.

El capítulo III de la tesis busca determinar de qué manera, a través de la imposición de sanciones por parte de la autoridad aduanera nacional de los Estados miembros de la Comunidad Andina, se aplica una restricción al comercio que resulta ser contraria a los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. En ese sentido, la tesis analiza el objeto y efecto restrictivo de las sanciones aduaneras como violación de la normativa andina.

De esta manera, esta tesis plantea que las sanciones aduaneras injustificadas o desproporcionadas constituyen una restricción al comercio contraria al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena. La tesis observa de qué manera la aplicación del criterio de proporcionalidad en el accionar fiscalizador y sancionador de la autoridad aduanera nacional resulta ser relevante para efectos de evitar

la violación de obligaciones internacionales asumidas por países como el Perú en el marco de la Comunidad Andina.

La tesis busca determinar cómo a partir de una interpretación del Acuerdo de Cartagena, así como de la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Andino, la facultad sancionadora de la que goza toda autoridad aduanera de los Países Miembros de la Comunidad Andina debe estar provista de proporcionalidad. De lo contrario, el ejercicio de dicha facultad puede constituir una restricción al comercio en violación de la normativa andina y, por lo tanto, estaría prohibido.

En ese sentido, se concluye que la autoridad aduanera peruana deberá observar un proceso sancionador respetuoso del principio de proporcionalidad. Este principio es aplicable no solo en las actuaciones que realice la autoridad aduanera ante las operaciones de comercio exterior de los Países Miembros de la Comunidad Andina, sino también ante todo Miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Lo segundo se produce como resultado de la entrada en vigencia del Acuerdo de Facilitación del Comercio (AFC) que ha sido ratificado por el Perú en el marco de la OMC. Como se observará, el AFC incorpora normas sobre sanciones aduaneras y como una forma de facilitar el comercio multilateral, este Acuerdo insta a los Miembros de la OMC a evitar el uso de dichas sanciones de manera desproporcionada. Además, una revisión de la jurisprudencia de la OMC demuestra también que las multas han sido consideradas como restricciones al comercio en este foro.

En este trabajo de investigación, se han utilizado cuatro métodos para alcanzar las metas trazadas. Al respecto, se utiliza el método deductivo y se ha analizado el caso del Proceso 02-AN-98 y la Resolución N° 449 de la Secretaría General (SUDAMTEX y ABBA, respectivamente) para identificar y determinar cómo el principio de proporcionalidad debe ser considerado en las sanciones de la autoridad aduanera, a fin de evitar restringir el principio de libre circulación de bienes entre los Países Miembros de la CAN. Asimismo, se ha empleado el método inductivo y se ha realizado una revisión de los casos en los cuales se ha desarrollado una interpretación de los artículos 72 y 73 del Acuerdo

de Cartagena. Esta revisión ha respondido al objetivo de lograr una conceptualización del concepto de restricciones de todo orden que nos permita determinar cómo las sanciones aduaneras pueden constituir una restricción al comercio.

Además, se ha utilizado el método dogmático para describir y explicar la normativa relativa al principio de libre circulación de bienes en la CAN, y la referida a las sanciones aduaneras en el Acuerdo de Facilitación del Comercio. Finalmente, se ha recurrido al método exegético, en tanto en la investigación se ha determinado el alcance y significado de los conceptos incorporados en la normativa andina en materia de restricciones a las importaciones.



## **Capítulo I: La regulación del principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina de Naciones**

### **1.1 La eliminación de las restricciones al comercio en los acuerdos comerciales internacionales**

¿En qué consiste una medida restrictiva al comercio? A fin de contar con una primera aproximación a este concepto, se ha considerado conveniente recurrir al diccionario de la Real Academia Española<sup>1</sup>. En este sentido, se revisa el significado de cada término que forma parte de este concepto para determinar si, a partir de sus definiciones, es posible articular una definición del concepto de medida restrictiva al comercio.

Para dicho diccionario el término medidas significa “disposiciones o prevenciones” Por su parte, la palabra restrictiva se define como “la virtud o fuerza de restringir, limitar o acortar”. Asimismo, el término “comercio” hace referencia a la “compraventa o intercambio de bienes o servicios”.

Una lectura conjunta de estos términos, nos permitiría concluir que, a la luz de este diccionario, las medidas restrictivas al comercio pueden entenderse como las “disposiciones o prevenciones que tienen la virtud o fuerza para limitar o restringir la compraventa o intercambio de bienes o servicios”.

Es evidente que esta definición es muy amplia y carece de ciertos parámetros. En efecto, un enunciado de tal amplitud permitiría que cualquier medida estatal pueda encajar en el concepto de medida restrictiva al comercio. Este tipo de alcance no puede ser la intención de las disposiciones contenidas en los acuerdos comerciales internacionales que contemplan e impulsan el principio de libre circulación de mercancías.

---

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Real Academia Española. 2014. Obtenido de Diccionario de la lengua española. Consulta: 1 de diciembre de 2016. <http://www.rae.es>.

Ciertamente, a nivel internacional existen acuerdos que regulan el principio de libre circulación de mercancías o han previsto la obligación de eliminar ciertas medidas por entenderlas como restrictivas al comercio interestatal. Para este fin, dichas medidas han sido identificadas o calificadas como restricciones cuantitativas o medidas no arancelarias.

Por ejemplo, el Acuerdo de Comercio de Mercancías (ATIGA)<sup>2</sup> de la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés)<sup>3</sup> tiene como objetivo alcanzar la libre circulación de mercancías a fin de lograr el mercado común de la región.<sup>4</sup> Este objetivo es desarrollado con más detalle en el capítulo IV del ATIGA. Por su parte, el artículo 40 del referido Acuerdo prescribe que:

“Cada Estado Miembro no adoptará ni mantendrá ninguna medida no arancelaria sobre la importación de cualquier mercancía de cualquier otro Estado Miembro o sobre la exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de cualquier otro Estado Miembro, excepto en lo estipulado con respecto a sus derechos y obligaciones dentro de la OMC, o en lo dispuesto con el presente Acuerdo”<sup>5</sup>.

Con el fin de precisar el ámbito de protección del principio de libre circulación de mercancías, en el ATIGA se definen algunos conceptos. En este sentido, el concepto de restricciones cuantitativas adquiere el siguiente alcance:

“Medidas destinadas a prohibir o restringir la cantidad de comercio con otros Estados miembros, ya sean efectivos a través de cuotas, licencias u otras medidas de efecto equivalente, incluidas las medidas administrativas y requisitos que restrinjan el comercio”<sup>6</sup>.

Por su parte, el ATIGA define el concepto de medidas no arancelarias de la siguiente manera: “Medidas distintas de los aranceles que prohíben o restringen efectivamente las importaciones o exportaciones de las mercancías en los Estados miembros”<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> ASEAN Trade in Goods Agreement, ATIGA, por sus siglas en inglés.

<sup>3</sup> La Association of Southeast Asian Nation– (ASEAN) es una organización que fue fundada en 1967 y está conformada por los países del Sudeste Asiático. Estos países son los siguientes: Malasia, Indonesia, Brunei, Vietnam, Camboya, Laos, Birmania, Singapur, Tailandia y Filipinas.

<sup>4</sup> ATIGA - ASEAN Trade in Goods Agreement. Cha-am, Thailand, 26 de Febrero de 2009. Obtenido de: Invest in ASEAN - The Official investment promotion website of the Association of Southeast Asian Nations. Artículo 1° Consulta: 20 de Marzo de 2017. <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2002%20-%20ATIGA.pdf>.

<sup>5</sup> ATIGA, op.cit, Artículo 40°.

<sup>6</sup> Estas definiciones generales pueden encontrarse en el ATIGA. op.cit, artículo 2, numeral 1, literal n).

<sup>7</sup> Ibid, literal “k”.

De manera similar, el NAFTA<sup>8</sup> tiene el objetivo de “eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes”<sup>9</sup>. Asimismo, el artículo 309 numeral 1 del NAFTA incorpora el principio de libre circulación de mercancías al señalar que:

“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”<sup>10</sup>.

Además, para los casos de comercio de energía y petroquímica básica, el artículo 609 del NAFTA precisa que el término restricción “significa cualquier limitación, ya sea que se haga efectiva a través de cuotas, licencias, permisos, requisitos de precios mínimos o máximos, o por cualquier otro medio”<sup>11</sup>.

En este mismo orden de ideas, el artículo 1 del Tratado de Asunción que establece el Mercosur<sup>12</sup> consagra el principio de libre circulación de mercancías y establece un mercado común entre sus Países Miembros. Dicho mercado incluye una serie de elementos, entre los cuales, se mencionan los siguientes:

“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente”<sup>13</sup>.

El artículo 1 del anexo I del Tratado de Asunción reitera la consagración del principio de libre circulación de bienes e incorpora el compromiso de lograr la eliminación de los

---

<sup>8</sup> El TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o NAFTA (North American Free Trade Agreement) constituye una organización que opera desde 1994 y agrupa a Canadá, Estados Unidos y México. En: NAFTA. North American Free Trade Agreement, 1994. Obtenido de: Sistema de información sobre Comercio Exterior de la OEA. Consultado el 20 de Marzo de 2017, de [http://www.sice.oas.org/Trade/nafta\\_s/CAP01.asp#A102](http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP01.asp#A102).

<sup>9</sup> Idem, Artículo 102°, numeral 1, literal “a”.

<sup>10</sup> Idem. Artículo 309°.

<sup>11</sup> Idem, Artículo 609°.

<sup>12</sup> El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) fue constituido a través del Tratado de Asunción de 1991 y es una unión integrada por Argentina, Brasil, Paraguay, Venezuela y Uruguay. Bolivia se encuentra en proceso de adhesión.

<sup>13</sup> MERCOSUR. Artículo 1 del Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay – Tratado de Asunción, Asunción, 26 de marzo de 1991. Consultado el 20 de marzo de 2017. [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC\\_1991\\_TRATADO\\_ES\\_Asuncion.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf).

gravámenes y las demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco intraestatal. De manera complementaria, el artículo 2 de la referida norma define el concepto de restricciones 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 (...)”<sup>14</sup>.

Es evidente que estos acuerdos internacionales regionales recogen sus propios conceptos; no obstante, en el Mercosur, el NAFTA y la ASEAN al igual que en la Comunidad Andina, el objetivo es el mismo: la eliminación de las restricciones al comercio.

Asimismo, el principio de libre circulación de bienes también ha sido consagrado en los acuerdos bilaterales, tales como los Tratados de Libre Comercio (TLC). Por ejemplo, el artículo 2.8, numeral 1 del TLC Perú-USA contempla la eliminación de las medidas no arancelarias o restricciones a la importación. Esta norma cuya redacción y contenido es similar a la del NAFTA antes mencionada dispone que:

“Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, ninguna Parte podrá adoptar o mantener alguna prohibición o restricción a la importación de cualquier mercancía de otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, y para tal efecto, el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan en este Acuerdo y son parte integrante del mismo, *mutatis mutandi*.”<sup>15</sup>

Cabe mencionar que el artículo 23 del TLC Perú-Unión Europea también ha previsto la eliminación de las medidas no arancelarias<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Idem, artículo 2 del Anexo I del Tratado de Asunción de 1991.

<sup>15</sup> ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-EE.UU. Washington, 12 de Abril de 2006. Capítulo 2, sección D, artículo 2.8. Consultado el 20 de Marzo de 2017. [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/euu/espanol/Acceso\\_a\\_Mercados.pdf](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/euu/espanol/Acceso_a_Mercados.pdf).

<sup>16</sup> El artículo 23 del TLC Perú – Unión Europea señala que: “Salvo disposición en contrario en este Acuerdo o lo previsto en el artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, ninguna Parte adoptará o mantendrá prohibiciones o restricciones sobre la importación de mercancías de otra Parte o sobre la exportación o venta para exportación de mercancías destinadas al territorio de otra Parte. Para ese fin, el artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Acuerdo y son parte integrante del mismo *mutatis mutandis*.” En: Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Unión Europea. Bruselas, 26 de junio de 2012. Consultado el 20 de marzo de 2017. [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union\\_europea/espanol\\_2012\\_06/03\\_comercio\\_de\\_mercancia\\_s.pdf](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union_europea/espanol_2012_06/03_comercio_de_mercancia_s.pdf).

Por otro lado, a nivel multilateral, la eliminación de las restricciones cuantitativas y otras medidas que puedan restringir el comercio entre los Miembros también se ha contemplado en el marco de la OMC. Las normas multilaterales resultan ilustrativas para entender el alcance de esta obligación asumida por los países que integran otros acuerdos comerciales.

Por su parte, la Unión Europea ha regulado el principio de libre circulación de mercancías y la jurisprudencia desarrollada con respecto al mismo ha sido utilizada en la CAN. Asimismo, la Comunidad Andina ha incorporado este principio el cual será materia de análisis en la presente investigación.

### **1.1.1 Las medidas restrictivas al comercio en la Organización Mundial del Comercio**

Para comenzar, en la esfera de los acuerdos multilaterales de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), se encuentra el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT, por sus siglas en inglés). Conforme señala FERNANDEZ EGEA<sup>17</sup>, en el GATT existe una separación entre, por un lado, las restricciones cuantitativas, y, por otro lado, las restricciones u obstáculos “internos”.

Efectivamente, el artículo XI.1 del GATT<sup>18</sup> titulado “Eliminación general de las restricciones cuantitativas” estipula lo siguiente:

“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.”

---

<sup>17</sup> FERNANDEZ EGEA, R. (2008). Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC. Madrid: Marcial Pons. pág. 124.

<sup>18</sup> Artículo XI del GATT: Eliminación general de las restricciones cuantitativas.

Desde el establecimiento del GATT, se ha buscado reducir el impacto de los aranceles de aduana como mecanismos restrictivos del comercio. Se han realizado, a su vez, sucesivas rondas de negociación que condujeron al establecimiento de la OMC.<sup>19</sup> Paralelamente, los Estados implementaban otros mecanismos para imponer restricciones encubiertas a la importación o exportación de mercancías. CALVO CARACAVA y CARRASCOSA,<sup>20</sup> coinciden en señalar que ambas situaciones eran contrarias a la libre circulación de mercancías.

Es en ese contexto que los países intensificaron el uso de mecanismos como las cuotas y las licencias de importación. Según MATSUSHITA, MAVROIDIS y SCHÖNABUM<sup>21</sup>, las cuotas constituyen restricciones numéricas por un plazo normalmente de un año, y son establecidas por los Estados para la salida o entrada de una cantidad máxima de determinada mercancía en su territorio. Por su parte, las licencias constituyen la manera tradicional de administrar dichas cuotas, y se utiliza un procedimiento para su otorgamiento. Dicho procedimiento debería procurar ser transparente y justo<sup>22</sup>.

Como señala JACKSON<sup>23</sup>, se busca restringir el uso de cuotas y licencias debido al efecto que producen en los precios y a la distorsión de la competencia. En ambos casos, estas medidas suelen ser mucho menos transparente que los aranceles. Además, como consecuencia del proceso de otorgamiento de la respectiva cuota a través de la expedición de las licencias, estas medidas están mucho más expuestas a verse vinculadas con situaciones de corrupción por entidades gubernamentales.<sup>24</sup> Esta situación genera casos de abuso o demora para expedir dichas licencias.

---

<sup>19</sup> COTTIER, T., & OESCH, M. (2005). *International Trade Regulation - Law and Policy in the WTO, The European Union and Switzerland*. London/Bern: Cameron May/Stampfli Publishers. pág. 590.

<sup>20</sup> CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA, J. (2012). *Derecho del Comercio Internacional* (Primera ed.). Madrid: Editorial Colex S.A. pág. 85.

<sup>21</sup> MATSUSHITA, M., MAVROIDIS, P., & SCHÖNBAUM, T. (2006). *The World Trade Organization* (Segunda ed.). Oxford: Oxford University Press. pág. 269-270.

<sup>22</sup> *Idem* pág. 274.

<sup>23</sup> JACKSON, J. (1997). *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. Cambridge: MIT Press. pág.140.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Cabe precisar que las cuotas y licencias de importación no son la única forma de restringir el comercio, ya que como puede observarse, el artículo XI del GATT también, de manera expresa e intencional, hace referencia al concepto de “otras medidas”. Coincidiendo con Jackson,<sup>25</sup> consideramos que los Estados han buscado implementar otras medidas diferentes a una cuota o licencia que pueden implicar una restricción innecesaria o arbitraria al comercio internacional. Por tal motivo, dichas medidas también deben restringirse<sup>26</sup>.

De esta manera, resulta claro que, a la luz del artículo XI.I del GATT, las prohibiciones a las importaciones no están permitidas entre los Miembros de la OMC<sup>27</sup>. En ese sentido, la jurisprudencia del artículo XI del GATT resulta ilustrativa con respecto al tipo de medidas que pueden ser consideradas como una restricción al comercio.

En la OMC, por ejemplo, la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados y las multas que se impusieron para sancionar dichas importaciones por parte del Brasil, han sido consideradas incompatibles con el XI.1.<sup>28</sup> Asimismo, en el caso EE.UU-Camarones,<sup>29</sup> la prohibición de la importación de camarones y productos derivados del camarón, que carecían de ciertos certificados que garanticen el uso de determinados tipos de redes para su captura, impuesta por EE.UU, fue considerada una violación al artículo XI del GATT.

Por su parte, en el caso India-Restricciones Cuantitativas,<sup>30</sup> se consideró que el sistema discrecional de licencias de importación adoptado por la India era incompatible con el

---

<sup>25</sup> Ídem pág. 154

<sup>26</sup> Ídem. Pág. 155. A manera de ejemplo, JACKSON cita un caso en el cual, para la importación de ciertos productos, un país importador requiere la inspección previa del proceso de producción; sin embargo, dicho país nunca enviaba a un inspector al país de origen para realizar la revisión de dicho proceso.

<sup>27</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones - WT/DS31/R.

<sup>28</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados – WT/DS332/R.

<sup>29</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. WT/DS58/R.

<sup>30</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia India – Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales. WT/DS90/R.

artículo XI.I. De la misma manera, en el caso Colombia-Puertos de Entrada,<sup>31</sup> la prohibición de la importación de textiles, calzados y confecciones procedentes de Panamá o de la Zona Libre de Colón, por cualquier otro puerto que no sea Bogotá o Barranquilla fue considerada inconsistente con el artículo XI.1 del GATT.

Finalmente, en el caso India – Automóviles,<sup>32</sup> una medida aplicada por la India que buscaba generar un equilibrio comercial, al limitar la cuantía de las importaciones en relación con un compromiso de exportaciones, constituía una restricción a la importación prohibida por el artículo XI.I. Ha de tenerse en cuenta que dicha medida no contaba con la justificación en materia de balanza de pagos, tal como lo contempla el artículo XVIII del GATT.

La revisión de los casos mencionados revela que el artículo XI del GATT establece la prohibición de imponer restricciones cuantitativas a la importación de bienes, es decir, de colocar obstáculos en la frontera. Esta prohibición general se aplica a cualquier barrera al comercio. En este sentido, como sostiene FERNANDEZ EGEEA, quedan prohibidos “los contingentes, cuotas y todo tipo de licencia de importación de mercancías, así como cualesquiera otras barreras impuestas por medio de otras medidas”<sup>33</sup>.

Como se ha destacado, el artículo XI del GATT no solo busca eliminar las restricciones cuantitativas, sino que también incorporó el amplio concepto de “otras medidas”. Sobre la incorporación de este concepto, FERNÁNDEZ EGEEA precisa que, en la jurisprudencia del GATT/OMC, se explica que el concepto de restricciones cuantitativas permite una interpretación amplia. Este entendimiento se debe a que no solo se limita a las medidas enumeradas en el XI.1 del GATT, sino que también incorpora “cualquier medida aplicada en frontera que restrinja la importación (...) con independencia del acto normativo por el

---

<sup>31</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. WT/DS366/R.

<sup>32</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia India - Medidas que afectan al sector del automóvil. WT/DS146/R y WT/DS175/R

<sup>33</sup> FERNANDEZ EGEEA, Op. Cit. pág. 58.

que se encuentre refrendada (...)”<sup>34</sup>. El Grupo Especial ha desarrollado esta interpretación en el caso Japón – Semiconductores <sup>35</sup>.

Asimismo, cabe resaltar que el término “otras medidas”, abarca también las medidas potenciales. El Grupo Especial en el caso Estados Unidos – Superfund,<sup>36</sup> se pronunció sobre la prohibición general de establecer restricciones cuantitativas contrarias al artículo XI y opinó con respecto a esta norma que “su objeto no es solo proteger el comercio actual, sino además crear la previsión necesaria para planear el comercio futuro”

En este mismo orden de ideas, observamos que las medidas adoptadas por los Miembros de la OMC que no sean vinculantes pueden tener efectos restrictivos en el comercio. En esta línea, en el caso Japón – Semiconductores, el Grupo Especial concluyó que:

“Las peticiones de no exportar a partes contratantes que no sean los Estados Unidos semiconductores a precios inferiores a los costos de la correspondiente empresa dirigidas por el Gobierno japonés a los productores y exportadores japoneses de semiconductores, unidas a la obligación legal de los exportadores de presentar información sobre los precios de exportación y a la vigilancia sistemática por el Gobierno de los costos y los precios de exportación de cada empresa y de cada producto, y respaldadas con el uso de previsiones de la oferta y la demanda para convencer a los fabricantes de la necesidad de ajustar su producción a los niveles apropiados, constituyen un sistema coherente que restringe la venta para la exportación de los semiconductores objeto de vigilancia a precios inferiores a los costos de la correspondiente empresa con destino a mercados distintos del de los Estados Unidos y que es incompatible con el artículo XI.1.”<sup>37</sup>

Además, ha de tenerse en cuenta que no toda medida no vinculante puede ser analizada a la luz del artículo XI.1 del GATT. En el mismo caso Japón – Semiconductores se hizo tal reconocimiento en los siguientes términos:

“El Grupo Especial reconoció que no se podía considerar que todas las peticiones carentes de obligatoriedad fuesen medidas comprendidas en el artículo XI.1. Las relaciones entre el Gobierno y las industrias variaban según los países, según las industrias y según los casos, y dependían de muchos factores. La intervención gubernamental podía pues adoptar múltiples formas, por ejemplo desde una orden

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Japón – Comercio de Semiconductores, L/6309-35S/130, párr. 106.

<sup>36</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD 34S/157, párrafo 5.2.2.

<sup>37</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, Diferencia Japón – Comercio de Semiconductores. Op.cit. párrafo 132.

directa hasta la celebración ocasional de consultas con comisiones asesoras. El cometido del Grupo Especial era determinar si las medidas adoptadas en el caso a él sometido entrañaban una violación de lo dispuesto en el artículo XI.”<sup>38</sup>

Finalmente, el concepto de restricción al tratarse de las importaciones también ha sido analizado en la OMC. En el caso India-Automóviles,<sup>39</sup> el Grupo Especial sostuvo:

“7.269 El que este tipo de medida pueda describirse adecuadamente como restricción a la importación depende de si puede considerarse que el artículo XI regula situaciones en las que la entrada en el mercado de los productos está técnicamente autorizada sin restricciones cuantitativas formales expresas, pero sólo en determinadas condiciones que hacen la importación más onerosa que si la condición no existiera, generando así un desincentivo para importar.

7.270 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". Además, el Grupo Especial estima que la expresión "*condición limitativa*" utilizada por el Grupo Especial encargado del asunto *India - Restricciones cuantitativas* para definir la palabra "restricción", que este Grupo Especial hace suya, es útil para identificar el alcance de la noción en el contexto de los elementos de hecho que tiene ante sí. Esa frase sugiere la necesidad de identificar no simplemente una condición impuesta a la importación, sino una condición que sea limitativa, es decir, que tenga un efecto limitativo. En el contexto del artículo XI, ese efecto limitativo debe afectar a la importación misma.”

En el ámbito de la OMC, la sentencia citada es relevante al precisar que una medida restrictiva no solo se limita a los casos de establecimiento de prohibiciones expresas y de cuotas fijas, sino que se extiende a otras medidas vinculadas con el comercio de mercancías donde se produzca un efecto limitativo a la importación. Dicho efecto puede presentarse cuando se desincentiva la realización de la operación de comercio o al hacer la operación más onerosa de lo que debería dado que se disminuye la cantidad a importar.

En consecuencia, en el marco de la OMC, en aras de lograr la realización de los principios del sistema de comercio, es decir, el ser previsible, liberal y no proteccionista,<sup>40</sup> se

<sup>38</sup> Ídem. párrafo.108.

<sup>39</sup> OMC, Informe del Grupo Especial, India-Medidas que afectan al Sector del Automóvil. Óp.cit párrafos 7.269 y 7270.

<sup>40</sup> En: LA OMC... SU IMPORTANCIA. Una guía para funcionarios y legisladores, para la sociedad civil y para todos aquellos que se interesen en el comercio internacional y en la gobernanza mundial - Folleto de información para la

observa que la potencialidad de la medida, concepto que se analizará más adelante, también está siendo contemplada.

### **1.1.2 Las medidas restrictivas al comercio en la Unión Europea**

En el marco de la Unión Europea (UE, en adelante), existe el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009 (TFUE)<sup>41</sup>, el cual contempla la prohibición de establecer medidas que restrinjan el comercio comunitario. En efecto, el artículo 34 del TFUE<sup>42</sup> estipula que: “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.”

Como puede observarse, a diferencia de la redacción prevista en el marco del GATT/OMC, la UE adopta una fórmula diferente de la utilizada en el artículo XI del GATT. En efecto, en la fórmula de la UE se reconoce, por un lado, a las restricciones cuantitativas y, por otro lado, coincidimos con GORMLEY<sup>43</sup> en el sentido que se ha creado otro concepto que no tiene equivalente directo en el GATT: las medidas de efecto equivalente.

En la UE, en consecuencia, se prohíben, en una misma norma, dos tipos de medidas nacionales:

#### **a) Las restricciones cuantitativas**

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA definen las restricciones cuantitativas como “los contingentes, topes máximos o prohibición total de importación de productos que benefician a productores y comerciantes nacionales”<sup>44</sup>. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a través de una serie de pronunciamientos ha

---

Cuarta Conferencia Ministerial. Consultado el 15 de Abril de 2017. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/wto\\_matters\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/wto_matters_s.pdf).

<sup>41</sup> El TFUE fue precedido por el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE) de 1992.

<sup>42</sup> Antiguo artículo 28 del TCE.

<sup>43</sup> GORMLEY, L. (2009). EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union (Primera ed.). New York: Oxford University Press. pág.396.

<sup>44</sup> CALVO CARAVACA & CARRASCOSA, Op. Cit.159.

confirmado este concepto. De esta manera, en el caso Geddo, el TJUE afirmó que las restricciones cuantitativas son “medidas que suponen una restricción total o parcial, de acuerdo con las circunstancias, a las importaciones”<sup>45</sup>. Asimismo, en opinión de CHALMERS, DAVIES y MONTI<sup>46</sup> tales restricciones, entre otros supuestos, pueden producirse a través de diversos límites en un determinado periodo, tanto a la cantidad de unidades, como al valor total a importar.

#### b) Las medidas de efecto equivalente (MEE)

Las restricciones cuantitativas imponen un límite concreto a la cantidad de mercancías a importar y, por ende, los países exportadores pueden identificarlas como medidas restrictivas al comercio con mayor facilidad. Estas restricciones lesionan el objetivo del mercado común europeo, y por tal motivo, estos países quedan habilitados para presentar una queja ante el TJUE. No obstante, el concepto de MEE regulado en el artículo 34 del TFUE implica la ampliación del campo de protección para lograr el libre comercio de los bienes en la UE.

El objetivo del artículo 34 del TFUE ha sido materia de debate. Autores tales como CHALMERS, DAVIES y MONTI<sup>47</sup> se cuestionan si la finalidad de dicha norma es evitar el proteccionismo o estimular la desregulación de la actividad económica.

Sin embargo, a través de la inclusión del concepto de MEE en la normativa comunitaria europea, se entiende que la protección no solo debe hacerse frente a medidas que evidentemente lesionan el mercado común, tales como prohibiciones o regímenes de licencias no automáticas, entre otras, sino que el análisis también se realizará ahora teniendo en cuenta cada caso en particular. En esta línea de ideas, no se trata ahora solo de analizar si la medida impone un límite a las importaciones, sino de observar si la medida en sí misma genera o puede generar un efecto tal que pueda ser considerado como un límite a las importaciones.

---

<sup>45</sup> Caso 2/73 Riseria Luigi Geddo vs Ente Nazionale Risi (1973) ECR 865 párrafo 7.

<sup>46</sup> CHALMERS, D., DAVIES, G., & MONTI, G. (2010). European Union law: cases and materials (Segunda ed.). Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press. pág. 746

<sup>47</sup> Íbidem.

Este último examen respecto a si una medida nacional puede ser considerada como restrictiva sin ser, por definición, una restricción cuantitativa no está exento de problemas. Como sostienen CHALMERS, DAVIES y MONTI,<sup>48</sup> dicho examen implica el análisis de si la medida tiene efectos indirectos reductores en la importación de bienes. Este estudio conlleva algunas dificultades, tales como: “saber, con certeza, qué medidas efectivamente tienen como consecuencia que las importaciones se reduzcan o puedan hacerlo”<sup>49</sup>.

La jurisprudencia del TJUE ha realizado un desarrollo de dicho concepto para salvar este obstáculo y delimitar la definición del concepto de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Conforme señalan CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA,<sup>50</sup> este desarrollo se ha llevado a cabo, en primer lugar, con un caso clave del cual se desprende la noción que ha servido de base para entender el artículo 34 del TFUE. Posteriormente, dicha noción se ha ido precisando con más detalle a través de diversos fallos del TJUE.

El caso líder en este tema es el célebre caso Dassonville<sup>51</sup> a través del cual el TJUE definió el concepto de MEE de la siguiente manera: “toda normativa comercial dictada por los Estados miembros susceptible de restringir, directa o indirectamente, actual o potencialmente el comercio intracomunitario”. A su vez, el TJUE precisó y amplió el alcance de algunos términos incluidos en esta definición. Por ejemplo, en el caso Comisión vs. Francia,<sup>52</sup> este órgano jurisdiccional concluyó que el término “normativa” podía incluir regulaciones administrativas y acciones que mostrasen un cierto grado de consistencia y generalidad.

El TJUE entendió en cierto momento que la fórmula Dassonville debía ser perfeccionada. Esta decisión obedeció al hecho que se presentaron abundantes, diversas e incluso

---

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> CHALMERS, DAVIES & MONTI (pág. 746). Traducción del autor.

<sup>50</sup> CALVO CARAVACA & CARRASCOSA. Op.cit. pág. 160.

<sup>51</sup> Proceso N° 8/74, Fiscalía Pública vs Benoit y Gustave Dassonville, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 1974.

<sup>52</sup> CASO 21/84 Commission v. France (Aparatos para franqueo postal) [1985] ECR 1355.

extremas invocaciones del artículo 34 del TFUE para cuestionar normas nacionales. Conforme sostiene BARNARD,<sup>53</sup> si bien dichas normas limitaban prácticas comerciales, a su vez, las mismas tenían usos sociales y unos efectos muy remotos en el comercio intra-estatal. En este contexto se expide la sentencia Keck & Mithouard<sup>54</sup>.

En el caso Keck & Mithouard se presenta una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Estrasburgo en el marco de dos procesos penales en contra de los Sres. Keck y Mithouard. El objeto materia de cuestionamiento era la infracción de una reglamentación francesa que prohibía la reventa de productos a precios de pérdida. Desde el punto de vista de los inculcados, dicha reglamentación constituía una MEE. Por su parte, el TJUE concluye que no todo impedimento a la libertad comercial provocado por una norma nacional genera un incumplimiento del artículo 34 del TFUE.

Efectivamente, el TJUE delimita el alcance de la fórmula Dassonville en el párrafo 16 de dicho fallo y excluye las disposiciones sobre las modalidades de venta del alcance del concepto de MEE.

Cabe precisar que en el caso Keck y Mithouard, el TJUE prescribió la siguiente fórmula:

“La aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia en el asunto Dassonville”.

Asimismo, el TJUE condicionó dicha exclusión al señalar que las:

“disposiciones nacionales se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”.

---

<sup>53</sup> BARNARD, C. (2010). The substantive law of the EU: the four freedoms (Tercera ed.). Oxford; New York: Oxford University Press. pág. 74.

<sup>54</sup> Casos conjuntos C-267/91 y C-268/91 Keck and Mithouard (1993) ECR I-6097.

Además, el TJUE tuvo en consideración que existían medidas en un territorio determinado con un efecto neutro para las mercancías importadas de los otros Estados miembros y para las nacionales. A su entender, dichas medidas no impedirán o harán más difíciles la comercialización de las primeras frente a las segundas.

Con respecto al alcance de esta sentencia, se puede indicar que la misma contribuyó a limitar un poco más los supuestos de aplicación de Dassonville, por lo menos en lo que respecta a las normas nacionales sobre condiciones de comercialización. Tal como ha sido señalado en la citada jurisprudencia, esta limitación se produce siempre y cuando se aplique de manera no discriminatoria. Cabe mencionar que, al usar el término “ciertas”, el TJUE no llega a excluir a todas las modalidades de venta. Asimismo, el TJUE tampoco logra precisar de manera concreta a qué modalidades de venta se refiere. De la misma forma, este órgano jurisdiccional no define el concepto de modalidades de venta.

Con respecto a las medidas de comercialización, esta jurisprudencia contribuye a evitar que los Estados tengan que estar revisando cada medida expedida a fin de determinar si: a) a través de la misma se está configurando una violación al principio de libre circulación de mercancías. b) hay proporcionalidad en la misma y, c) existían mejores medidas a adoptar. De esta manera, se fortalece, indirectamente, el derecho nacional de los Estados miembros al dejarles ese campo de acción libre. Además, se permite una economía procesal, ya que no se pueden invocar esos casos ante el TJUE.

Finalmente, en este caso materia de análisis, se concluye que el análisis judicial de la medida cuestionada debe realizarse en dos niveles. Conforme señala WEATHERILL,<sup>55</sup> en primer lugar, hay que preguntarse si se trata de una medida que constituye una restricción al comercio. En segundo lugar, hay que determinar si dicha restricción al comercio se encuentra justificada. En opinión del referido autor, el análisis debe complementarse con un examen sobre el impacto final de dicha medida en el mercado<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> WEATHERILL, S. (Abril de 2006). Free Movement of Goods. (C. U. Press, Ed.) The International and Comparative Law Quarterly, 55(2). pág. 458.

<sup>56</sup> Ídem. pág. 459.

Habiendo precisado el ámbito delimitador en el caso Keck, es necesario ahondar con mayor detalle en la fórmula original Dassonville. Esta fórmula ayuda a entender mejor lo que ha sido desarrollado en el Tribunal de Justicia de la CAN (en adelante, TJA) en fallos sucesivos sobre el alcance de las medidas restrictivas al comercio en el marco del Acuerdo de Cartagena.

### **1.1.2.1 La fórmula Dassonville**

La fórmula Dassonville, como resultado del fallo emitido en 1974, ayudó a precisar el alcance de la norma comunitaria europea sobre el concepto de las MEE. Para su mejor comprensión, esta fórmula puede dividirse en tres partes y son las siguientes:

- **Cualquier normativa comercial**

Cabe aclarar que, si bien la fórmula Dassonville recoge este término, el uso del mismo puede significar una limitación mayor a la que supone la redacción del artículo 34 del TFUE. En efecto, el artículo 34 del TFUE no contempla el término normativa sino “medidas”.

Conforme destaca BARNARD,<sup>57</sup> el hecho que, de conformidad con el artículo 34 del TFUE, las medidas que restrinjan el comercio tienen que adoptarse, no debe implicar que tales medidas tengan que ser legalmente vinculantes. Además, según el mismo autor, dicho término abarca también “políticas y prácticas comerciales”. Esta forma de entender el alcance del artículo 34 del TFUE ha sido confirmada en la jurisprudencia de la TJUE. Por ejemplo, en el caso Comisión vs. Irlanda,<sup>58</sup> conocido como la campaña “Compra producto irlandés”, una entidad intermediaria, el Irish Goods Council, bajo el control del gobierno irlandés, diseñó un programa dirigido a cambiar la compra en Irlanda de productos importados a favor de bienes de origen irlandés. Con tal objetivo, se diseñó una

---

<sup>57</sup> BARNARD. Op.cit. pág 74.

<sup>58</sup> CASO 249/81 Commission v. Ireland (Campaña “Compra producto irlandés”) [1982] ECR 4005.

campaña publicitaria con el lema “Compre Irlandés” y etiquetas con el rotulo “garantizado irlandés”. El TJUE calificó este programa como una MEE.

- **Dictada por los Estados miembros**

Como expone BARNARD,<sup>59</sup> esta frase no se toma solo en el sentido explícito de medida “dictada” en la forma de una ley expedida o promulgada, sino que también abarca políticas o practicas consistentes. De la misma manera, tampoco se precisa que las medidas sean solo las adoptadas por el gobierno central, sino que pueden ser también las adoptadas por las autoridades estatales, federales y otras autoridades territoriales.<sup>60</sup> En este grupo se incluye hasta las entidades sobre las cuales el gobierno ejerza cierto tipo de control o responsabilidad.

Cabe señalar que la característica de las medidas en el sentido de que deben ser impuestas por algún tipo de autoridad gubernamental es la que genera el efecto directo vertical. Como consecuencia, sobre la base del derecho comunitario, se permite a los individuos reclamar ante los tribunales ordinarios por las medidas restrictivas al comercio adoptadas por los Estados miembros.

- **Directa o indirectamente, actual o potencialmente**

Coincidiendo con BARNARD<sup>61</sup>, consideramos que este es el elemento más importante de la fórmula Dassonville, toda vez que se enfatiza que lo que se debe prohibir es el efecto restrictivo de una medida; no verificar si es que hubo alguna buena intención para calificarla como medida restrictiva al comercio.

---

<sup>59</sup> BARNARD. Op.cit. pág. 75.

<sup>60</sup> De manera similar, esto ocurrió en el caso Agua Dundalk. En este caso, se produjo una discriminación por una medida nacional que favorecía los productos nacionales frente a los importados. El Consejo de Dundalk, en Irlanda, convocó a licitación por un contrato de suministro de agua; no obstante, para su adjudicación, se debía usar ciertos tipos de tubos que cumplieren con un estándar irlandés específico para su manufacturación. Aunque dichos tubos cumplieren con los estándares internacionales, si no tenían la certificación irlandesa, se consideraba que no cumplían con las cláusulas del contrato. Esta medida fue objetada ante el TJUE. Caso 45/87 Comisión vs. Irlanda (Agua Dundalk) [1988] ECR 4929.

<sup>61</sup> BARNARD. Op.cit. pág. 78.

Con frecuencia se encontraba en la jurisprudencia del TJUE la referencia al efecto actual de una medida restrictiva, ya que la mayoría de casos versaba sobre cómo una medida impuesta por los Estados que impedía el comercio interestatal en ese momento. Sin embargo, la posibilidad de alegar la potencialidad del efecto restrictivo de una medida requirió del desarrollo de este concepto en la jurisprudencia del TJUE. Este desarrollo tuvo lugar por ejemplo en el caso Foie Gras.

En el caso Foie Gras, Francia adoptó una normativa relativa a los preparados hechos con foie gras que prohibía su comercialización con una denominación determinada de un producto procedente de un Estado miembro, que si bien cumplía las reglas establecidas por dicho Estado, no lo hacía totalmente con respecto a las exigencias previstas por la normativa francesa. A pesar que era muy poco el foie gras que se preparaba en el resto de los países de la Comunidad y que iba a ingresar a territorio francés, la medida impuesta por Francia fue considerada como una medida capaz de dañar potencialmente el comercio interestatal de foie gras. Este hecho motivó la invocación del artículo 34 del TFUE.

Efectivamente, en el caso Foie Gras se concluye que la potencialidad de una medida como la que pretendía imponer Francia podía dañar el comercio interestatal europeo,<sup>62</sup> y de manera similar, lesionar el proyecto de mercado interno europeo.

Otro caso conocido donde también se destaca la potencialidad del efecto de una medida fue el de la campaña “Compra producto irlandés” antes mencionado. En este caso, el TJUE opinó que si bien:

“la campaña publicitaria y el uso de la etiqueta <<Garantizado irlandés>> no tuvieron el efecto de contribuir de forma considerable a la conquista del mercado irlandés por productos nacionales, no cabe desconocer que esas dos actividades, prescindiendo de su eficacia, forman parte de un programa gubernamental que tienen por objeto efectuar la sustitución de los productos importados por productos nacionales y que puede afectar al volumen de los intercambios intracomunitarios (...)”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Caso C-184/96 *Commission v. France* (foie gras) [198] ECR I-6197.

<sup>63</sup> Caso 249/81 *Commission v. Ireland* (Campaña “Compra producto irlandés”) [1982] ECR 4005. Párrafo 25.

Además, en el mismo caso antes mencionado el TJUE agregó en su párrafo 27 que:

“En tales circunstancias, las dos actividades controvertidas equivalen a instaurar una práctica nacional, introducida por el Gobierno irlandés y ejecutada con su asistencia, cuyo efecto potencial sobre las importaciones procedentes de otros Estados miembros es comparable al resultante de los actos gubernamentales de carácter obligatorio”.<sup>64</sup>

En otras palabras, la prohibición de este tipo de medidas restrictivas comerciales buscaba evitar el efecto en las importaciones. Este objetivo no podía limitarse solo a reparar una medida que ya se había llevado a cabo y que representaba un límite actual al comercio, sino que también debía ocuparse de aquellas que claramente podían acarrear el mismo efecto, como una suerte de efecto preventivo. Esta interpretación se produce siempre con el objetivo final de salvaguardar el mantenimiento y el avance del mercado común. Como se analizará más adelante, un razonamiento similar se ve reflejado en el caso SUDAMTEX resuelto por la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la CAN.

Además, el caso “Foie Gras” y el caso “Compra Irlandés” contribuyeron también a sentar la jurisprudencia en el sentido que la invocación del artículo 34 del TFUE no requiere que la medida nacional tenga que alcanzar un “nivel mínimo de efecto restrictivo”. En el caso francés, era muy poca la cantidad de foie gras comunitario que podía verse afectado, mientras que en el caso irlandés, la proporción de mercancías irlandesas vendidas en el mercado irlandés se redujo de 49.2 % a 43.4%<sup>65</sup>.

Finalmente, como ocurrió en el caso Dassonville, el efecto directo o indirecto de una medida está vinculado con el tema de acceso al mercado. Esto se produce por el hecho de que dicho acceso puede ser restringido por una medida restrictiva al comercio, sea porque la medida lo prohíbe directamente o porque la misma resulta ser tan complicada que desincentiva el comercio intraestatal.

---

<sup>64</sup> Ibidem. Párrafo 27.

<sup>65</sup> Ibidem. Párrafo 22.

A partir del desarrollo de esta fórmula se llega a la conclusión de que el concepto de MEE desarrollado en Dassonville implica una prohibición a medidas que reducen las importaciones, tal y como sucedería si se implementara una restricción cuantitativa. De esta manera, este desarrollo se entiende como un filtro para combatir medidas que, si bien no encajan en la clásica definición de restricción cuantitativa, generan un límite a la comercialización de bienes de otros países miembros de la UE.

Como antes se ha señalado, este concepto de MEE se ha ido precisando en fallos posteriores, tales como el citado caso Keck y Mithouard<sup>66</sup> y el caso Cassis de Dijon<sup>67</sup>. En el caso Cassis de Dijon, el TJUE consideró que un producto que ha sido legalmente producido y comercializado en un país miembro, debe circular libremente en otro país miembro. En este sentido, una prohibición en la comercialización de productos que han sido autorizados en otro país miembro de la UE constituía una barrera al comercio.

De manera similar, como señalan Chalmers, Davies y Monti,<sup>68</sup> el efecto que genera una MEE era “o bien discriminar directamente a los productos importados o bien crear algún obstáculo específico al comercio transfronterizo que no crean para el comercio interior”.

En consideración de lo antes expuesto, se puede concluir que para invocar la aplicación de la fórmula Dassonville y verificar que se ha producido una MEE deberán observarse dos factores. En primer lugar, debe verificarse que exista una medida imputable al sector público. En segundo lugar, se debe determinar el efecto de dicha medida al obstaculizar o disminuir el comercio comunitario.

Al respecto, cabe hacer una precisión en relación con la calificación de una medida como restrictiva al comercio. Teniendo en cuenta los fallos del TJUE cuya visión ha sido compartida y adoptada por el TJA y la Secretaría General de la CAN, para calificar una medida como restricción al comercio, la revisión del efecto de obstaculizar o restringir el

---

<sup>66</sup> Sentencia del TJCE asuntos C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard.

<sup>67</sup> Sentencia del TJCE, Asunto 120/78 Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon).

<sup>68</sup> CHALMERS, DAVIES, & MONTI. Op.cit. pág. 749.

comercio no incluye que se observe o invoque el elemento de discriminación en la medida como un requisito sine qua non.

En efecto, como asegura REYES TAGLE,<sup>69</sup> las medidas discriminatorias y las no discriminatorias que restrinjan las importaciones, cualquiera sea su forma, al hacerlas difíciles, imposibles o más costosas están prohibidas. El TJUE ha hecho poca o nula referencia al tema de discriminación<sup>70</sup>.

Este razonamiento se ve respaldado por el objetivo que tiene la incorporación de un concepto tan amplio como el de MEE. Lo relevante para estos fines es que se produzca un efecto de restricción al comercio que deba ser eliminado, independientemente de la calificación que reciba la medida como tal.

### **1.1.3 Las medidas restrictivas en la Comunidad Andina**

El Acuerdo de Cartagena mediante el cual se crea la Comunidad Andina (en adelante, CAN<sup>71</sup>), en la búsqueda de alcanzar el sistema de integración y cooperación que lleve al desarrollo económico de sus Países Miembros, tal como ha sido propuesto en su preámbulo, postula una serie de principios que resultan fundamentales para el proceso de integración andino.

Uno de estos principios fundamentales es el referido a la libre circulación de bienes. Este principio es crucial en los procesos de integración, en tanto que implica la creación y

---

<sup>69</sup> REYES TAGLE, Y (2012) Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go? SECO/ WTI Academic Cooperation Project. Consultado el 19 de Setiembre de 2016. <http://seco.wti.org/publications/937/free-movement-of-goods-in-the-andean-community-how-far-can-dassonville-go/> pág.8.

<sup>70</sup> Ídem pág. 10.

<sup>71</sup> El Acuerdo de Cartagena de 1969 crea el Pacto Andino. En 1996, esta organización pasa a denominarse “Comunidad Andina”, tras la adopción del “Protocolo Modificador que crea la Comunidad Andina y establece el Sistema Andino de Integración” que fue firmado en Trujillo, Perú. Este Protocolo tiene la finalidad de presentar un “nuevo marco jurídico que responde a los retos que plantean los cambios en la economía mundial al proceso de integración subregional”. En COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. (1996). Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Consultado el 1 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>.

defensa del mercado interno para el comercio entre los Países Miembros, y de un mercado sin fronteras. Como propone RESICO,<sup>72</sup> esta mayor búsqueda de integración económica con el objetivo de alcanzar el mercado interno debe conducir a una reducción de las barreras al comercio entre mercados.

En efecto, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA,<sup>73</sup> la libre circulación de bienes supone que los bienes puedan circular entre los Estados miembros, sin trabas ni obstáculos. Esta libre circulación implica la supresión de barreras jurídicas, técnicas, fiscales o fácticas.

Coincidiendo con esa línea de ideas y preceptos es que el Acuerdo de Cartagena desarrolla dicho principio en la órbita del derecho andino comunitario. Para comenzar, el literal d) del artículo 3 del Acuerdo de Cartagena establece, en el Capítulo I titulado los “Objetivos y Mecanismos del Acuerdo”, la implementación de un “Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo de 1980”<sup>74</sup>.

En aras de conseguir dicho objetivo el Acuerdo de Cartagena incorpora en el Capítulo VI las normas referidas al Programa de Liberación desde el artículo 72 hasta el artículo 78. Estas normas señalan el objetivo, una serie de definiciones y alcances, así como las excepciones al Programa de Liberación.

Asimismo, estas normas regulan los procedimientos de actuación de los órganos internos supranacionales con el fin de vigilar el cumplimiento del objetivo del Programa de Liberación. Además, se ha introducido el principio de trato nacional a los productos intrarregionales. De esta manera, con el fin de consolidar el mercado interno andino, estas

---

<sup>72</sup>RESICO, M. (2010). INTRODUCCIÓN A LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. KONRAD-ADENAUER STIFTUNG. Consultado el 26 de Noviembre de 2016. <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/21532/>. Pág. 317.

<sup>73</sup> CALVO CARAVACA & CARRASCOSA. Op.cit. pág. 126 y 151.

<sup>74</sup> Artículo 3, literal d del Acuerdo de Cartagena. En: COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (s.f). Consultado el 26 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP> (COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES).

normas buscan asegurar la entrada automática e irrevocable de los productos intrarregionales en los territorios de los otros Países Miembros.

En este contexto, y siempre consistente con alcanzar el objetivo antes mencionado, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena han previsto la protección del principio de libre circulación de mercancías. Con este fin, estas normas establecen la necesidad de eliminar las medidas restrictivas al comercio. Así, estas medidas comprenden los gravámenes y restricciones de todo orden. Como sostiene CASTRO BERNIERI,<sup>75</sup> esta protección se realiza “ya sea a través de la prohibición de establecer nuevos gravámenes y restricciones, sino también, mediante el desmonte de los eventuales gravámenes y restricciones aún existente”.

En ese sentido, el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena prescribe que:

“El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro”.

De la misma manera, el artículo 73 del referido Acuerdo define el concepto de restricciones de todo orden. Esta misma norma enumera una serie de medidas consideradas como excepciones para aplicar dichas restricciones al comercio.

El segundo párrafo del artículo 73 se refiere a las restricciones de todo orden y las define como: “(...) cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”.

Para los fines del presente trabajo, este último concepto, “restricciones de todo orden”, y su interpretación es lo que resulta relevante. Como habrá podido observarse, a diferencia de lo regulado en el TFUE, en la normativa andina el concepto de MEE no se encuentra

---

<sup>75</sup> CASTRO BERNIERI, J. (2003). El comercio intracomunitario y el mercado común andino. En A.-R. BREWER-CARIAS, Derecho Comunitario Andino (Primera ed., pág. 484). Lima: Fondo Editorial PUCP. Pág. 128.

explícitamente incorporado. En consecuencia, en el marco de la normativa andina, ¿no se puede invocar de ninguna manera, la violación del principio de libre circulación de mercancías mediante la adopción de una MEE?

Como bien destaca REYES TAGLE,<sup>76</sup> una lectura literal de lo dispuesto en el artículo 73, que define el mandato del artículo 72, nos llevaría a afirmar que el concepto de restricciones de todo orden estaría referido únicamente a las medidas administrativas, financieras o cambiarias adoptadas por los Países Miembros con el fin de obstaculizar las importaciones.

Esta interpretación podría posiblemente entenderse en un contexto en el cual prima la intención de poner un límite a un concepto tan amplio como el de las “restricciones de todo orden”. Estas medidas podrían abarcar absolutamente todo tipo de actuación que suponga una restricción al comercio, incluso la más mínima.

Ha de tenerse en cuenta que el TJA definió qué constituye una restricción al comercio y señaló 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 manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta limitaciones directas a las importaciones.”<sup>77</sup>

Tomando como base este desarrollo jurisprudencial, la Secretaría General ha concluido que la aplicación de ciertas medidas nacionales adoptadas por los Países Miembros puede ser calificada como una restricción al comercio.

---

<sup>76</sup> REYES TAGLE, Y (2012) Op.cit. pág. 1.

<sup>77</sup> Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela, Proceso 3-AI-96.

De esta manera, la Secretaría General ha calificado algunas medidas nacionales como restricciones al comercio. Por ejemplo, las licencias previas para la importación de azúcar originaria de la subregión, impuestas por Bolivia han sido consideradas inconsistentes con el artículo 73 por dificultar e impedir las importaciones de dicho producto<sup>78</sup>. Asimismo, la falta de establecimiento de un proceso claro, definido y transparente para la obtención de licencias previas a fin de importar máquinas electrónicas tragamonedas originarias de la subregión, en el Ecuador, fue calificada como una restricción al comercio intracomunitario<sup>79</sup>.

En la misma línea, podemos observar cómo la imposición de precios mínimos a la importación, tal como los que la DIAN de Colombia aplicó a la importación de calzado originario del Ecuador que se clasificaba en ciertas subpartidas arancelarias, constituyen una restricción al comercio en los términos del artículo 72 (actual 73) del Acuerdo de Cartagena<sup>80</sup>. Asimismo, de conformidad con la normativa andina, los requerimientos técnicos excesivos que impiden o dificultan las importaciones, tal como los que implementó el Perú con respecto a las importaciones de determinadas pilas y baterías de Zinc Carbón<sup>81</sup> constituyen una restricción al comercio.

De manera similar, la implementación de cuotas<sup>82</sup> y contingentes<sup>83</sup> a la importación de arroz proveniente de los otros Países Miembros, impuesta por Colombia, ha sido considerada como una política dirigida a limitar el acceso de dicho producto a su mercado interno. Por tal motivo, dichas cuotas y contingentes constituyen una restricción al comercio contraria al artículo 72 (actual artículo 73) del Acuerdo de Cartagena. Finalmente, la prohibición establecida por Colombia para la comercialización de la leche pasteurizada o la leche en polvo procedente de los otros Países Miembros ha sido considerada incompatible con el Programa de Liberación de bienes al prohibir el ingreso o dificultar la comercialización de dichos productos<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Resolución N° 967 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>79</sup> Resolución N° 966 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>80</sup> Resolución N° 244 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>81</sup> Resolución N° 1289 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>82</sup> Resolución N° 634 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>83</sup> Resolución N° 258 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>84</sup> Resolución N° 229 de la Secretaría General de la CAN.

Paralelamente, sin embargo, este aparente constreñimiento o limitación a solo tres tipos de medidas que mandaría el actual artículo 73 del Acuerdo de Cartagena llama la atención de manera significativa si se tiene en cuenta el objetivo del Programa de Liberación. Al respecto, coincidimos con REYES TAGLE quien se cuestiona sobre qué sucede con las medidas nacionales que están fuera del alcance de estas tres categorías.<sup>85</sup> Cabe formularse, entonces, la siguiente pregunta: ¿están las medidas restrictivas del comercio que no son administrativas, financieras o cambiarias fuera del alcance de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena? Una respuesta positiva a la pregunta formulada demanda la cautela necesaria debido a que se estaría limitando el alcance del principio de libre circulación de mercancías ante determinadas actuaciones que, de facto, generan este efecto restrictivo en el comercio regional.

Al respecto, de acuerdo con lo señalado por REYES TAGLE,<sup>86</sup> el TJA y la Secretaría General han concluido que el Acuerdo de Cartagena no limita la noción de restricciones de todo orden.

Para llegar a esta conclusión, la Secretaría General y el TJA han recurrido a la jurisprudencia del TJUE en la doctrina desarrollada en el asunto Dassonville arriba mencionado. A partir de esta jurisprudencia, se ha considerado que las medidas de efecto equivalentes a las restricciones cuantitativas también están prohibidas al amparo de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, incluyendo las medidas potenciales. De esta manera, se ha ampliado el alcance del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Cabe señalar que el TJA no es el único tribunal regional que ha recurrido a la jurisprudencia del TJUE. El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR también ha utilizado dicha jurisprudencia para definir el alcance del principio de libre circulación de bienes en el Tratado de Asunción.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> REYES TAGLE, Y (2012). Op.cit. pág.2.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR ha justificado el uso de la jurisprudencia del TJUE de la siguiente manera: «Resulta obvio que una prohibición de importación es una restricción al libre comercio. Es un concepto auto-explicativo, al menos en este caso. El TPR no obstante, para mejor ilustración, citó una reciente jurisprudencia europea.» Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la república argentina en relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre

Efectivamente, en el Proceso 03-AI-96, el TJA sostuvo que, a fin de garantizar que una medida interna no pueda amenazar el principio de libre circulación de mercancías, debe realizarse una identificación entre la medida restrictiva y el objeto específico que busca proteger. Para estos efectos, se requiere de la existencia de una norma sustantiva relativa a las MEE. La legislación comunitaria andina<sup>88</sup> no incorpora una norma de esta naturaleza.

A fin de dar una solución a este problema, el TJA concluye que se pueden utilizar como fuentes supletorias del derecho dos normas de comercio: el Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual TFUE) y las normas de la OMC. Consecuentemente, el TJA manifestó lo siguiente:

“concluir que un obstáculo o impedimento a la importación libre de mercancías que se salga del objeto específico de la medida (...) que busque 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 (...)”<sup>89</sup>.

La Secretaría General determinó, en el cumplimiento de sus funciones, el alcance del término “medidas” para encontrar las que podían encajar en el marco del entonces artículo 73<sup>90</sup> (actual artículo 74). En este sentido, la Secretaría General concluyó que no había limitación alguna en la redacción de la referida norma que limite su extensión. Como resultado, esta norma no solo se invoca frente a los actos finales o definitivos considerados como restrictivos del comercio, sino que también debe extenderse a los actos preparatorios, de trámite o potenciales. Para llegar a esta conclusión, la Secretaría General tuvo en cuenta la redacción de esta norma. En efecto, el artículo 73 estipula que:

“Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida

---

de 2005 en la controversia "prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay". Puede verse en: Reyes Tagle, Y (2013). "Free Movement of Goods in MERCOSUR: Developing a European Court of Justice Approach in MERCOSUR?", SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2013. Consultado el 28 de enero de 2017. Disponible en:

<http://seco.wti.org/publications/920/the-free-movement-of-goods-in-mercosur-developing-a-european-court-of-justice-approach-in-mercosur/>

<sup>88</sup> Proceso N° 03-AI-96 pág 17.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Resolución 047-1998 de la Secretaría General de la CAN.

adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye gravamen o restricción”.

Este análisis en el caso de los actos finales y preparatorios se realiza teniendo en cuenta que, según la Secretaría General y el TJA, ambos actos tienen finalmente el mismo efecto. Este efecto consiste en generar una limitación o prohibición al comercio de bienes importados. Precisamente por el efecto que pueden causar, si se considera que la finalidad del Programa de Liberación es evitar este efecto, dichos actos deben restringirse incluso ante su posible ocurrencia.

La referencia a la importancia de un necesario efecto restrictivo para calificar a las medidas adoptadas por los Países Miembros en la jurisprudencia andina no es casual. En efecto, los órganos comunitarios andinos reconocen que el marco normativo comunitario andino se ha inspirado en la legislación comunitaria europea<sup>91</sup>. A su vez, dichos órganos reconocen a esta legislación europea como fuente supletoria del derecho<sup>92</sup>. Por tal motivo, estos órganos comunitarios entienden que las sentencias que han ayudado a precisar dicha legislación deben también ayudar a dotar de contenido a la normativa andina.

En su Resolución 047,<sup>93</sup> la Secretaría General precisó qué constituye una medida. Para este fin, la Secretaría General argumentó que tomó como base el término “medida” que se encontraba incorporado en el artículo 30 del Tratado de Roma (actual artículo 34 del TFUE). Desde el punto de vista de la Secretaría General, esta norma constituía una fuente de inspiración del entonces artículo 73 (actual 74) del Acuerdo de Cartagena.

De esta manera, la Secretaría General define el concepto de medida como “cualquier acto de carácter normativo administrativo o cualquier conducta o práctica de carácter real o

---

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Proceso 03-AI-96 pág. 17. En este caso, se reconoce que el artículo 30 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y las normas aplicables al tema de las restricciones cuantitativas a nivel de la Organización Mundial del Comercio tienen el carácter de fuente supletoria para estos temas,

<sup>93</sup> Resolución 047 de la Secretaría General de la CAN.

potencial que tenga por efecto limitar, dificultar impedir o de algún modo restringir las importaciones o hacerlas más onerosas”<sup>94</sup>.

Acto seguido, la Secretaría General hace referencia a la sentencia Dassonville la cual ayudó a dotar de contenido a la normativa europea al explicar el concepto de MEE, e incluyó los actos potenciales. En esta sentencia, se enfatizó que lo relevante en una medida no es el propósito, sino el efecto de la misma. Asimismo, considerando que la potencialidad es lo que ha de tenerse en cuenta, se entiende que, en esencia, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena ha incluido a las MEE.

Para la Secretaría General, y posteriormente el TJA, la potencialidad de la medida tiene tanta relevancia como la aplicación de una medida que implica una restricción actual. Desde esta perspectiva, ambas medidas producen, aunque en momentos diferentes, el mismo resultado: restringir o dificultar las importaciones para buscar desincentivar el comercio intrarregional y, por ende, ponen en riesgo el Programa de Liberación.

De esta manera, la Secretaría General concluye que, al igual que las restricciones cuantitativas, las MEE se encuentran en el ámbito del alcance del concepto de restricción del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Por los tanto, las MEE deben considerarse comprendidas dentro del supuesto de “restricciones de todo orden”. Con esta interpretación, se daría cumplimiento al objetivo principal del Programa de Liberación, es decir, proteger el mercado interno comunitario de cualquier medida estatal que suponga un menoscabo al mismo. Este objetivo se amplía no solo tratándose de la existencia de un efecto cierto, sino también ante el efecto potencial que tenga la medida del Estado infractor.

La incorporación del concepto de MEE en la legislación comunitaria andina, tanto para la Secretaría General como para el TJA, zanja el problema que implica el concepto descrito del segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Esta norma parecía

---

<sup>94</sup> *Ibidem*.

ser taxativa y limitante al enumerar solo tres supuestos: medidas administrativas, financieras o cambiarias. Con esta incorporación, se amplía la protección prevista por el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

Esta ampliación del concepto de restricción a las MEE impide, básicamente, cualquier medida que los Estados busquen implantar para controlar el flujo de mercancías en su país. Sin embargo, la existencia de las MEE no implica *per se* una limitación al accionar estatal. Por el contrario, se entenderá que es posible que los Estados adopten dichas medidas, y que puedan ser permitidas, siempre que estén cubiertas por una excepción contemplada en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Además, dichas medidas deben ser proporcionales al objeto que buscan restringir.

Existen situaciones que permiten la imposición de medidas restrictivas al comercio sin que las mismas sean consideradas como una violación al principio de libre circulación de mercancías no permitida. A continuación, se exponen las excepciones a las medidas restrictivas.

## **1.2 Las excepciones a las medidas restrictivas al comercio en el Acuerdo de Cartagena**

De conformidad con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, existen algunas medidas restrictivas al comercio que son legalmente permitidas y no violarían las obligaciones de los Países Miembros<sup>95</sup>. Conforme señala

---

<sup>95</sup> Al respecto, vale la pena traer a colación la reflexión que GORMLEY y REYES TAGLE hacen sobre las excepciones que se enumeran en esta sección. Ambos autores coinciden en señalar que, en algunos fallos del TJUE y el TJA, estos órganos resolutivos concluyen, erróneamente, que las medidas contenidas en la lista de excepciones permitidas no constituyen una medida restrictiva al comercio con efecto equivalente. Ambos autores sostienen, correctamente, que el hecho que dichas medidas cuenten con una justificación o sean aceptadas, no quiere decir que dejen de ser medidas del tipo restrictiva al comercio con efecto equivalente. Precisamente, ese efecto restrictivo se mantiene para las importaciones de bienes que son afectados por la medida; la diferencia es que, ahora, se cuenta con un elemento de justificación que permite su aplicación legal. GORMLEY, L. (2011). Free Movement of Goods and Their Use - What Is the Use of It? Fordham international Law Journal, 33(6). pág. 1614, y REYES TAGLE, Y (2012). Op.cit. pág. 11.

CASTRO BERNIERI,<sup>96</sup> el TJA ha aclarado que estas excepciones tienen límites. En el Proceso N° 03-AI-97, el TJA aseveró que:

“Para que la restricción adquiera la categoría de justificatoria, según la competencia asignada a la Secretaría, 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 o inmediata. Solo así se garantiza que no haya duda de que la medida interna pueda amenazar subrepticamente el propósito esencial de la integración consistente en la libre circulación de mercancías”.

Las excepciones al principio de libre circulación de mercancías que han sido contempladas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena son las siguientes:

- *La protección de la moral pública*

En principio, los Estados pueden determinar cuáles son los estándares de moral pública que desean mantener en su territorio. Sin embargo, esta justificación no es absoluta,<sup>97</sup> ya que para este fin, el Estado objetante necesita aplicar medidas efectivas, por ejemplo, de naturaleza penal, que impidan la distribución de tales bienes contrarios a la moral pública en el país. Como destaca GORMLEY,<sup>98</sup> si el comercio interno de esos bienes prohibidos está permitido, esa prohibición de comercio de bienes no puede ser amparada bajo el supuesto de una excepción.

- *La aplicación de leyes y reglamentos de seguridad*

Como sostiene GORMLEY,<sup>99</sup> con respecto a la aplicación de leyes, los Estados miembros son libres de determinar cuáles son los requerimientos de política pública a la luz de sus necesidades nacionales, y tienen como límite el control ejercido por las instituciones comunitarias. No obstante, con respecto a la seguridad pública, GORMLEY considera que se incluye la protección de las instituciones de un Estado miembro, sus servicios públicos esenciales y la supervivencia de sus habitantes.<sup>100</sup> Esta protección se permite siempre que las medidas sean necesarias y proporcionales.

---

<sup>96</sup> CASTRO BERNIERI, Op. Cit. pág. 127.

<sup>97</sup> CALVO CARAVACA & CARRASCOSA. Op.cit. pág. 180.

<sup>98</sup> GORMLEY, L. (2009). EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union (Primera ed.). New York: Oxford University Press. pág. 460.

<sup>99</sup> Idem. pág. 461.

<sup>100</sup> Idem. pag 463.

- *Las importaciones o exportaciones de materiales de guerra*

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 constituye una excepción. Esta excepción funciona de manera similar a la seguridad pública. Se hace referencia a la importancia de la seguridad interna y externa de los Estados, siempre teniendo en cuenta la proporcionalidad y la necesidad en la configuración y aplicación de la medida.

- *La protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales*

Conforme propone GORMLEY<sup>101</sup>, en este caso, el Estado tiene la libertad de determinar el nivel de protección de salud que busca asegurar. Sin embargo, la revisión de las medidas a la luz del principio de proporcionalidad es un requisito. De omitirse este requisito, con el argumento de buscar la protección de la vida y salud, se podría dar lugar a la implementación de restricciones abusivas. Este tipo de restricciones podrían darse a través de, por ejemplo, la prohibición de importación de bienes, las licencias para la importación, los requerimientos de certificados de salud, las restricciones para que solo ciertas personas puedan vender ciertos productos, entre otros.

- *La importación y exportación de oro y plata metálicos*

El oro y la plata son commodities valiosos, cuyo comercio tiene implicancias en diversos sectores (económico, ecológico, policial). Sin embargo, aunque los Estados tienen la facultad de regular la entrada y salida de dichos commodities, al igual que el resto de excepciones mencionadas, las medidas que restrinjan su comercio deben ser justificadas sobre la base de la proporcionalidad.

- *La protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico*

Esta excepción, tal como propone GORMLEY,<sup>102</sup> estaría más orientada a prevenir la exportación de bienes que forman parte de lo que se considera como tesoro nacional. Sin embargo, la imposición de licencias a la exportación sujeta al cumplimiento de

---

<sup>101</sup> Idem. pág. 471.

<sup>102</sup> Idem. pág.478.

determinadas condiciones debe respetar siempre el principio de proporcionalidad, a fin de evitar obstáculos desproporcionados al libre movimiento de bienes<sup>103</sup>.

- *La exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.*

Esta excepción podría encajar en las situaciones descritas en los literales b, c y d, referidos a la protección a la salud/medio ambiente, seguridad nacional y traslado de insumos para armas. Una vez más, la aplicación del test de proporcionalidad representa un límite a las medidas restrictivas que puedan dictar los Estados miembros.

### **1.2.1 El principio de proporcionalidad en la aplicación de las excepciones al principio de libre circulación de mercancías**

Para ser aceptadas legalmente, las excepciones al principio de libre circulación de mercancías previstas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena están sujetas a un examen de proporcionalidad. A pesar que esta normativa no contempla expresamente la aplicación de este principio de proporcionalidad, el TJA<sup>104</sup> y la Secretaría General<sup>105</sup> han recogido este principio en diversas decisiones. En este sentido, ambas instituciones han sostenido que este principio asegura el propósito esencial de la integración, el cual es la libre circulación de mercancías<sup>106</sup>.

Como bien argumenta CASTRO BERNIERI, el principio de proporcionalidad supone el análisis de las medidas unilaterales impuestas para restringir el comercio. Estas medidas podrían justificarse bajo ciertas condiciones., Sobre este aspecto, GARCIA PEREZ<sup>107</sup> coincide con CASTRO BERNIERI. Desde el punto de vista de ambos autores, la medida

---

<sup>103</sup> Ídem. pág. 479.

<sup>104</sup> Procesos N° 05-AN-97, 01-AN-97, 03-AI-97, 03-AI-96, 118-AI-2003.

<sup>105</sup> Resoluciones N° 201 y 407 de Secretaría General de la CAN.

<sup>106</sup> Proceso N° 03-AI-96.

<sup>107</sup> GARCÍA-PÉREZ, R. (2001). La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Repositorio Universidade Coruña. pág 934 -935. Consultado el 6 de Diciembre de 2016. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2128/AD-5-41.pdf?sequence=1>.

debe ser apropiada y no excesiva teniendo en cuenta el objetivo que se persigue. Así, se debe buscar un balance o proporcionalidad entre lo que se restringe y el objetivo que se busca alcanzar a través de tal restricción. De esta manera, en aplicación del principio de proporcionalidad, para lograr su objetivo, el efecto de la medida que adopta la entidad estatal debe ser lo menos restrictiva posible.

Según GARCÍA-PEREZ,<sup>108</sup> el principio de proporcionalidad se subdivide en tres sub principios. En primer lugar, se tiene el sub principio de la utilidad o adecuación, el cual supone que “la medida cuestionada sea adecuada para alcanzar el resultado buscado, útil para lograrlo”. En segundo lugar, se observa el sub principio de la necesidad o indispensabilidad que plantea que “no sólo que la misma sea útil, sino que, de entre todas aquellas que lo sean, resulte la más suave o moderada”. En tercer lugar, se propone el sub principio de la proporcionalidad en sentido estricto mediante el cual, en palabras de GARCÍA-PEREZ, “la ponderación entre los bienes o intereses en presencia debe arrojar un resultado positivo, siendo mayor el beneficio derivado para el interés general de la adopción de la medida que el sacrificio sufrido por el derecho de que se trate”<sup>109</sup>. BLANKE coincide con GARCIA PEREZ, y profundiza al tercer sub principio, referido a la proporcionalidad en sentido estricto, indicando que tal proporcionalidad “versa sobre una relación justa y adecuada entre los fines que persigue el poder público y los medios que determina en consonancia con sus finalidades”<sup>110</sup>.

Como propone COVIELLO, con respecto al uso del principio de proporcionalidad, es necesario verificar tanto el objeto y la finalidad de la medida, a fin de observar: a) si el medio utilizado, es apropiado para alcanzar el objetivo deseado y b) si es necesaria su implementación ante la imposibilidad de elegir otro método con la misma eficacia, cuidando al mismo tiempo que dicha implementación “no tenga una intensidad tal que no

---

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Otros autores, como BARNARD, por ejemplo, proponen que este principio se encuentra compuesto por dos tests: uno de idoneidad de la medida para alcanzar el objeto propuesto, y el otro de necesidad de la medida, en el cual se procede a ponderar los intereses en conflicto. BARNARD. Op.cit. pág. 171.

<sup>110</sup> BLANKE, H.-J. “El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano. Revista de Derecho Administrativo N° 9, pág 345.

guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano”<sup>111</sup>, lo que llevará a concluir si la medida es proporcional.

En ese sentido, una vez que se ha comprobado su cumplimiento, lo que se puede lograr a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en la medida adoptada por el Estado, es dotar de validez a dicho accionar. Por lo tanto, si la medida es proporcional, se considerará que el Estado actuó conforme a los lineamientos que tiene la CAN. Por el contrario, si se verifica que lo que se ha generado a través de dicha medida es una MEE, la misma no será permitida al amparo del Acuerdo de Cartagena.

Cabe mencionar que, como bien señala REYES TAGLE,<sup>112</sup> esta manera de impulsar y aplicar el principio de proporcionalidad para salvaguardar la libre circulación de mercancías en la CAN, por parte del TJA y la Secretaría General, guarda una considerable semejanza con la idea de proporcionalidad y su respectiva salvaguarda que regulaba el artículo 3 de la antigua directiva 70/50 de 1969 de la Comisión Europea. Este hecho constituye otro ejemplo de la fuerte influencia de la legislación europea como fuente supletoria de derecho e interpretación en la jurisprudencia andina para determinar la existencia de una restricción al comercio comunitario.

Según GARCÍA-PÉREZ, el principio de proporcionalidad es “un instrumento apropiado para constatar que las medidas estatales restrictivas de la libre circulación no constituyen un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.<sup>113</sup> A la luz de lo expuesto, podemos concluir que el examen de proporcionalidad que implementan el TJA y la Secretaría General constituye un límite válido para el accionar de los Países Miembros en la aplicación de las excepciones del principio de libre circulación de mercancías que son permitidas en el ámbito del Acuerdo de Cartagena.

---

<sup>111</sup> SCHARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Londres, Sweet & Maxwell, 1992, p. 708. Citado por JORGE COVIELLO (2011). *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo*. Derecho Pucp N° 67, pág. 145.

<sup>112</sup> REYES TAGLE, Y (2012) *Op.cit.* pág. 29.

<sup>113</sup> GARCÍA-PÉREZ. *Op.cit.* pág. 937.

Existen otros elementos a tener en cuenta para efectos de aceptar una excepción al principio de libre circulación de mercancías. La Secretaría General en su Resolución 1695 resume dichas condiciones desarrolladas por el TJA de la siguiente manera:

- “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”<sup>114</sup>.

El uso del test de proporcionalidad descrito en esta sección debe entenderse como un examen estrictamente dirigido a justificar una medida excepcional. Este examen difiere del análisis de proporcionalidad que la Secretaría General y el TJA tienen en cuenta para calificar una multa o propuesta de multa como una restricción al comercio que es incompatible con el Acuerdo de Cartagena. Este segundo nivel de análisis será abordado en el capítulo III.

### **1.3 El mecanismo de determinación de las medidas restrictivas en la Comunidad Andina**

En la CAN, el Acuerdo de Cartagena ha establecido que una institución comunitaria sea la encargada de calificar si una medida nacional puede ser considerada como una violación al principio de libre circulación de mercancías. El artículo 74 del Acuerdo de Cartagena manda que, para efectos de los artículos 72 y 73:

“la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Resolución N° 1695 de la Secretaría General de la CAN. Calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por el Gobierno de Ecuador mediante la Resolución 116 del COMEX. pág. 22 y 23.

<sup>115</sup> Artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

Efectivamente, esta norma del Acuerdo de Cartagena que contiene esta obligación de procedimiento encarga a la Secretaría General la calificación de una medida estatal como una restricción al comercio. Como precisa REYES TAGLE,<sup>116</sup> esta calificación se deberá llevarse a cabo mediante una revisión caso por caso.

Un punto interesante a mencionar es que según la jurisprudencia desarrollada en la CAN, la actuación de la Secretaría General no está sujeta al agotamiento de las vías previas ni condicionada al vencimiento de plazos a nivel nacional. Se ha interpretado que lo que es relevante es actuar frente a cualquier contravención al Acuerdo de Cartagena. Este daño podría devenir en irreparable si es que la Secretaría General tuviese que esperar a que se acaben los procedimientos internos<sup>117</sup>. En ese sentido, el artículo 30 literal a) del Acuerdo de Cartagena establece como una de las funciones de la Secretaría General el “velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Como paso previo a la intervención del TJA, la Secretaría General está obligada a explicar las razones de hecho y derecho que la han llevado a considerar que una medida nacional constituye una medida restrictiva a la importación. Una vez que la Secretaría General verifica que las medidas estatales impugnadas no cumplen con las disposiciones de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, esta institución debe expedir una Resolución en la que se concluya que existe una restricción al comercio. Si el País Miembro no cumple con lo dispuesto en dicha Resolución, se recurrirá al TJA, para que se pronuncie sobre la existencia de una restricción al comercio.

La opinión de la Secretaría General no necesariamente coincidirá con lo que determine el TJA en última instancia. El TJA tiene la facultad de mantener, modificar o rechazar dicha Resolución. Cabe mencionar que, hasta el momento, todas las medidas que la Secretaría General ha considerado como restrictivas han sido aceptadas por el Tribunal<sup>118</sup>. No

---

<sup>116</sup> REYES TAGLE, Y (2012). Op cit. pág. 5.

<sup>117</sup> Esto se desprende de los artículos 1 al 5 del Tratado de Creación del TJA, así como del artículo 30 literal a) del Texto codificado del Acuerdo de Cartagena, cuyo desarrollo jurisprudencial se concreta en la Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>118</sup> REYES TAGLE (2012) Loc.cit.

obstante, el TJA ha declarado la nulidad de algunos pronunciamientos de la Secretaría General relacionados a la determinación de una medida nacional como una restricción al comercio.

De esta manera, el TJA ha sostenido que existe un exceso de competencias por parte de la Secretaría General en algunos casos. Por ejemplo, este exceso se ha observado cuando, luego de haber determinado la existencia de una medida restrictiva al comercio, la Secretaría General ha señalado a un gobierno la forma en la que debe aplicar su normatividad interna o le ha prohibido la realización de determinadas conductas<sup>119</sup>.

Esta competencia exclusiva de la Secretaría General ha sido otorgada teniendo en cuenta que el objetivo del Programa de Liberación es asegurar el correcto comportamiento de los Estados en el ámbito del comercio intra comunitario<sup>120</sup>. A su vez, se ha tenido en cuenta la necesidad de garantizar la operatividad del mercado ampliado. Esta competencia garantiza a la Secretaría General la capacidad suficiente para poder actuar en temas vinculados con la protección del comercio intracomunitario, a fin de iniciar, de oficio, procedimientos que ayuden a descubrir si determinada medida nacional puede afectar el principio de libre circulación de los bienes que salvaguarda el Programa de Liberación.

A continuación, se procede a revisar cómo es que los Estados, en ejercicio de su potestad aduanera, han adoptado algunas medidas del tipo sanciones aduaneras. Asimismo, se analizará de qué manera la jurisprudencia europea, la cual ha sido utilizada como fuente supletoria de derecho por el TJA, ha resuelto los casos en los que se argumentó que tales medidas podían constituir MEE.

---

<sup>119</sup> PROCESO N° 02-AN-98, segundo considerando resolutivo.

<sup>120</sup> Proceso 14-IP-2008 TJA.

## **Capítulo II: La calificación de las sanciones aduaneras como medidas restrictivas del comercio y la experiencia de la Unión Europea**

### **2.1 La actividad fiscalizadora de la autoridad aduanera**

En tanto construcciones políticas, uno de los objetivos de los Estados, es satisfacer las necesidades de las sociedades a las cuales representan. A estas sociedades, los Estados buscan proporcionar una serie de beneficios y servicios, tales como, la educación, la salud, la seguridad social y pública, el transporte, la justicia, los servicios públicos, entre otros.

Con la finalidad de brindar estos beneficios y servicios en cada país se construye un aparato estatal. Con frecuencia, este aparato estatal tiene funciones establecidas mediante una Constitución política. Dicha Constitución es la ley fundamental a través de la cual se establecen las competencias y responsabilidades administrativas y sectoriales de las entidades públicas; se determinan los límites del accionar del aparato estatal; se señalan los derechos y obligaciones del sector público y privado, entre otros.

En ese sentido, en el ámbito del tráfico nacional e internacional de mercancías en un territorio determinado, se establece una entidad encargada de garantizar el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que regulan dicho tráfico de mercancías. Esta entidad está constituida por la autoridad aduanera, más conocida como la Aduana.<sup>121</sup> Por su parte, las normas a garantizar pueden ser leyes, reglamentos, procedimientos, acuerdos internacionales, etc.

---

<sup>121</sup> No todos los países cuentan con una autoridad reconocida como “la Aduana”, que se dedique exclusivamente al control del tráfico de mercancías. Por ejemplo, entre los países que conforman actualmente la Comunidad Andina de Naciones, en el Perú, la Superintendencia Nacional de Aduanas fue absorbida por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Esto generó la creación de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT mediante el Decreto Supremo 061-2002-PCM (SUNAT, 2017). Por su parte, también en Colombia tuvo lugar un proceso de fusión entre la Dirección de Impuestos Nacionales (DIN) y la Dirección de Aduanas Nacionales (DAN), y se generó la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), mediante Decreto 2117 de 1992 (DIAN, 2017) En cambio, en Ecuador y Bolivia sí existen entidades netamente aduaneras, tal como el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE, 2017) y la Aduana Nacional de Bolivia (ADUANA NACIONAL DE BOLIVIA, 2017), respectivamente.

De esta manera, las Aduanas surgen como entidades fiscalizadoras de las operaciones de importación y exportación de mercancías en un territorio determinado. Como menciona BRACCO,<sup>122</sup> las Aduanas están formadas por:

“las distintas oficinas que, dentro de la competencia que se les hubiere asignado, ejerzan las funciones de aplicación de la legislación relativa a la importación y exportación de mercadería, las de percepción y fiscalización de las rentas publicadas producidas por los derechos y demás tributos con que las operaciones de importación y exportación se halla gravadas y las de control del tráfico internacional de mercadería”.

Todo este conjunto de facultades y atribuciones que tienen las administraciones aduaneras que les permiten el control de mercancías, de medios de transporte y de las personas que intervienen en las operaciones de comercio exterior,<sup>123</sup> así como la aplicación y el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el ordenamiento jurídico aduanero, es lo que se conoce como la potestad aduanera.

De esta exposición del conjunto de labores y facultades a cargo de la Aduana en el ejercicio de su potestad aduanera otorgada por delegación estatal, coincidimos con HUAMAN SIALER,<sup>124</sup> en el sentido que resulta claro que es necesario que esta entidad cuente con una facultad que le permita el control del ingreso y la salida de mercancías, de los medios de transporte y de las personas vinculadas con las operaciones de comercio exterior<sup>125</sup>. Esta primera manifestación de la facultad de control es lo que la doctrina<sup>126</sup> conoce como control aduanero.

---

<sup>122</sup> BRACCO, M. Derecho Administrativo Aduanero. Argentina: Ciudad de Argentina. 2002. pág. 25.

<sup>123</sup> Al respecto, como se dispone en el artículo 162 del Decreto Legislativo N° 1053 y modificatorias (Ley General de Aduanas del Perú), se realiza un control de las personas que intervienen directa e indirectamente en las operaciones de comercio. Por lo tanto, pueden ser controladas las personas naturales o jurídicas en calidad de importadores, exportadores, intermediarios, representantes, agentes de aduana, despachadores o cualquier persona bajo cuyo poder se encuentren mercancías sujetas al control aduanero.

<sup>124</sup> HUAMAN SIALER, M. El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional. (INDESTA - SUNAT, Ed.) Revista Lecciones Aduaneras N° 1. pág. 45.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Véase, SANDOVAL AGUILAR, L. El rol de la administración aduanera: desde la colonia al bicentenario de la independencia. (INDESTA-SUNAT, Ed.) Revista Lecciones Aduaneras, N° 1. pág. 105. También, véase, ECHEVARRIA FIGUEROA, M., & BONILLA ROBLES, A. El control aduanero mediante el procedimiento de fiscalización de viajeros utilizando medios electrónicos. (INDESTA- SUNAT, Ed.) La facultad de fiscalización de la SUNAT. pág. 74.

El glosario de términos aduaneros de la Organización Mundial de Aduanas define el término control aduanero como “las medidas aplicadas a los efectos de asegurar el cumplimiento de las Leyes y reglamentos de cuya aplicación es responsable la Aduana”.<sup>127</sup> Este control resulta ser crucial porque abarca el control de todo proceso que tenga que ver con el ingreso o salida de mercancías, medios de transporte o personas en un territorio determinado.

Asimismo, existe una serie de subsecuentes facultades vinculadas con el control aduanero. Estas facultades permiten que las administraciones aduaneras puedan llevar a cabo las funciones para las cuales fueron instituidas. Se trata de una serie de competencias que le permiten a las Aduanas administrar, recaudar, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las normas que están bajo el control y la potestad aduanera.

De todas estas facultades con las que cuentan las Aduanas, se destaca fundamentalmente la fiscalización aduanera. Esta competencia es reconocida por OYARSE como “la dimensión operativa de la ejecución de las medidas del control aduanero”<sup>128</sup>. En efecto, se entiende que toda administración aduanera cuenta con esta facultad, toda vez que, en palabras de OYARSE, representa un “mecanismo de inducción que permite al contribuyente fortalecer su propia conciencia tributaria y cumplir con las obligaciones aduaneras, para evitar que se le impongan sanciones o se afecte su normal desenvolvimiento empresarial”<sup>129</sup>.

En otras palabras, la fiscalización es la facultad que tienen las administraciones aduaneras para investigar y controlar. Esta facultad, a su vez, se traduce en un mecanismo de supervisión que tienen las administraciones aduaneras para verificar que los administrados cumplan con las disposiciones legales establecidas para la realización de los procesos vinculados con la importación y/o exportación de mercancías. Esta función

---

<sup>127</sup> Citado por NEYRA LOPEZ, D., & ARCE GIL, J. El control aduanero como sustento de la facilitación del comercio exterior. (IATA - SUNAT, Ed.) Lima, Perú: BENEX SCRL.pág.43.

<sup>128</sup> Puede consultarse en: OYARSE CRUZ, J. (2016). Fiscalización Aduanera. Consultado el 14 de Enero de 2017. <http://www.parthenon.pe/columnistas/javier-oyarse-cruz/fiscalizacion-aduanera/>.

<sup>129</sup> Ibidem.

se cumple a lo largo de diferentes momentos o fases que se producen en una operación de comercio exterior.

Cabe resaltar que todo proceso de fiscalización aduanera tiene por objetivo la protección de los bienes jurídicos aduaneros. Estos bienes jurídicos protegidos, de acuerdo con lo que proponen diversos autores, son los siguientes:

- *La recaudación aduanera*

Como menciona BLOSSIERS,<sup>130</sup> el tributo es una fuente de ingresos necesarios para que el Estado pueda cumplir con los fines y metas que se ha trazado. Por tal motivo, debe fiscalizarse a) que se haga una correcta declaración de las importaciones y, b) que los beneficios tributarios sean utilizados por las personas y para los supuestos que fueron concedidos.

- *La protección de la salud de la población y de la flora y fauna*

Como también señala BLOSSIERS,<sup>131</sup> es evidente que se busca evitar el ingreso de mercancías que puedan suponer un daño a la salud pública, como por ejemplo, las drogas y las medicinas y los alimentos adulterados, así como impedir que se propaguen enfermedades o epidemias extranjeras que amenacen con dañar el ecosistema local.

- *La represión de la competencia desleal y la protección del orden económico*

En efecto, como explica OYARSE,<sup>132</sup> se busca luchar contra el comerciante informal, el cual obtiene ventajas indebidas al evadir no solo el pago de impuestos, sino también al tener mejor margen de maniobra frente a la situación que deben enfrentar los comerciantes que actúan conforme a los parámetros que establece la ley.

---

<sup>130</sup> BLOSSIERS HUME, J. Criminalidad Aduanera. Lima: EDIMARFF EIRL. pág. 147.

<sup>131</sup> Ídem. pág. 148.

<sup>132</sup> OYARSE CRUZ, J (2016) Op. Cit.

- *La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual*<sup>133</sup>

Con la finalidad de proteger los derechos de propiedad intelectual, las medidas en frontera han sido establecidas,<sup>134</sup> a fin de evitar el ingreso o salida de productos que violen estos derechos.

- *El comercio exterior*

Para HUAMAN SIALER,<sup>135</sup> la conducta repetitiva de los infractores de la legislación aduanera repercute negativamente en el comercio exterior, ya que dificulta proponer políticas de facilitación o flexibilidad en favor del mismo. Esto se produce porque no hay certeza con respecto a quienes o cómo se puede beneficiar al relajar o flexibilizar las medidas de control.

- *El control del tráfico de mercancías*

Finalmente, se tiene también que el bien jurídico a proteger a través de una fiscalización, tal como fue mencionado en párrafos anteriores, es el propio control del tráfico de mercancías<sup>136</sup> que ejerce el servicio aduanero para verificar que se cumpla con el pago de los derechos aduaneros y con los lineamientos de restricción y prohibición<sup>137</sup>.

Asimismo, esta facultad de fiscalizar y controlar no tendría mayor utilidad sin un mecanismo represor que se pueda utilizar ante la constatación del incumplimiento de alguno de los deberes a cargo de los administrados. Este mecanismo represor contribuye a disminuir el riesgo de una eventual vulneración de las normas por parte del administrado. Es en este momento que la facultad de fiscalización se vincula con el “ius puniendi”, es decir, la potestad de sancionar.

---

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Las medidas en frontera son medidas temporales que han sido creadas para evitar la importación o exportación de mercancías que violan el registro de una marca. Para mayor información puede consultarse la página de la OMC sobre el Acuerdo sobre los ADPIC: visión general. Consultado el 12 de abril de 2017. En [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel2b\\_s.htm#specialrequire](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2b_s.htm#specialrequire).

<sup>135</sup> HUAMAN SIALER, M. Op.cit. pág. 53.

<sup>136</sup> Sobre este último supuesto, conforme señalan ECHEVARRIA, FIGUEROA y BONILLA ROBLES, el Tribunal Fiscal peruano ya se ha pronunciado a través de la RTF N° 15472-A-2010, y ha indicado que el bien jurídico protegido en el ámbito aduanero es el control aduanero. ECHEVARRIA, FIGUEROA & BONILLA ROBLES. Op.cit. pág. 74.

<sup>137</sup> HUAMAN SIALER, M, Op. Cit. pág. 52.

Efectivamente, como explica MUÑOZ FOLIA,<sup>138</sup> a los organismos de la Administración Tributaria, en este caso la Administración Aduanera, se les han conferido facultades para fiscalizar el cumplimiento de las leyes y para sancionar las conductas contrarias a las mismas. En ambos casos, el ejercicio de dichas facultades se llevará a cabo durante las diferentes etapas del control aduanero al cual se encuentre sometida la mercancía.

La facultad de sancionar que tiene la Administración Aduanera se encuentra delimitada por una serie de principios, entre los cuales se tiene, principalmente, los siguientes:

- *El principio de tipicidad*

Conforme a este principio, se requiere la promulgación de una norma que establezca la infracción, así como su respectiva sanción para poder aplicarla. La ausencia de una norma impide a la autoridad aduanera fiscalizar y sancionar el accionar del administrado. Asimismo, no es posible aplicar una infracción ni sanción por analogía<sup>139</sup>.

- *El principio de legalidad.*

Como menciona MUÑOZ FOLIA,<sup>140</sup> este principio implica que todas las infracciones y sanciones deben estar recogidas y tipificadas en normas con rango de ley, las cuales deben estar vigentes al momento de verificarse la realización del hecho tipificado.

- *El principio de proporcionalidad*

Este principio resulta de cautelar un balance entre la infracción cometida y la sanción impuesta, lo que abarca dos aspectos: la labor del legislador y la labor de la administración sancionatoria. En el primer supuesto, el legislador debe determinar en la norma una sanción en función de la gravedad de la infracción cometida. En el segundo supuesto, la administración aduanera debe imponer la sanción según la

---

<sup>138</sup> MUÑOZ FOLIA, M. Potestad Sancionatoria. (RAAM, Ed.) En: Boletín Foro Fiscal Iberoamericano. pág. 4.

<sup>139</sup> La falta de aplicación de una infracción o sanción por analogía se debe a que la función de crear normas de tipicidad y sanción está reservada para un órgano legislativo, diferente de un ente administrativo.

<sup>140</sup> MUÑOZ FOLIA, M. Op. Cit. pág. 5.

gravedad de la situación, y evitar utilizar sanciones que corresponden a una infracción diferente de la que se determinó durante la fiscalización<sup>141</sup>.

- Otros principios

Además, existen principios que sirven de inspiración a la potestad sancionadora, tales como: el de irretroactividad, el de responsabilidad, el de no concurrencia de sanciones (non bis in ídem), el debido proceso, entre otros<sup>142</sup>.

¿Cuáles son las clases de sanciones que pueden imponer la Administración Aduanera y que deben cumplir con los principios mencionados? Existen dos clases de sanciones que se pueden imponer por parte de la autoridad aduanera: las pecuniarias y las no pecuniarias.

- Un claro ejemplo de sanciones pecuniarias son las multas. Como señala CORNEJO ALPACA,<sup>143</sup> las multas constituyen una sanción impuesta a las personas naturales o jurídicas que son responsables de las infracciones administrativas aduaneras, vinculadas con los delitos aduaneros. Finalmente, las multas constituyen ingresos del Tesoro Público.
- Con respecto a las sanciones no pecuniarias, un ejemplo que podemos encontrar es el cierre temporal de almacenes o depósitos aduaneros privados, la suspensión, la cancelación o inhabilitación para ejercer actividades por parte de los operadores del comercio internacional y el comiso de las mercancías.

En suma, como se puede apreciar de lo expuesto:

- Las autoridades aduaneras, por delegación estatal, tienen la potestad aduanera, a fin de poder controlar el ingreso y salida de mercancías en un territorio determinado.

---

<sup>141</sup> Idem. pág. 6.

<sup>142</sup> GALLARDO MIRAVAL, J. Los delitos aduaneros: fundamentos de comercio internacional. Lima: Editorial Rodhas. págs. 234-235.

<sup>143</sup> CORNEJO ALPACA, A. Derecho Penal Aduanero Delitos aduaneros e infracciones administrativas conexas. Lima: Cotaval EIRL. pág. 348.

- A partir de esta potestad aduanera, y para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos mencionados, la administración aduanera ejerce una serie de facultades, tales como el control aduanero y la fiscalización para cumplir con su labor de controlar las mercancías.
- La labor de fiscalización por parte de la administración aduanera implica una potestad de sancionar al administrado si se produce el incumplimiento de las normas aduaneras, cualquiera que sea la etapa del control aduanero en la que se encuentre.

Entonces, si las autoridades aduaneras tienen la facultad de imponer sanciones frente a la violación de sus legislaciones internas, sobre la base del control aduanero y la fiscalización que ejercen y que, además, han sido reconocidas a nivel nacional e internacional, surge la siguiente pregunta: ¿por qué en la jurisprudencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina, algunas sanciones emitidas por dichas autoridades han constituido una restricción al comercio, contrarias al principio de libre circulación de bienes del TFUE y el Acuerdo de Cartagena?

Como observaremos más adelante, no se cuestiona la facultad de sancionar con la que cuenta las administraciones aduaneras, sino la forma como dicha facultad es ejercida que puede afectar principios fundamentales en el derecho comunitario andino.

Para tener una mayor claridad con respecto al caso andino, es menester revisar la posición de la jurisprudencia del TJUE con respecto al tema de las multas, toda vez que dicha jurisprudencia es invocada reiteradamente como una fuente supletoria de derecho e inspiradora del principio de libre circulación de mercancías que protege el Acuerdo de Cartagena. Esta revisión también debe ir acompañada del análisis que ha realizado la doctrina europea sobre dicho tema.

## **2.2 Las sanciones aduaneras o multas como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la jurisprudencia europea**

### **2.2.1 La labor de control y fiscalización de la autoridad aduanera en la Unión Europea**

La doctrina y jurisprudencia europea han considerado que ciertas sanciones impuestas por la autoridad aduanera constituyen restricciones contrarias al artículo 34 del TFUE. Sin embargo, es necesario realizar una precisión previa sobre la situación de las Aduanas en la UE, en relación con la labor de control y fiscalización antes de emitir dichas sanciones.

Antes del 01 de enero de 1993, los controles y fiscalizaciones en fronteras sobre los bienes de origen comunitario eran considerados legítimos. Estas actividades comprendían el control concurrente en frontera y despacho de mercancías, así como los que tenían lugar a raíz de fiscalizaciones posteriores al ingreso de la mercancía en el territorio del país importador por parte de su respectiva Aduana. Esta legitimidad de las acciones de control y fiscalización se mantenían siempre y cuando no excedieran “los requerimientos normales inherentes en el paso de frontera de un bien cualquiera que sea su naturaleza”<sup>144</sup>.

Sin embargo, conforme señala ENCHELMAIER,<sup>145</sup> a partir del 01 de enero de 1993, los controles aduaneros también constituyen MEE y, por ende, deben estar prohibidos conforme a lo establecido por el artículo 34 del TFUE. Esta prohibición se presenta a raíz de una disposición incorporada en el artículo 14 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea,<sup>146</sup> TCE, en adelante (actual artículo 26 del TFUE) que requería, para esa fecha, la disolución de los controles internos fronterizos, tales como la inspección y los controles en el paso fronterizo.

<sup>144</sup> Asunto 186/88 *Commission v Germany (poultry)* {1989} ECR 3997, 4012.

<sup>145</sup> ENCHELMAIER, S. (2010). *Measures of Equivalent Effect II: Specific Measures*. En P. J. Oliver, *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union* (Quinta ed). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2010, pág. 159.

<sup>146</sup> Texto del Tratado Constitutivo de la CEE. Consultado el 08 de abril de 2017. En: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT>.

En vista de que dicho control constituye una MEE, se permite que se mantenga en los casos previstos en las disposiciones del artículo 36 del TFUE. Esta norma consagra las causales de excepción vinculadas con los derechos fundamentales en los Estados miembros, tales como la moral pública, seguridad pública, la salud de personas, animales y plantas, entre otros<sup>147</sup>.

En ese sentido, se entiende que los Estados miembros tienen la posibilidad de invocar motivos válidos para restringir la circulación de ciertas mercancías de origen nacional y extranjero (motivos del tipo moral, social o de seguridad), siempre que no encubran un propósito discriminatorio, proteccionista y que, además, la medida tenga tal proporcionalidad que haga que sea la mejor que se pudo adoptar.

En conclusión, se permite la actuación de la autoridad estatal mediante el control y la fiscalización; sin embargo, siempre se deberá observar que dicha actuación se encuentre justificada y considere la proporcionalidad de la medida como un parámetro importante para sustentar su emisión y ejecución.

### **2.2.2 Las sanciones aduaneras o multas como medidas de efecto equivalente**

Una vez hechas las precisiones con respecto al control aduanero en la UE, conviene revisar de qué manera es que el TJUE ha llegado a la conclusión que las Aduanas de los Estados Miembros, al buscar sancionar a los operadores de comercio durante los procesos de control o fiscalización que realizan, han impuesto multas que constituyen MEE que son incompatibles con el artículo 34 del TFUE.

---

<sup>147</sup>Lo indicado en este párrafo resulta interesante si se tiene en cuenta lo que se desprende del mismo; pese a que el artículo 36 del TFUE representa una derogación de la norma expresa que busca eliminar todo tipo de obstáculo a la libre circulación de mercancías en la UE. Sin embargo, podemos concluir que los redactores del TFUE entendían que la Comunidad Europea estaba compuesta por una serie de Estados, cada uno con diferente corriente ideológica, concepto de moral, valores o temas sociales; por ende, no se le podía exigir a todos que socaven dicha corriente a favor de la comercialización, ya que tenía que existir un grado de respeto a esa amalgama de culturas que supone la UE.

Según ENCHELMAIER,<sup>148</sup> existen tres maneras mediante las cuales las multas u otras sanciones impuestas por delitos vinculados con la importación de bienes puedan caer en el ámbito de aplicación del artículo 34 del TFUE y, son las siguientes:

- a) La primera forma radica en determinar si la medida nacional restrictiva es contraria al artículo 34 del TFUE y, por ende, constituye una MEE. Si se considera que la medida nacional analizada es restrictiva, entonces la multa aplicada como consecuencia de dicha medida puede ser también considerada como restrictiva del comercio.
- b) La segunda consiste en observar si es que la sanción impuesta discrimina por el origen de la mercancía, si los bienes nacionales poseen libre circulación o si se aplican sanciones más leves que las destinadas a los bienes extranjeros.
- c) Con respecto a la tercera, se trata de verificar la existencia de una sanción por una irregularidad cometida en el despacho aduanero de la mercancía y que esta sanción resulte desproporcionalmente alta.

Sobre la base de la jurisprudencia europea pertinente, a continuación se efectúa una explicación más detallada del cómo se ha verificado la ocurrencia de estos tres supuestos y cómo estos implican una violación del artículo 34 del TFUE.

#### **2.2.2.1 La sanción y la medida nacional que le dio origen como restricción al comercio**

En el asunto Procureur de la Republique v. Rivoira,<sup>149</sup> seguido por el Fiscal Público y la Aduana de Francia contra la empresa Giovanni Rivoira & Figli de Italia (en adelante, Riviora) se cuestiona el origen de las importaciones de uvas que realizó la referida empresa en territorio francés.

---

<sup>148</sup> ENCHELMAIER, S. Op. Cit. pág. 161.

<sup>149</sup> Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira.

Efectivamente, entre 1970 y 1971 se constató que la empresa importó a territorio francés varios envíos de uvas de mesa de origen español, para posteriormente despacharlas desde Italia, donde eran de libre circulación<sup>150</sup>.

Al ingresar a territorio francés, las uvas de mesa contaban con un certificado del Instituto Nacional para el Comercio Exterior de Italia, el cual certificaba que las mercancías cumplían con los estándares de calidad y que, además, su origen era efectivamente italiano<sup>151</sup>.

Al momento de realizarse la importación, existía una cuota bilateral fijada por Francia para uvas importadas desde España,<sup>152</sup> cuyo tope ya se había alcanzado. Esto motivó la intervención de la Aduana francesa y se imputó a la empresa Riviora el delito de importación de mercancías prohibidas, basándose en el uso de una falsa declaración de origen y documentos imprecisos o falsos. Esto dio origen a que la empresa apelara el caso.<sup>153</sup>

El TJUE<sup>154</sup> procedió a verificar la existencia de una regulación específica<sup>155</sup> para la estandarización y coordinación del tratamiento por parte de los Estados miembros de la importación de frutas y vegetales de países no miembros. Además, se verificó que incluso existía la posibilidad regulatoria de mantener restricciones cuantitativas para uvas de mesa de origen español<sup>156</sup>.

Sin embargo, el TJUE observa que dicha regulación específica aborda una situación concreta: el poder Estatal para limitar importaciones directas de mercancías provenientes de países no miembros.<sup>157</sup> Asimismo, el TJUE considera que ampliar este supuesto a

---

<sup>150</sup> Decisión del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira, Párrafo 3.

<sup>151</sup> Idem. Párrafo 4.

<sup>152</sup> Cabe recordar que España recién se adhiere a las Comunidades Económicas Europeas el 1 de enero de 1986 con la firma del Tratado de Adhesión en Madrid en 1985.

<sup>153</sup> Decisión del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira. Párrafos 4 a 7.

<sup>154</sup> Idem. Párrafo 8.

<sup>155</sup> Regulación N° 2513/69 del Consejo del 9 de diciembre de 1969.

<sup>156</sup> Regulación N° 1524/70 del Consejo del 20 de julio de 1970.

<sup>157</sup> Decisión del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira. Párrafo 9.

mercancías que ya ingresaron y están en libre circulación en otros Estados miembros constituye “una derogación de las normas fundamentales del principio de libre circulación de mercancías”<sup>158</sup>.

Adicionalmente, el TJUE menciona hasta la posibilidad excepcional contemplada en el artículo 115<sup>159</sup> del Tratado de Roma de 1957, Tratado que establecía la Comunidad Económica Europea (en adelante, Tratado de la CEE) con respecto a la facultad de la Comisión de la UE<sup>160</sup>. Conforme a lo establecido por esta norma, la Comisión de la UE puede autorizar a los Estados miembros la implementación de medidas de protección para mercancías de terceros países que ya ingresaron por otros Estados miembros. Para ello, previamente se deberá cumplir con las condiciones sustantivas y procedimentales. En este caso, el TJUE constató que no se produjo tal cumplimiento.

De esta manera, el tribunal concluye que la prohibición a la importación de uvas de España que ya han ingresado por otro territorio comunitario, emitida por la autoridad francesa, era ilegal;<sup>161</sup> y, en consecuencia, vulneraba el principio de libre circulación de bienes.

Con respecto a la sanción dictada a partir de una medida restrictiva incompatible con el derecho comunitario, el TJUE afirma que, en principio, dicha sanción, deviene también

---

<sup>158</sup> Idem. Párrafo 10.

<sup>159</sup> El artículo 115 del Tratado de la CEE (posteriormente recogido en el artículo 134 del TCE versión consolidada Niza, y que actualmente se encuentra derogado en el TFUE, conforme se verifica en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>) prescribía lo siguiente:

“Artículo 115º: A fin de garantizar que la ejecución de medidas de política comercial, adoptadas de conformidad con el presente Tratado por cualquier Estado miembro, no sea impedida mediante desviaciones del tráfico comercial, o cuando las disparidades entre tales medidas ocasionen dificultades económicas en uno o más Estados miembros, La Comisión recomendará los métodos mediante los cuales los demás Estados miembros proporcionarán la cooperación necesaria. En su defecto, la Comisión autorizará a los Estados miembros que adopten las medidas de protección necesarias, en las condiciones y las indicaciones que ella determine.

En caso de urgencia y durante el período transitorio, los Estados miembros mismos podrán adoptar las medidas necesarias y notificarlas a los demás Estados miembros, así como a la Comisión, que podrá decidir si el Estado impulsor de las medidas tendrá que modificar o revocar dichas medidas.

Al elegir dichas medidas, se dará prioridad a las que menos perturbaciones causen al funcionamiento del mercado común y que tengan en cuenta la necesidad de acelerar, en la medida de lo posible, la introducción del arancel aduanero común”.

Puede consultarse en: [http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_3\\_antlasmalar/1\\_3\\_1\\_kurucu\\_antlasmalar/1957\\_treaty\\_establi\\_sing\\_eec.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establi_sing_eec.pdf), consultado el 06 de abril de 2017.

<sup>160</sup> Decisión del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira. Párrafos 11 – 12.

<sup>161</sup> Idem. Primer párrafo parte resolutive.

en contraria al ordenamiento europeo<sup>162</sup>. Ha de tenerse en cuenta que se declaró como mercancía prohibida una que no lo era.

El TJUE continuó con el análisis y procedió a escudriñar más sobre la situación y aplicación de las multas impuestas en este caso. Al respecto, el TJUE puntualizó, en el párrafo 19 del fallo en el caso Riviora, lo siguiente:

“Las sanciones penales previstas por el Code des Douanes en lo que se refiere a las declaraciones falsas realizadas para efectuar importaciones prohibidas no pueden aplicarse sin tener en cuenta el hecho de que el presente asunto no se refería a importaciones prohibidas”<sup>163</sup>.

Como se puede apreciar del texto de este párrafo, el TJUE sostiene que existirán situaciones en las que la autoridad aduanera efectivamente estará habilitada para aplicar prohibiciones o restricciones a las importaciones de mercancías, tal como se pudo producir de haberse accionado debidamente los mecanismos del artículo 115 del Tratado de la CEE. Esto quiere decir que será la revisión de la proporcionalidad de la medida sancionatoria a aplicar para subsanar la irregularidad observada, la que determinará si esta penalidad constituye una MEE dentro del ámbito del artículo 34 del TFUE. Al interpretar este caso, ENCHELMAIER<sup>164</sup> coincide con el TJUE con respecto a estas consideraciones.

Además, en este caso materia de análisis, el TJUE realiza una aclaración en relación con la falsedad en las declaraciones de importación y su vinculación con el tema de la proporcionalidad. Este órgano jurisdiccional afirma que la Aduana puede proceder, en el marco de sus funciones, a solicitar información y documentos para monitorear y detectar falsas declaraciones con respecto al origen del producto, las cuales conlleven a la aplicación natural de sanciones, en ciertos casos.

En este mismo orden de ideas, el TJUE sostuvo que lo que no debe perderse de vista es que la decisión de sancionar por parte de la Aduana, como resultado de su intervención

---

<sup>162</sup> Idem. Párrafo 14.

<sup>163</sup> Idem. Párrafo 19.

<sup>164</sup> ENCHELMAIER, s. Op. Cit., pág. 162.

en el proceso de fiscalización o control, puede constituir una medida restrictiva injustificada. Esto se produce cuando la omisión o falla en la declaración es sancionada de manera desproporcional teniendo en cuenta el objeto que busca proteger,<sup>165</sup> tal como ocurría en este caso.

Este pronunciamiento del TJUE es muy importante porque destaca la obligación y la responsabilidad de las Aduanas de evitar generar una MEE que perjudique la libre circulación de mercancías. En ambos momentos, primero en la fiscalización y luego, en la imputación de la comisión de un delito a sancionar producto de dicha fiscalización, la labor de la Aduana debe ser conforme a la de una institución encargada del control del tráfico de mercancías. Esto quiere decir que la Aduana no posee facultades para crear o imponer restricciones al comercio que perjudiquen el objetivo principal de alcanzar y mantener el mercado común europeo.

En este caso es claro que la autoridad aduanera francesa cometió una serie de errores como los que se detallan a continuación:

- Para comenzar, la Aduana trató los bienes que ya eran efectivamente comunitarios, luego de su importación a territorio italiano, como mercancías extracomunitarias. Esta forma de actuar constituye una infracción al principio de libre circulación de mercancías.
- Luego, tras concluir erróneamente que se trataba de mercancías extracomunitarias, se equivocó nuevamente al buscar ampliar la necesidad de licencias de importación de mercancías de terceros países a mercancías que ya circulaban libremente en la comunidad.
- Finalmente, la Aduana determina sanciones que plantean dos problemas:

---

<sup>165</sup> Decisión del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira, Párrafos 16 a 18.

- La Aduana impone dos sanciones (una por no incautar la mercadería y otra por exceder el límite a la cantidad importada dispuesta mediante licencias<sup>166</sup>) para mercancías prohibidas cuando evidentemente no lo eran.
- En el supuesto de que exista la obligación de cumplir con el requisito de declarar el origen de las mercancías y, por ende, la aplicación de una sanción por su omisión, la omisión de declarar no constituía un error sustancial en este caso. Esto obedece a que la mercancía era comunitaria, por lo que su respectiva sanción, tras observar su ocurrencia, debió ser proporcional a la gravedad de la falta y de ninguna manera multas que representaban aproximadamente 6 veces el valor de la mercancía.

Así, este caso transmite una idea clara: si la autoridad se equivoca en determinar que el acto verificado está prohibido o penado, cualquier medida que adopte sobre la misma constituirá una MEE prohibida; por lo tanto, la sanción que aplique la autoridad aduanera igualmente estará afectada y, a su vez, constituirá otra MEE, por ser tan restrictiva e ilegal como la medida que busca defender erróneamente.

Finalmente, es conveniente recordar el concepto de proporcionalidad en las sanciones que hace el TJUE. Es decir, si la autoridad aduanera debe sancionar un error no sustancial en la declaración, corresponde aplicar una multa proporcional a dicho error; caso contrario, se corre el riesgo de generar un desincentivo a la importación, ya que el castigo por cometer un error en un tema que podría ser poco trascendente es tan alto, que se pensará dos veces antes de ingresar las mercancías a dicho país. Este hecho pone en peligro el principio de libre circulación que se busca proteger en el ámbito comunitario. En ese sentido, el TJUE, sigue esta línea de razonamiento con respecto a las sanciones aduaneras en los casos que a continuación revisaremos.

---

<sup>166</sup> Hechos del Asunto 179/78 Procureur de la Republique v. Rivoira pág. 1149.

## **2.2.2.2 La imposición de una sanción más grave en función del origen de la mercancía como factor**

### **2.2.2.2.1 El asunto Cayrol v Rivoira**

El caso Cayrol v Rivoira<sup>167</sup> se origina a raíz de la importación de uvas de mesa de origen español que realiza el señor Leonce Cayrol en Francia. Las uvas fueron despachadas desde Italia por la empresa Rivoira, con un certificado del Instituto Nacional para el Comercio Exterior de Italia. En este certificado se indicaba que las mercancías tenían origen italiano<sup>168</sup>.

De la misma manera que sucedió en el asunto Procureur de la Republique v. Rivoira, la Aduana de Francia imputó el delito de importación de mercancía prohibida al Sr. Cayrol, ya que consideró que dichas uvas excedían las cantidades establecidas por las cuotas que había determinado Francia a las importaciones de uvas de mesa provenientes de España. En consecuencia, se fijaron dos multas: una por la suma de 532,435 francos franceses, para evitar la incautación de la mercadería y, otra por el monto de 1,064,870 francos franceses, por exceder el límite de las licencias. Cabe mencionar que la sanción implicaba una multa equivalente a cuatro veces el valor de la mercancía importada<sup>169</sup>.

Cayrol llega a un acuerdo con la Aduana de Francia y, tras pagar 175 mil francos franceses, presenta una demanda contra Rivoira ante el tribunal de Saluzzo, en Italia. En la demanda se solicita una compensación por la sanción impuesta por la Aduana francesa. Según el demandante, el accionar de Rivoira fue el que ocasionó el problema al engañar a la autoridad aduanera a través del certificado de origen que adjuntó desde Italia.

El tribunal de Saluzzo remitió el caso al TJUE para que se pronuncie, preliminarmente, sobre la interpretación que tendría que realizarse ante los hechos que tuvieron lugar, al amparo de las disposiciones recogidas en los artículos 30 (actual artículo 34° del TFUE) y 115 del Tratado de la CEE (actualmente derogado).

---

<sup>167</sup> Asunto 52/77 Cayrol v Rivoira (1977) ECR 2261.

<sup>168</sup> Hechos del Asunto 52/77 Cayrol v Rivoira (1977) ECR 2263.

<sup>169</sup> Ibidem.

En este caso, el TJUE concluyó que no se podían imponer licencias de importación para el ingreso de mercancías en un Estado miembro cuando ya se había producido el ingreso en otro Estado miembro. Tal medida resultaría incompatible con las disposiciones del Tratado de la CEE. Asimismo, el TJUE arribó a la misma conclusión que en el caso *Procureur de la Republique v. Rivoira*.

Además, el TJUE termina indicando que la Regulación 158/66/CEE,<sup>170</sup> invocada por la Aduana francesa en este caso para sustentar una necesidad de obtener documentos que certifiquen el origen de las mercancías para velar por la calidad y estándar de las mercancías importadas y cuya inobservancia permitió imponer sanciones, no se aplicaba al presente caso, ya que dicha regulación no distingue, para sancionar faltas cometidas a sus disposiciones, si el origen de la mercancía es doméstico, comunitario o extracomunitario. Forzar la aplicación de dicha Regulación en el presente caso, para aplicar sanciones constituye un trato discriminatorio e incompatible con el Tratado de la CEE (actual TFUE).

Este caso resulta ilustrativo porque ratifica que el principio de libre circulación de mercancías en la Unión Europea debe salvaguardarse, ya que no es posible discriminar por el origen entre mercancías consideradas como comunitarias con la finalidad de fiscalizar, controlar o sancionar. Este criterio se aplica ya sea que las mercancías sean producidas dentro de los territorios de los Estados miembros, o procedan de otros países que no forman parte de la UE, pero que han ingresado y han sido controladas por otros países de la UE.

Con respecto a las multas, podemos agregar que se observa como el tema de la proporcionalidad de la sanción con respecto al objeto que persigue sigue siendo de vital importancia. Efectivamente, se entiende que para el TJUE cualquier medida, en este caso la sanción, que va más allá de lo que se considera estrictamente necesario para el objetivo que el Estado miembro busca alcanzar, debe ser calificada como una MEE contraria al TFUE<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Regulación N° 158/66 del Consejo del 25 de octubre de 1966 sobre la aplicación de estándares de calidad comunes para frutas y vegetales comercializados dentro de la Comunidad.

<sup>171</sup> Asunto *Cayrol v. Rivoira* (1977) ECR 2284. Tercer considerando parte resolutive.

Además, destaca el hecho que el TJUE considere que una sanción que se aplique en función a distinciones con respecto al origen de la mercancía constituye una contravención al artículo 30 del Tratado del CEE<sup>172</sup> (actual artículo 34 del TFUE) al configurar una MEE.

Esta calificación de la multa como MEE se sostiene, a nuestro entender, por cuanto causaría un efecto potencial que desincentiva la realización de importaciones. Esto se debe al alto riesgo al cual se exponen los importadores ante la incertidumbre con respecto a si la mercancía, adquirida legal y válidamente en territorio comunitario, tiene efectivamente un origen comunitario o puede verse sujeta a penalizaciones por situaciones que no se pueden controlar.

#### **2.2.2.2 El asunto Comisión vs. Francia**

En el asunto Comisión vs. Francia,<sup>173</sup> la Comisión de la UE demandó a Francia al verificar que dicho país estableció y aplicó disposiciones legales que formaban parte de su ley de aduanas. Estas normas sancionaban con mayor rigor las infracciones a la obligación de pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) para el caso de las importaciones de otro Estado miembro frente a las infracciones cometidas en la entrega de bienes realizada en el interior del país<sup>174</sup>.

Conforme estableció el TJUE, si bien la falta de pago de ambos impuestos supone el pago de una multa, se verificó que la medida de incautación que surge por una infracción al IVA en el caso de la importación, no existía tratándose de las infracciones al IVA por la entrega de bienes en el interior del país<sup>175</sup>.

Las autoridades francesas argumentaron que había una mayor dificultad en la manera de descubrir una infracción en una importación que en el régimen interior; todo esto debido

---

<sup>172</sup> Ibidem. Quinto considerando parte resolutive.

<sup>173</sup> Asunto C-276/91 Commission v France (VAT) (1993) ECR I-4413.

<sup>174</sup> Ídem. ECR I-4431. Párrafo 1 de la sentencia.

<sup>175</sup> Ídem. Párrafo 23.

a las obligaciones que tiene que cumplir el sujeto pasivo en el territorio francés.<sup>176</sup> Esta diferencia dio lugar a que la sanción sea más grave en el caso de las importaciones.

Sin embargo, el TJUE dictaminó que “la mayor o menor dificultad para descubrir una infracción no puede justificar una diferencia tan desproporcionada en la severidad de las sanciones previstas para ambas categorías de infracciones”<sup>177</sup>.

Este caso cobra interés porque confirma el respeto a la proporcionalidad en las sanciones que debe acompañar el accionar de la autoridad aduanera. Se plantea que la Aduana puede realizar su labor de cobro y sanción por el incumplimiento de una normativa interna; pero, deberá establecer un mismo nivel de castigo para la misma situación y el mismo objetivo, es decir, pagar el monto del IVA que corresponda, ya sea la mercancía de origen extranjero o nacional.

Así, una actuación contraria a esta formulación, es decir, aplicar, ante la misma infracción cometida, sanciones más severas a los importadores en comparación a las impuestas a los nacionales del país sancionador, supone la implementación de una MEE con un claro efecto de desincentivo para la importación de vehículos. Esta medida es contraria al espíritu del artículo 34 del TFUE.

### **2.2.2.3 La sanción como MEE por su desproporcionalidad para penalizar irregularidades en el despacho aduanero**

En el asunto *Donckerwolcke v Procureur de la République*,<sup>178</sup> entre 1969 y 1970 los comerciantes Suzanne Donckerwolcke y Henri Schou importaron tejidos de fibra sintética y sacos de embalaje procedentes del Líbano y Siria. Estos bienes son despachados legalmente a libre práctica<sup>179</sup> en Bélgica e introducidos a luego en Francia al amparo de

---

<sup>176</sup> Ídem. Párrafo 13.

<sup>177</sup> Ídem. Párrafo 15.

<sup>178</sup> Asunto 41/76 *Donckerwolcke v Procureur de la République* (1976) ECR 1921.

<sup>179</sup> Conforme explica el TJUE, el término “productos en libre práctica” se refiere a aquellas mercancías que, “procedentes de terceros países, han sido legalmente importados en cualquiera de los Estados miembros de conformidad con las exigencias impuestas en el Artículo 10º (del Tratado de la CEE)”. Asunto 41/76 *Donckerwolcke v Procureur de la République* (1976) ECR 672. Párrafo 16.

certificados de circulación comunitarios DD1, emitidos por las autoridades aduaneras belgas<sup>180</sup>.

Los certificados DD1 no contienen indicación alguna sobre el origen primigenio de las mercancías, y cuando los productos ingresaron a territorio francés, se declaró en el formulario de la aduana francesa (formato D3) que los mismos “eran procedentes de la unión económica belgo-luxemburguesa, territorio en el que se encontraban en libre práctica”<sup>181</sup>.

Tras descubrir que las mercancías fueron producidas en el Líbano y Siria, la autoridad aduanera francesa condenó a los referidos comerciantes por cometer una infracción a la legislación aduanera. En efecto, para los productos que se encuentran en libre práctica, la normativa francesa estipulaba que en el formato francés D3 se debía consignar no solo el Estado donde fueron despachadas a consumo, sino también el Estado del cual provienen originalmente<sup>182</sup>.

Las autoridades aduaneras impusieron las siguientes sanciones:

“penas privativas de libertad de uno y tres meses con remisión condicional, una multa igual al valor de las mercancías importadas, destinadas a sustituir el decomiso de las mercancías que no habían podido ser embargadas, y a una multa suplementaria, igual al doble del valor de las mismas mercancías”<sup>183</sup>.

Tal accionar se justificaba, a entender de la autoridad francesa, por el objetivo de mantener la vigilancia y el control sobre eventuales desviaciones del tráfico de mercancías. Esta información llevó a que la Comisión de la UE invoque la salvaguardia contenida en el artículo 115 del Tratado de la CEE,<sup>184</sup> tal como se desarrolló en los casos *Procureur de la Republique v. Rivoira y Cayrol v. Rivoira* antes citados.

---

<sup>180</sup> Ídem. Párrafo 2.

<sup>181</sup> Ídem. Párrafo 4.

<sup>182</sup> Ídem. Párrafo 6.

<sup>183</sup> Ídem. Párrafo 5.

<sup>184</sup> Ídem. Párrafo 7.

En este caso, el TJUE determinó que no existía una prohibición impuesta al Estado miembro de exigir que el importador haga una declaración relativa al primer origen de la mercancía importada,<sup>185</sup> si esto le servía para utilizar los mecanismos de control y decisión que tiene el artículo 115 del Tratado CEE.

Sin embargo, el TJUE reconoce que el Estado no puede extralimitarse en su facultad de pedir información sobre el origen de la mercancía, ya que no se puede forzar legalmente al importador a declarar el origen de los productos más allá de lo que él debería o puede razonablemente saber,<sup>186</sup> caso contrario, se podría caer en la prohibición regulada en el artículo 30 del Tratado CEE<sup>187</sup> (actual artículo 34 del TFUE).

Se desprende de esta posición del TJUE con respecto a las medidas nacionales que hay una suerte de límite al accionar estatal, con la finalidad de evitar situaciones que lleven a establecer y, eventualmente, convalidar una MEE que viola el principio de libre circulación de mercancías en la UE.

En relación con las sanciones, el TJUE enfatiza el hecho que, el no declarar el origen primigenio de una mercancía no puede llevar a la imposición de una sanción que implique el decomiso de la mercancía o la aplicación de sanciones pecuniarias fijadas en función del valor de la misma<sup>188</sup> porque se trata de una infracción netamente administrativa<sup>189</sup>.

De lo expuesto, se concluye que la autoridad aduanera tiene facultades para poder actuar y sancionar ante una irregularidad en el despacho. Sin embargo, la autoridad aduanera no está autorizada, de acuerdo a las disposiciones del TFUE y la jurisprudencia del TJUE, a actuar desmedidamente. Este tipo de actuación puede presentarse ante la imposición de sanciones que no corresponden con la irregularidad observada, o que tienen un efecto desproporcional en relación con la irregularidad que buscan subsanar.

---

<sup>185</sup> Ídem. Párrafo 33.

<sup>186</sup> Ídem. Párrafo 35.

<sup>187</sup> Ídem. Primer párrafo parte resolutive.

<sup>188</sup> Ídem. Párrafo 37.

<sup>189</sup> Ídem. Párrafo 36.

La falta de atención a este concepto esbozado por el TJUE implica permitir la imposición de una medida o sanción excesiva con respecto al fin u objeto que se buscaba lograr. En el presente caso, dicha finalidad era “obtener información razonablemente completa y exacta sobre los movimientos de mercancías sometidas a medidas de política comercial especiales”<sup>190</sup>. Es así que esta medida se transforma en una MEE prohibida por el Tratado de la CEE (actualmente TFUE).

Este caso es revelador porque el TJUE vislumbra una tercera dimensión de tipificación de la sanción como una MEE y se enfoca en la misma medida sancionatoria.

En cambio, en los casos antes mencionados, el TJUE presta atención a situaciones diferentes para considerar las sanciones como MEE, al vincular su calificación como tal a un tema externo, como la medida nacional calificada como MEE o discriminar por el origen de la mercancía. En este caso, se observa como el TJUE determina que será la desproporcionalidad de la medida la que debe observarse. Consideramos que esto puede ser práctico en la búsqueda de la protección del principio de libre circulación de bienes.

Efectivamente, pueden surgir casos en los que el Estado se encuentre plenamente facultado a adoptar determinadas medidas y que, incluso se pueda argumentar que es necesario sancionar una infracción a la misma sin que se pueda cuestionar las razones para ello. Ante este hecho, no podría invocarse una violación al artículo 34 del TFUE. En cambio, con esta posición del TJUE sobre las sanciones, ya no se tiene primero que cuestionar la medida nacional que dio origen a la sanción

Lo que debe recordarse es que una MEE constituye toda aquella reglamentación que puede repercutir negativamente en el comercio intracomunitario, independientemente de su clasificación. En este caso, como sostienen CALVO CARAVACA y

---

<sup>190</sup> Ibidem. Párrafo 38.

CARRASCOSA,<sup>191</sup> no interesa la materia sobre la que versa la reglamentación o la existencia de una afectación grande o pequeña.

Así, se observa que lo que hace el TJUE es afirmar que una sanción desproporcionada constituye una MEE *per se*, en tanto tiene la potencialidad de generar un efecto negativo en el comercio comunitario, el cual constituye una característica propia de este tipo de medidas. Una MEE desincentiva la importación de mercancías ante la posibilidad de recibir sanciones severas como multas o incautaciones por cometer errores simples.

Por lo tanto, a través de la jurisprudencia citada, el TJUE ha determinado que para la redacción y emisión de las sanciones aduaneras deberá tenerse en cuenta la proporcionalidad de las mismas, a fin de que estas sanciones sean conforme al objeto o fin que se busca proteger. Así, las sanciones evitarían constituirse en un obstáculo real o potencial para el cumplimiento del principio de libre circulación de mercancías.

Luego de revisar, a través de la jurisprudencia europea, de qué manera diversas multas o sanciones aduaneras pueden constituir medidas de efecto equivalente contrarias al principio de libre circulación de mercancías en la UE, y observado cómo se han construido los argumentos para arribar a dichas conclusiones, se analiza estas situaciones en el ámbito de la jurisprudencia del TJA.

---

<sup>191</sup> CALVO CARAVACA & CARRASCOSA. Op. Cit. pág. 161.

### **Capítulo III: Las sanciones aduaneras como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la jurisprudencia andina**

#### **3.1. El control aduanero en la Comunidad Andina de Naciones**

Conforme se verificó en el capítulo anterior, el concepto de control aduanero es una manifestación de la potestad aduanera con la cual cuenta toda Aduana para el cumplimiento de sus obligaciones. Este concepto ha sido desarrollado también en la regulación de la Comunidad Andina y la de sus Países Miembros.

Efectivamente, este concepto ha sido definido, con sutiles variaciones, en diversas legislaciones andinas, tales como la Decisión 778 de la Comunidad Andina que regula el Régimen Andino sobre Control Aduanero. Con respecto al alcance de este concepto, esta norma lo define como:

“El conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas”.<sup>192</sup>

En el mismo marco legal de la Comunidad Andina, otra norma que trata el tema del control aduanero es la Decisión 477 la cual regula el Tránsito Aduanero Internacional. Esta norma formula la siguiente definición:

“Control Aduanero o Potestad Aduanera: El conjunto de medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que la autoridad aduanera esté facultada para aplicar”.<sup>193</sup>

Por su parte, el artículo 2 de la Decisión 671, Armonización de Regímenes Aduaneros,<sup>194</sup> define al control aduanero como:

<sup>192</sup> Artículo 3° de la Decisión 778 de la Comunidad Andina - Sustitución de la Decisión 574 – Régimen Andino sobre Control Aduanero. Puede consultarse en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC778.doc>.

<sup>193</sup> Artículo 1° de la Decisión 477 de la Comunidad Andina – Sustitución de la Decisión 327 - Sustitutoria de la Decisión 327-Tránsito Aduanero Internacional. Puede consultarse en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC477.doc>.

<sup>194</sup> Artículo 2° de la Decisión 671 – Armonización de los Regímenes Aduaneros. Puede consultarse en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC671.doc>.

“el conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas”<sup>195</sup>.

Asimismo, el artículo 34 de la norma antes citada define el campo de acción en el cual se desarrolla dicho control y precisa que:

“Las autoridades aduaneras, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, ejercerán las medidas de control previstas en la Decisión 574 (actual Decisión 778) y en las normas nacionales aplicables al ingreso, permanencia, traslado, almacenamiento y salida de mercancías, de las unidades de carga y de los medios de transporte hacia y desde el territorio aduanero comunitario”<sup>196</sup>.

Mientras que, a nivel nacional, el Decreto Legislativo N° 1053, el cual contiene la Ley General de Aduanas del Perú, incluye la siguiente definición sobre control aduanero:

“Conjunto de medidas adoptadas por la Administración Aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de ésta.”<sup>197</sup>

Como observamos, la facultad de investigar y controlar, propia de toda autoridad aduanera, está vinculada con el control aduanero y puede ejercerse en diferentes momentos del proceso de importación o exportación de mercancías.

En ese sentido, a nivel de integración regional y siempre teniendo como objetivo el establecimiento de un mercado común andino, la Comunidad Andina de Naciones, establece, en la Decisión 574<sup>198</sup> y en la Decisión 778 que es la norma que la substituye, todas las disposiciones pertinentes sobre el control aduanero que los Países Miembros han buscado implementar en sus legislaciones nacionales. Estas normas regulan, por ejemplo, en qué consiste y cuáles son las fases del control aduanero y qué facultades se

<sup>195</sup> Esta definición es reproducida en el artículo 2 de la Decisión 617 – Transito Aduanero Comunitario.

<sup>196</sup> Decisión 671.Op. Cit. Artículo 34.

<sup>197</sup> Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1053- Ley General de Aduanas del Perú. Puede consultarse en: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-03.htm>.

<sup>198</sup> Decisión 574 de diciembre de 2003 - Régimen Andino sobre Control Aduanero. Puede consultarse en: <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/decisiones/DEC574s.asp> consultado el 02.02.2017.

tienen para su implementación. Según el artículo 4° de la Decisión 778, entre estas facultades se encuentra la de sancionar.

La referencia que se hace a las diversas fases o momentos en los dos párrafos anteriores no es casual, ya que es frecuente observar que el control aduanero opera en tres fases <sup>199</sup>: a) en el control previo, b) en el control durante el despacho y c) en el momento posterior al levante o embarque de las mercancías. Al existir estas etapas, en consecuencia, y en atención al momento y circunstancias, es que la facultad de fiscalización se ejerce de manera diferente.

¿En qué consiste la fiscalización aduanera en cada una de esas etapas? Para ilustrar esta labor, el artículo 7 de la Decisión 778 de la CAN enumera las funciones de la autoridad aduanera las cuales son muy precisas:

- a) En el caso del control anterior a la importación o la entrada de la mercancía a territorio nacional, las mercancías aún no cuentan con una declaración de importación o exportación. Debido a ello, se realizan labores de investigación a cargo de un departamento especial de las Aduanas y se consideran diversos factores de riesgo para su análisis. Estos factores pueden ser, por ejemplo, considerar quienes son los operadores del comercio que participan del proceso de importación y con quienes están vinculados; determinadas mercancías por clase u origen; investigación sobre consignatarios, importadores y otras personas que participen en las operaciones de comercio, así como medios de transporte, documentos de transporte, manifiestos, etc. Asimismo, si han importado con anterioridad, si tienen medidas de fiscalización previas y los resultados de dichas fiscalizaciones son factores tomados en cuenta. Finalmente, dicha fiscalización también comprende la comprobación de los medios de transporte y de las

---

<sup>199</sup> Un ejemplo de este tipo de clasificación puede verse en el artículo 7 de la Decisión 778. Esta norma menciona las tres fases donde se puede realizar el control aduanero: control previo, durante y posterior al despacho. De esta manera, se otorga cierto margen de discrecionalidad a los Estados miembros al permitir que las fases de control previo y durante el despacho estén comprendidas en una sola.

mercancías en los momentos previos a la numeración de la declaración respectiva<sup>200</sup>.

- b) En el caso del control concurrente al despacho,<sup>201</sup> la mercancía cuenta con una declaración de importación. Por ello, se establece un control basado en criterios de riesgo para determinar tres cosas: 1) si la mercancía solo pasará por el control documentario, 2) si a dicha revisión documentaria se agregará un reconocimiento físico de las mercancías en el lugar en el que se encuentren, y 3) si automáticamente, en la fecha de numeración de la declaración, la mercancía será de libre disposición para que el importador proceda con su retiro del terminal de almacenamiento.
- c) Con respecto al control posterior,<sup>202</sup> cabe señalar que el mismo opera una vez que el levante o el embarque de la mercancía ha sido autorizado. En este caso, la autoridad aduanera podrá investigar, las mercancías, documentos y datos relativos a los regímenes de importación, exportación y otras operaciones o regímenes de comercio exterior<sup>203</sup> que son sometidas a su jurisdicción. Estas investigaciones se realizan a través de inspecciones, auditorías y cruces de información y, normalmente, se establece un plazo de prescripción para su inicio y conclusión.

Cabe agregar que, sobre este control aduanero y las funciones mencionadas en los párrafos anteriores, OYARSE<sup>204</sup> sostiene que en el Perú se realizan a través de dos modalidades de acción: las acciones de control ordinario y las acciones de control extraordinario. El primer supuesto comprende las acciones que se llevan a cabo durante el proceso de despacho aduanero, tales como las revisiones documentarias y físicas, las solicitudes no contenciosas, así como las rectificaciones de errores en la transmisión de datos de la declaración. Por otro lado, en el segundo supuesto se incluye a todas aquellas acciones dispuestas por la SUNAT y que son realizadas de manera adicional a las

---

<sup>200</sup> Literales a), b) y c) del Artículo 8 de la Decisión N° 778 -Sustitución de la Decisión 574 - Régimen Andino sobre Control Aduanero.

<sup>201</sup> Artículos 9° al 12° de la Decisión N° 778.

<sup>202</sup> Artículos 14 y 15° de la Decisión N° 778.

<sup>203</sup> Los otros regímenes de la exportación temporal para reimportación o para perfeccionamiento pasivo pueden ser el depósito, la admisión temporal para perfeccionamiento o para reexportación, el drawback, entre otros.

<sup>204</sup> OYARSE CRUZ, J. (2010). El control aduanero de las mercancías. Consultado el 29 de Marzo de 2017. <http://magoyarse.blogspot.pe/2010/04/el-control-aduanero-de-las-mercancias.html>.

ordinarias, antes, durante o después del despacho. Estas acciones comprenden, por ejemplo, la fiscalización o los operativos especiales.

Al finalizar cada etapa de fiscalización pueden presentarse dos escenarios con su respectivo resultado:

- En el primer escenario, no se han producido observaciones ni encontrado irregularidades en el proceso de comercio exterior fiscalizado. Por lo tanto, se otorga la conformidad sin incidencias. Esto implica la continuación del proceso de despacho en el control anterior, el levante de la mercancía en el control concurrente o la finalización del proceso de fiscalización en el caso del control posterior.
- En el segundo escenario, se observan irregularidades o infracciones en la fase del proceso de comercio exterior que se está fiscalizando., Esto acarrea que se use el mecanismo represor que acompaña a todo proceso de fiscalización aduanera, es decir, la emisión de una sanción aduanera para castigar la conducta contraria a las leyes. Esta sanción puede ser de carácter pecuniaria (una multa) o no pecuniaria (por ejemplo, el comiso de la mercancía).

Hasta ahora nada de lo explicado escapa de lo que se espera sea el comportamiento normal de la autoridad aduanera, es decir, que la Aduana de un Estado miembro de la CAN, al encontrar una infracción a su norma nacional, emita una sanción para reprimir dicho accionar y desincentivar que se repita.

Sin embargo, el TJA, de una manera muy similar a la empleada por el TJUE, a pesar de no contar con las mismas definiciones y desarrollos normativos del TFUE antes mencionados, ha concluido en su jurisprudencia que, las sanciones aduaneras pueden ser MEE al constituir un vehículo que restringe o viola el principio de libre circulación de mercancías en el ámbito de la CAN.

¿Acaso la jurisprudencia del TJA implica el fin de la facultad de las Aduanas de la CAN para ejercer su potestad de sanción? y ¿todas las sanciones aduaneras pueden ser cuestionadas, a partir de ahora, en el ámbito de la CAN? Asimismo, ¿cómo pueden las autoridades aduaneras mejorar su actuación para evitar generar una MEE contraria al Acuerdo de Cartagena?

Teniendo en cuenta estas preguntas, se revisa el caso que generó la calificación de las multas o sanciones aduaneras como MEE contraria al Acuerdo de Cartagena. Esta revisión permitirá identificar cuáles son los límites que supone dicho pronunciamiento para la actividad aduanera, con el objetivo de prever opciones para evitar que el proceso sancionatorio aduanero se vea expuesto a un permanente cuestionamiento por parte de la Secretaría General y el TJA de la CAN.

### **3.2. Las sanciones aduaneras como medidas de efecto equivalente en la Comunidad Andina**

#### **3.2.1. El caso SUDAMTEX en la Comunidad Andina**

Existe jurisprudencia andina en la cual se consideró que ciertas sanciones impuestas por la autoridad aduanera constituyen restricciones contrarias a los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Concretamente, nos referimos al caso SUDAMTEX cuyos hechos<sup>205</sup> se exponen a continuación, a fin de dar un contexto que ayudará a analizar algunos elementos en debate en torno a la determinación de una medida nacional como restricción al comercio.

Durante un proceso de fiscalización que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de Colombia realizó en 1997 a las declaraciones de importación de la empresa SUDAMTEX de Colombia S.A, dicha institución ordenó, a través del Oficio N° 453, que

---

<sup>205</sup> Los siguientes hechos se encuentran explicados en la Resolución N° 019 de octubre de 1997 de la Secretaría General de la CAN.

se pongan a disposición, en un plazo no mayor de 15 días, las mercancías importadas entre enero y mayo de 1995 por la referida empresa. Esta medida se dio como resultado de la verificación de la omisión de algunos elementos de descripción mínima de las mercancías; según la legislación colombiana, dicha descripción era obligatoria<sup>206</sup>.

Efectivamente, en dicho Oficio, la DIAN cita dos normas para indicar la obligatoriedad de la declaración que corresponde al campo de las descripciones mínimas: el Decreto 1909 de 1992 y el Concepto N° 095 de junio de 1995. El primero dispone que, si se omite la descripción de la mercancía o ésta no corresponde con la descripción declarada, la mercancía será considerada como no declarada. Por su lado, el Concepto N° 095 prescribe que la ausencia de uno o más de los elementos establecidos para la descripción mínima de la mercancía hace que la misma sea considerada como no declarada<sup>207</sup>.

Ante la solicitud de la empresa para que se declare la revocatoria del oficio N° 453, la DIAN expide un pliego de cargos N° 00002, a través del cual considera la mercancía fiscalizada, cuya aprehensión no fue posible, como no declarada. Además, la DIAN propone imponer una multa del orden del 200% del valor de la mercancía, en virtud a los artículos 72 y 73 del Decreto 1909 de 1992 y el Concepto N° 095 de junio de 1995<sup>208</sup>.

Ante esta situación, SUDAMTEX solicita a la Secretaría General de la CAN que se pronuncie con respecto a la existencia de restricciones al comercio, por efecto de los requerimientos que hizo la DIAN sobre descripciones mínimas y la procedencia de la multa del 200% por las infracciones a dichas descripciones.

Efectivamente, SUDAMTEX invoca una violación al Programa de Liberación de la CAN mediante la implementación de medidas restrictivas del comercio prohibidas en los artículos 71 y 72 del Acuerdo de Cartagena (actuales artículos 72 y 73), al señalar que:

“la utilización de las descripciones mínimas, por parte de las autoridades aduaneras colombianas, para calificar mercancías presentadas legalmente y

---

<sup>206</sup> Ibidem.

<sup>207</sup> Ibidem.

<sup>208</sup> Ídem. Párrafo 4

declaradas ante la aduana, viene siendo usada como un medio para restringir el comercio intrasubregional”.<sup>209</sup>

SUDAMTEX señala también el malestar que le genera la propuesta de la imposición de una multa equivalente al 200% del valor de las mercancías, debido a la imposibilidad de ponerlas a disposición de la DIAN. En efecto, esta empresa afirmaba que dichas mercancías fueron dispuestas por el importador<sup>210</sup> hace mucho tiempo atrás.

Asimismo, SUDAMTEX agrega que esta molestia se agrava por el daño económico y moral que ha sufrido debido al inicio de la investigación por contrabando<sup>211</sup>.

La solicitud de la referida empresa motivó la actuación de la Secretaría General y el TJA. En este caso, la Secretaría General se pronunció a través de dos resoluciones: la Resolución 019 de octubre de 1997 y la Resolución 047 de enero de 1998 que contiene el recurso de reconsideración contra la Resolución 019. Por su parte, el TJA emitió su pronunciamiento a través de la acción de nulidad N° 02-AN-98 para dar respuesta a la solicitud de SUDAMTEX. Tal como se verá más adelante, el TJA concluyó que el accionar de la DIAN de Colombia constituía una medida restrictiva al comercio en violación de las normas andinas.

Cabe señalar que, mientras el caso estaba pendiente ante los órganos jurisdiccionales de la CAN, la DIAN de Colombia procedió a desestimar la propuesta de multa en el caso SUDAMTEX y exoneró a esta empresa de los cargos formulados mediante el pliego N° 000002, conforme obra en la Resolución N° 0105 del 9 de enero de 1998<sup>212</sup>.

Como parte de los argumentos y contraargumentos que se esgrimieron a lo largo de dichos pronunciamientos, Colombia criticó, entre otras cosas, la decisión de la Secretaría General de calificar el pliego de cargos formulado por la DIAN y su respectiva propuesta

---

<sup>209</sup>Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN, pág. 3 Tercer Alegato de SUDAMTEX.

<sup>210</sup> Ibidem. Cuarto Alegato de SUDAMTEX.

<sup>211</sup> Ibidem. Sexto Alegato de SUDAMTEX.

<sup>212</sup> Proceso 02-AN-98 .pág.3.

de multa del orden del 200% como una medida restrictiva al comercio. Este país consideraba que tal proceder desnaturalizaba la esencia del proceso de fiscalización, más aún cuando dicho proceso todavía no constituía una medida de carácter definitivo. Colombia indicó que dichas medidas eran actos provisionales y que no llegaron a concluirse debido a que se exoneró a SUDAMTEX de los cargos formulados. Desde el punto de vista de Colombia, tampoco se realizaron prohibiciones a la importación o venta del producto para SUDAMTEX. Este cuestionamiento llevó a Colombia a solicitar la nulidad de la Resolución de la Secretaría General ante el TJA.

Y es precisamente parte de la respuesta que brindan tanto la Secretaría General como el TJA ante tal cuestionamiento la que permite observar cómo una figura propia de la legislación comunitaria europea está siendo invocada en la jurisprudencia andina, siempre con la idea de salvaguardar el principio de libre circulación de mercancías que circunscribe el proceso de integración andino: las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Asimismo, durante la revisión que se realizará, se verificará la importancia que tiene la implementación del principio de proporcionalidad en las actividades sancionatorias de la administración aduanera.

### **3.2.2. Multas y propuestas de multas como medidas restrictivas del comercio en el marco de la Comunidad Andina**

#### **3.2.2.1. El reconocimiento del derecho de las autoridades aduaneras a la fiscalización y control**

Como ya se señaló en el capítulo I, las MEE no se encuentran explícitamente recogidas en el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, la Secretaría General y el TJA realizaron una labor de construcción argumentativa, que los llevó a concluir en su jurisprudencia que tanto las multas como las propuestas de multas pueden constituir medidas restrictivas al comercio como MEE contrarias al Acuerdo de Cartagena<sup>213</sup>. Es en función a dicha

---

<sup>213</sup> REYES TAGLE, Y (2012) Op.cit. pág 20.

construcción que los Estados miembros deberán observar una serie de condiciones para evitar generar medidas de este tipo. Estas condiciones incluyen velar por el respeto al principio de proporcionalidad en las medidas sancionatorias.

¿Cómo es que una multa impuesta por la aduana constituye o podría constituir una restricción al comercio contraria a los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena? El TJA y la Secretaría General reconocen las facultades y potestades fiscalizadoras y sancionatorias que le corresponde a toda autoridad aduanera nacional y que, además, se encuentran reconocidas en las normas andinas que versan sobre el control aduanero.

Un claro ejemplo de dicho reconocimiento se encuentra en el artículo 4 de la Decisión 778 de la Comunidad Andina. Esta norma enumera una serie de facultades de investigación y control que deben tener las administraciones aduaneras de los Países Miembros y son las siguientes:

“a) Realizar las investigaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas.

b) Solicitar a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, importadores, exportadores, declarantes, transportadores y demás auxiliares de la función aduanera, información de su domicilio y sus operaciones económicas y de comercio exterior, con el fin de garantizar los estudios y cruces de información necesarios para la fiscalización y el control de las operaciones aduaneras. Asimismo, las entidades públicas, financieras o privadas que posean información de interés para los procesos de investigación y control de la Administración Aduanera, deberán reportar la información que se les solicite.

c) Sancionar, de acuerdo a su legislación interna, a aquellas personas o entidades a quienes la Administración Aduanera, a través de las dependencias competentes, haya requerido información en los términos previstos en el presente artículo, y no la suministren, lo hagan extemporáneamente, o la aporten en forma incompleta o inexacta.

d) Ordenar mediante acto administrativo el registro, inspección o visita de las oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales, vehículos y medios de transporte del importador, exportador, propietario, tenedor de la mercancía, transportador, depositario, intermediario, declarante o usuario, terceros depositarios de los documentos contables o archivos de los

sujetos antes mencionados, o terceros intervinientes en la operación aduanera, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales.

(...)

e) Adoptar medidas cautelares sobre las mercancías y unidades de transporte y de carga, de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada País Miembro”.

De las disposiciones de este artículo 4 antes citado se desprende que este listado de facultades reafirma el reconocimiento de la CAN de la potestad de sus Estados miembros de contar con autoridades aduaneras que investiguen, sancionen y participen de las operaciones de comercio exterior que tienen lugar en sus respectivos territorios nacionales. Si la CAN entendiera que la existencia de estas autoridades es contraria a los objetivos del Acuerdo de Cartagena, dicho reconocimiento no se habría realizado.

Además, el artículo 4 no incorpora un listado definitivo de facultades,<sup>214</sup> y por su parte, a la luz de la Decisión 778 se interpreta que cualquier facultad de control o fiscalización de las autoridades aduaneras nacionales debe tener como principio rector la consecución de los objetivos dispuestos en el artículo 5 de la misma Decisión.

De esta manera, se comprueba que la CAN procura implementar un sistema de control aduanero idóneo y, de cierta manera, uniforme entre sus Estados miembros y, por tal motivo, exige que las facultades aduaneras que implementen sus Países Miembros estén dirigidas a lograr los objetivos delineados en el artículo 5 de la Decisión 778. Entre estos objetivos de la norma se puede destacar el de comprobar la exactitud de los datos declarados en los diferentes regímenes aduaneros a los que se someten las mercancías, así como también el de verificar el cumplimiento de los requisitos para el ingreso y circulación de mercancías en un País Miembro.

---

<sup>214</sup> El artículo 4° de la Decisión 778 de la CAN, antes de enumerar las facultades aduaneras, cierra el primer párrafo con la indicación de que estas facultades se reconocen en el ámbito de la CAN “independientemente de aquellas establecidas en sus legislaciones nacionales”. A partir de este enunciado se puede sostener que no se trata de una lista cerrada, sino que se reconoce que hay otras facultades que pueden desarrollarse en la legislación nacional pertinente.

Adicionalmente, una revisión de las decisiones de la Secretaría General evidencia el reconocimiento de tal derecho de las aduanas de los Países Miembros de la CAN. En el caso SUDAMTEX, la Secretaría General sostuvo que:

“b) La actuación de la Secretaría General no se ha dirigido a impugnar las facultades de fiscalización de las autoridades nacionales competentes ni impugna sus facultades de emitir pliegos de cargo.

La Secretaría General no interviene en las facultades fiscalizadoras que la ley ha atribuido a las autoridades aduaneras, pues el control fiscal no constituye, de por sí, una restricción al comercio, pero sí lo es la exigencia de cumplimiento de requisitos no previstos por la ley y la obligatoriedad de presentar elementos que la propia ley interna califica como facultativos a juicio del importador (...)”<sup>215</sup>.

De manera similar, en el caso ABBA,<sup>216</sup> la Secretaría General en su Resolución 449 reconoció que:

“...es un derecho de los Países Miembros investigar las posibles infracciones a su ordenamiento jurídico interno que pudieran cometer las personas en su territorio. Sin embargo, en virtud de las obligaciones contraídas en el marco de la integración andina, tales investigaciones y las determinaciones a que éstas den lugar, deben también adecuarse al ordenamiento jurídico andino a fin de evitar que éste sea violado”<sup>217</sup>.

En este mismo orden de ideas, el propio TJA ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema. En el caso SUDAMTEX, Colombia expresó su malestar por la posible limitación de su derecho de fiscalización aduanera y buscó demostrar la incompetencia de la Secretaría General por pronunciarse en un caso donde colisionaba con el ejercicio de la inspección y supervisión aduanera. Con relación a este tema, la República de Colombia expuso lo siguiente:

“para la República de Colombia es cuestión de principios que no se limite su soberanía en relación con el derecho y la competencia de sus autoridades nacionales de adelantar las investigaciones que correspondan, en orden a salvaguardar la aplicación del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, demanda el pronunciamiento del Tribunal, a efectos de que se preserve esta facultad del país.”<sup>218</sup>

<sup>215</sup> Resolución 047 de la Secretaría General de la CAN. Pág. 1.1, Literal b).

<sup>216</sup> Resolución N° 449 del 2 de noviembre del 2000 de la Secretaría General de la CAN. Calificación de la medida adoptada por el Gobierno de Perú para las importaciones de frazadas como restricción al comercio.

<sup>217</sup> Ídem. Página 4.

<sup>218</sup> Proceso N° 02-AN-98 del TJA, pág.3.

Al respecto, el TJA señaló que la Secretaría General actuó en estricto cumplimiento de las funciones que le han sido conferidas a través del Acuerdo de Cartagena. Por consiguiente, el TJA indicó que no llegaba a entender cómo el cumplimiento de dicha función por parte de la Secretaría General significaba una intervención en las competencias de las autoridades aduaneras nacionales. Mientras se pronunciaba sobre las competencias de la Secretaría General, el TJA agregó que dichas autoridades nacionales debían actuar siempre dentro del marco de la legislación comunitaria andina. Esta interpretación formulada por el TJA se desprende de la siguiente declaración:

“Como ya se ha señalado, la Secretaría General es competente para determinar si una medida adoptada por un País Miembro se encuentra comprendida o no dentro del concepto de “restricciones de todo orden” al comercio. Fue en ejecución de esta competencia específica de atribución que la Secretaría General resolvió calificar la medida adoptada por el Gobierno de Colombia como restricción al comercio sin que este Tribunal pueda por ello concluir que aquella haya interferido en las competencias reservadas a los Países Miembros para adelantar las investigaciones que les correspondan pero, bien entendido, dentro del marco del Derecho Comunitario.”<sup>219</sup>

Cabe señalar que, a nivel de otras entidades regionales, por ejemplo, en el caso del MERCOSUR también se reconoce el derecho de los Países Miembros a ejercitar el control aduanero. Por ejemplo, el artículo 1 de las Decisiones del Consejo del Mercado Común MERCOSUR/CMC/DEC. N° 50/04: Norma Relativa al Despacho Aduanero de Mercaderías establece que:

“La introducción de mercadería al territorio aduanero del MERCOSUR, cualquiera sea el modo o medio por el que arribe, estará sometida a control aduanero.”<sup>220</sup>

Asimismo, en el ámbito comunitario andino se hace referencia al derecho que tienen las Aduanas de los Países Miembros para realizar controles aduaneros sobre el valor declarado. Por ejemplo, sobre el valor declarado en aduana, el artículo 14 de la Decisión 571 sobre el valor en Aduana de las mercancías importadas dispone con respecto a las investigaciones y controles aduaneros que:

---

<sup>219</sup> Idem. Pág 9.

<sup>220</sup> DECISIONES DEL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN MERCOSUR/CMC/DEC. N° 50/04: NORMA RELATIVA AL DESPACHO ADUANERO DE MERCADERIAS. Consultado el 11.04.17 en <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec5004s.asp>.

“(…) las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina, tienen el derecho de llevar a cabo los controles e investigaciones necesarios, a efectos de garantizar que los valores en aduana declarados como base imponible, sean los correctos y estén determinados de conformidad con las condiciones y requisitos del Acuerdo sobre Valoración de la OMC”<sup>221</sup>.

Asimismo, para la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas<sup>222</sup> el artículo 1 de la Decisión 379 que regula la Declaración Andina del Valor, reconoce la facultad de las administraciones aduaneras de los Países Miembros de exigir a los importadores la "Declaración Andina del Valor - (DAV)" Además, el artículo 3 de la misma Decisión reconoce la facultad de la autoridad aduanera de exigir información y documentos a los importadores. Esta exigencia se realiza en los casos en los cuales dichas autoridades no dispongan de los elementos suficientes para la determinación y control posterior del valor en aduana de las mercancías importadas de conformidad con las disposiciones del Acuerdo del Valor del GATT de 1994<sup>223</sup>.

Otro ejemplo de la facultad de fiscalización de las Aduanas se puede encontrar en la disposición sobre la verificación de cargas y medios de transporte durante la utilización del régimen de tránsito aduanero de mercancías entre Países Miembros de la CAN. Efectivamente, el artículo 2 de la Decisión 617 la cual regula el Tránsito Aduanero Comunitario define y reconoce dicha verificación como la:

“Actuación de control efectuada por la (autoridad) aduanera, ejercida sobre los medios de transporte, unidades de carga y las mercancías para comprobar la veracidad de los datos declarados respecto a características del medio de transporte, identificación de contenedores, precintos, y cuando se trate de carga suelta el número de bultos, cantidad, peso y los demás datos de descripción externa de la mercancía y su coincidencia con los consignados en los documentos que amparan la operación”.

A nivel multilateral, las facultades de las autoridades aduaneras en las operaciones de comercio exterior también han sido reconocidas en los acuerdos de la OMC. Por ejemplo,

<sup>221</sup> Artículo 14° de la Decisión 571. puede consultarse en:

<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1023.pdf>.

<sup>222</sup> Artículo 1° de la Decisión 379. “Para la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas, las administraciones aduaneras de los Países Miembros exigirán al importador la "Declaración Andina del Valor - (DAV)", cuyo formulario e instrucciones para su llenado o diligenciamiento correspondiente, figuran en el Anexo de la presente Decisión”. Puede consultarse en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace183.pdf>.

<sup>223</sup> Idem. Artículo 3.

en el marco del Acuerdo de Valor de la OMC, VARGAS ACUACHE, quien coincide con SHERMAN y GLASHOFF,<sup>224</sup> indica que la Aduana:

“puede realizar investigaciones sobre la veracidad o exactitud de toda información, documento o declaración presentada a ella y que, con sujeción a sus leyes y procedimientos nacionales, tienen el derecho de contar con la plena cooperación de los importadores en esas investigaciones”<sup>225</sup>.

Como sustento de lo indicado, observamos que el artículo 17 del Acuerdo de Valoración Aduanera expresa lo siguiente:

“Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo podrá interpretarse en un sentido que restrinja o ponga en duda el derecho de las Administraciones de Aduanas de comprobar la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración presentados a efectos de valoración en aduana”<sup>226</sup>.

Una lectura de esta disposición permite observar de qué manera en la normativa de la OMC, si bien se tiene como meta final lograr un sistema multilateral de comercio con un reducido nivel de obstáculos al mismo; reconoce también que los Estados que componen dicho sistema son soberanos; y por consiguiente, tienen la capacidad para regular y supervisar temas de seguridad, de legislación nacional, de moral pública y otros en sus respectivos territorios<sup>227</sup>. Luego de reconocer estas capacidades necesarias para los Estados, la normativa de la OMC comprende que la facultad de control y fiscalización de sus respectivas Aduanas sobre las operaciones de comercio exterior a nivel nacional constituye una manifestación del cómo ejercen dicha soberanía los países. Además, se señala que dicha facultad debe ser respetada y salvaguardada. Sin embargo, esta protección tiene un límite.

---

<sup>224</sup> SHERMAN, P., & GLASHOFF, H. Customs Valuation, Commentary on the GATT Customs Valuation Code. ICC Publishing Co. pág. 257.

<sup>225</sup> VARGAS ACUACHE, C. La duda razonable en Aduanas y los límites a su ejercicio ¿Cómo y cuándo aplicarla? Derecho y Sociedad N° 43. pág 310.

<sup>226</sup> Artículo 17° del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en [https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/20-val\\_01\\_s.htm#ArticleXVII](https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/20-val_01_s.htm#ArticleXVII).

<sup>227</sup> “LA OMC... SU IMPORTANCIA. UNA GUÍA PARA FUNCIONARIOS Y LEGISLADORES, PARA LA SOCIEDAD CIVIL Y PARA TODOS AQUELLOS QUE SE INTERESEN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y EN LA GOBERNANZA MUNDIAL” - Folleto de información para la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, Consultado el 15.04.17 en:

[https://www.wto.org/spanish/thewto/s/minist/s/min01\\_s/wto\\_matters\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/thewto/s/minist/s/min01_s/wto_matters_s.pdf), pág 18-19.

En efecto, el uso de tal facultad no puede constituir un obstáculo injustificado al comercio que sea contrario a los objetivos delineados en el Preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC,<sup>228</sup> Este objetivo es la reducción sustancial de aranceles y de los demás obstáculos del comercio. De manera similar, si bien los Países Miembros de la CAN pueden elaborar, adoptar y aplicar reglamentos técnicos, el ejercicio de esta facultad se encuentra limitado en la medida en que tales reglamentos no deben constituir un obstáculo innecesario al comercio. Este es el sentido de lo que establece el Preámbulo de la Decisión 562 de la CAN que contiene las Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Decisión 562 destaca que su objetivo es el siguiente:

“establecer requisitos y procedimientos para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos al interior de los Países Miembros y a nivel comunitario, a fin de evitar que éstos se constituyan en obstáculos técnicos innecesarios al comercio intrasubregional.”

Puede encontrarse otro ejemplo del reconocimiento de las facultades que tienen las aduanas para controlar las operaciones de comercio exterior, incluyendo la facultad de sancionar con arreglo a violaciones a su normativa interna. Al respecto, el artículo 6 numeral 3.1 del Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC, al regular las disciplinas en materia de sanciones, establece que:

3.1 A los efectos del párrafo 3, se entenderá por "sanciones" aquellas impuestas por la administración de aduanas de un Miembro por la infracción de sus leyes, reglamentos o formalidades de aduana<sup>229</sup>.

Asimismo, el preámbulo del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) de la OMC promueve esa necesidad de asegurar que la facultad de emitir y aplicar reglamentos técnicos y normas no termine por generar obstáculos innecesarios al

---

<sup>228</sup> En Preámbulo OMC, consultado 11.04.17 en [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/04-wto\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm).

<sup>229</sup> Acuerdo de Facilitación al Comercio de la OMC, puede consultarse en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/L/940.pdf>.

comercio internacional. El artículo 2.2 del Acuerdo OTC ratifica esta necesidad y dispone que:

“Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.”<sup>230</sup>

De igual manera, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias señala en su preámbulo que:

“no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional”<sup>231</sup>.

En suma, la idea central que subyace a todas estas normas internacionales antes mencionadas de carácter regional y multilateral es que los diversos procesos de integración y acuerdos multilaterales no niegan las facultades de los Estados de legislar o de adoptar mecanismos de control para las operaciones de comercio exterior que tengan lugar en su territorio, sino que imponen un límite al ejercicio de esas facultades, a fin de evitar restricciones arbitrarias al comercio.

De esta manera, queda claro que la facultad de control y fiscalización de las Aduanas, mientras sea ejercida dentro de los límites dispuestos por la normativa andina y multilateral, no está prohibida o limitada como tal, sino que se respalda su implementación.

<sup>230</sup> Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, puede consultar en <https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/17-tbt.pdf>.

<sup>231</sup> Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, puede consultarse en <https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/15-sps.pdf>.

Como se comprueba, no existe un derecho a cuestionar todo accionar estatal, sino solo aquel que represente un riesgo para el principio de libre circulación de mercancías reconocido en los acuerdos comerciales internacionales.

Ciertamente, tras aclarar que el derecho a la fiscalización como tal no está sujeto a cuestionamiento, se observa que la Secretaría General y el TJA de la CAN han ido un paso más allá al concluir que, en el caso SUDAMTEX, la misma sanción puede dar lugar a que se produzca una restricción al comercio. Esto se debe a que la utilización de dicha sanción tiene un efecto restrictivo en el comercio entre los Países Miembros de la CAN.

Siendo esta la situación, la Secretaría General y el TJA consideran que dicho accionar sancionatorio debe tener entonces un límite. Ambas instituciones concluyen que, para este supuesto, corresponde analizar la proporcionalidad de la sanción o medida en función al objeto específico que la misma persigue. De no contarse con este filtro, se plantea que se estarían abriendo puertas para que se amenace la libre circulación de bienes en el mercado comunitario andino a través del empleo de multas abusivas o excesivas. Este tipo de multas no responden al análisis de proporcionalidad el cual requiere tener en cuenta la relación medida – objeto perseguido.

En vista de lo expuesto, se hace necesario realizar un análisis que permita determinar de qué manera una sanción como la multa emitida por la autoridad aduanera deviene en una restricción al comercio contraria a las normas andinas. Para realizar este análisis, el caso SUDAMTEX se toma como referencia. En dicho caso se constató que la medida aún era una propuesta.

#### **3.2.2.2. Multas excesivas o desproporcionadas potenciales o definitivas como restricciones al comercio**

Tal como se adelantó, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena disponen la eliminación de gravámenes y de las restricciones de todo orden para el comercio

intracomunitario, con el objetivo de salvaguardar el principio de libre circulación de mercancías en el territorio de la comunidad Andina.

Sin embargo, como se ha comprobado, para la Secretaría General, al igual que para el TJA, la extensión del concepto de restricciones de todo orden del artículo 73 no se encuentra limitada ni definida. A su vez, entiende ambos entes que dicho término posee una característica vital para la protección del principio de libre circulación de mercancías y, se argumenta, es el elemento clave para concluir que existen las medidas de efecto equivalente en la jurisprudencia andina: ciertamente, para efectos de determinar una violación de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena se considerará también el efecto potencial de la medida para catalogarla como restrictiva del comercio.

La Secretaría General<sup>232</sup> llega a esta conclusión al considerar que el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena (actual 74) está inspirado en el artículo 30 del Tratado de la CEE<sup>233</sup> (considerado, a su vez, como una fuente supletoria de derecho). Por estas razones, se sostiene que se debe reproducir las conclusiones a las que llegó el TJUE al interpretar este tratado europeo, es decir, que no hay un límite con respecto a la definición de qué constituye una medida. Por lo tanto, dicho concepto se extiende a conductas o prácticas reales o potenciales que pongan en peligro la libre circulación de mercancías.

Sin duda, en el caso SUDAMTEX, la Secretaría General señala que el artículo 73 no circunscribe el término “medida” a un solo supuesto dado que no existe una definición taxativa para este término. Además, más allá de si se tratan de actos definitivos o preparatorios, para la Secretaría General, lo que importa es que dicha medida constituya un acto que tenga o “pudiera tener efectos limitantes o prohibitivos en el comercio y en particular en las importaciones”<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Resolución 047 de la Secretaría General de la CAN.

<sup>233</sup> Conforme se verifica en el Proceso 02-AN-98 y Proceso 3-AI-96, el reconocimiento del Tratado de la CEE como fuente inspiradora del Acuerdo de Cartagena es compartida por el TJA.

<sup>234</sup> Resolución 047 de la Secretaría General de la CAN, página 6.

Al tener la posibilidad de contar con una amplia definición del término medidas y, siempre con el objetivo de proteger el principio de libre circulación de mercancías, la Secretaría General y el TJA concluyeron que el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena (actual 74) debe también incorporar las medidas de efecto equivalente.<sup>235</sup> Por ende, estas medidas se encuentran incluidas en el concepto de “restricciones de todo orden”. Sus características han sido definidas en la sentencia Dassonville antes citada y requiere que exista una medida imputable al sector público y que tenga el efecto actual o potencial de obstaculizar o disminuir el comercio comunitario.

Es en este contexto que la Secretaría General, ante una solicitud de pronunciamiento con respecto a una multa que imponga una autoridad aduanera, tal como la que se originó, por ejemplo, en el caso SUDAMTEX, deberá realizar el siguiente análisis:<sup>236</sup>

a) ¿Constituye la medida nacional adoptada una restricción al comercio?

Al respecto, Colombia presenta, principalmente, dos argumentos para refutar la idea de que la propuesta de multa podía constituir una restricción al comercio al amparo del Acuerdo de Cartagena:

i. La medida no se encontraba adoptada o firme.

El primero de estos argumentos se basó en señalar que la multa era parte de un procedimiento que aún no terminaba y que, además, SUDAMTEX:

“todavía no había sido sancionada y que, por lo tanto, no podía considerarse como restricción al comercio el hecho que la DIAN investigue a una empresa por posibles infracciones al régimen de aduanas”.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> Como señala REYES TAGLE, Y (2012) Op.cit. pág. 19, 21.

<sup>236</sup> Según GORMLEY, el TJUE desarrolla un análisis similar en la sentencia Dassonville. GORMLEY (2011) (Op.cit. pág. 1597). En esta misma línea, REYES TAGLE señala que el TJA sigue también la misma forma de análisis. REYES TAGLE, Y (2012) Op.cit. pág. 10.

<sup>237</sup> Resolución N° 019 de la Secretaría General de la CAN. Pág.2.

En el recurso de reconsideración de la Resolución N° 019, Colombia sostiene que el cargo de pliegos N° 00002 que contenía la propuesta de multa, no constituía una medida adoptada:

“en los términos señalados por los Artículos 30 y 72 y siguientes del Acuerdo y de la Decisión 409, por cuanto se trata tan sólo de un acto de trámite que puede o no concluir con la aplicación de una medida de carácter general. En tal sentido, la Secretaría General carece de competencia para revisar, enjuiciar o proscribir un acto que no tiene carácter definitivo”.<sup>238</sup>

Colombia agregó que:

“(…) no es aceptable que la formulación de un Pliego de Cargos pueda calificarse como una restricción al comercio en los términos del Artículo 73 del Acuerdo (actual Artículo 74°), por cuanto este último se refiere a la adopción unilateral de una medida, en tanto que el segundo es el resultado de un procedimiento legalmente establecido que no puede entenderse como la adopción de una medida unilateral dictada por un País Miembro. Tal conclusión, en opinión del País Miembro solicitante, desnaturalizaría la esencia misma del proceso administrativo sancionatorio e iría en desmedro de las facultades de fiscalización.”<sup>239</sup>

A partir de estos argumentos se puede afirmar que Colombia defendía que, para que una medida sea considerada como adoptada y permita la invocación del mecanismo del entonces artículo 73 del Acuerdo de Cartagena debe tratarse de una medida firme, definitiva, excluyendo las medidas en trámite. Tal medida debe generar un efecto en el mundo jurídico, es decir, el efecto restrictivo a las operaciones de comercio de SUDAMTEX y, por consiguiente, una afectación a su patrimonio o dificultad para las importaciones. Consecuentemente, como tales situaciones no se produjeron no existe una medida adoptada restrictiva, y desaparecen las condiciones fácticas que motivaron la Resolución N° 019 de la Secretaría General<sup>240</sup>.

El argumento de Colombia no fue compartido ni por la Secretaría General ni por el TJA, para las cuales un acto no definitivo de la autoridad aduanera puede ser considerado, también, una medida emitida o adoptada por dicha autoridad y, por lo tanto, atribuible al País Miembro. En ese sentido, la propuesta de multa ya constituye un acto de la autoridad,

<sup>238</sup> Resolución N° 047 de la Secretaría de la CAN. Pág 1.

<sup>239</sup> Ídem. Pág 2.

<sup>240</sup> Proceso 02-98-AN. pag 4.

el cual se debe analizar en el ámbito del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

La Secretaría General y el TJA opinan que el efecto de restricción al comercio no solo aplica para una medida actual que afecta la libre circulación de bienes en el mercado común andino, sino también para medidas potenciales. Esta conclusión se basó en la aplicación de la fórmula Dassonville que realizó la Secretaría General, específicamente en lo referido a la consideración de las medidas potenciales susceptibles de restringir el comercio como MEE. Esta decisión buscaba proteger el mercado común comunitario andino.

Como se observa, este carácter potencial de una medida como MEE es clave para poder entender este supuesto de medidas en trámite o no definitivas.

En aras de resguardar el mercado común, para calificar una medida como tal, el TJUE, el TJA y la Secretaría General de la Comunidad Andina no distinguen entre actos finales o de trámite. Esta afirmación se sustenta en lo expresado por la Secretaría General de la CAN en su Resolución 449. En dicha Resolución, este órgano comunitario justifica la necesidad de aplicar la fórmula Dassonville en los siguientes términos:

“Que, en tal sentido, 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.”<sup>241</sup>

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, el TJUE, en su sentencia conocida como “Compra lo irlandés”, también se pronuncia sobre el tema de cómo una medida potencial puede constituir una restricción al comercio. En dicha oportunidad, el TJUE concluyó que también constituían medidas restrictivas aquellas que potencialmente podían conducir a la sustitución de los productos importados por productos nacionales, lo que conllevaba a la afectación del volumen de los intercambios intracomunitarios.

---

<sup>241</sup> Resolución 449 de la Secretaría General de la CAN. pág. 6.

Por su parte, en el Proceso 02-AN-98, el TJA proclama que:

“a efectos del artículo 72° (...) el carácter definitivo o preparatorio de un acto interno no es decisivo para calificar una medida como restricción al comercio, sino más bien el efecto restrictivo que EVENTUALMENTE PUDIERE PRODUCIR en las importaciones presentes o futuras. La norma comunitaria pretende eliminar todo tipo de obstáculos que dificulten o impidan, directa o INDIRECTAMENTE, el comercio intra subregional” (el resaltado es de nosotros)<sup>242</sup>.

Esta posición del TJA ha sido recogida y aplicada también por la Secretaría General de la CAN en sus Resoluciones 449, 644<sup>243</sup> y 1695<sup>244</sup>.

En suma, todos estos argumentos demuestran que cuando los tribunales comunitarios interpretan la legislación comunitaria pertinente, ponen énfasis en el análisis del efecto restrictivo, cualquiera que sea el nivel en el que se presente (potencial o real), en lugar de la forma del mismo, es decir, si se cuenta con una resolución firme. En efecto, lo que se busca es ampliar el rango de protección al proyecto de mercado común.

Queda claro entonces que una sanción potencial como la que propuso la DIAN encaja en el supuesto de medida que amerita un pronunciamiento, en primera instancia, por parte de la Secretaría General.

ii. La medida posterior no afectó el proceso de importación de bienes en sí.

Queda por analizar el otro argumento expuesto por Colombia para refutar el carácter de restricción de la medida que impuso a partir de su interpretación del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena (actual artículo 73), por su regulación de las restricciones a las importaciones. Sobre este tema, Colombia señaló que:

<sup>242</sup> Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN. Pág 12.

<sup>243</sup> Resolución 644 de la Secretaría General de la CAN. Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno de Venezuela contra la Resolución 614 de la Secretaría General. Puede consultarse en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Resoluciones/RES0644.doc>.

<sup>244</sup> Resolución 1695 de la Secretaría General de la CAN. Calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por el Gobierno de Ecuador mediante la Resolución 116 del COMEX. Puede consultarse en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE2344.pdf>.

“a la fecha de formulación del Pliego de Cargos, ya se había agotado el ciclo económico de la importación, por lo que no cabe señalar la existencia de una restricción al comercio respecto de una operación de comercio que culminó definitivamente.”<sup>245</sup>

Efectivamente, Colombia sostenía que nunca hubo una restricción al comercio, toda vez que no impidió ni dificultó las importaciones de SUDAMTEX, las cuales concluyeron con la conformidad del levante y posterior ingreso de las mercancías al país. En opinión de Colombia, este proceso de fiscalización que origina la propuesta de multa tiene lugar mucho tiempo después de concluirse el ciclo de importación.

Al respecto, la Secretaría General y el TJA rechazaron dicho argumento. Desde esta perspectiva, resultaba evidente que se trataba de un acto realizado por la autoridad aduanera de Colombia, en pleno uso de sus potestades sancionadoras, las cuales fueron ejercidas no solo durante el control concurrente al despacho de la mercancía, sino también de manera previa y posterior al mismo. En estos momentos también puede producirse una afectación al Programa de Liberación de la CAN.

Ciertamente, tal como se desprende de lo señalado por la Secretaría General,<sup>246</sup> todo el proceso de control de la mercancía no concluye en el momento del levante,<sup>247</sup> sino que sus efectos se mantienen para todo el proceso de importación. En este caso, se constató que esto, por ejemplo, ocurrió con la DIAN, la cual llegó a realizar una acción de fiscalización para la empresa SUDAMTEX después de conceder el levante de la mercancía.

Vinculado con este tema del cuándo se configura la restricción al comercio, en el ámbito de la OMC se puede analizar el pronunciamiento del Grupo Especial en la diferencia Brasil – Neumáticos recauchutados, el cual, a la par de brindar precisiones en ese apartado, presenta definiciones interesantes para fines de este trabajo que valen la pena señalar.

---

<sup>245</sup> Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN. pág 2.

<sup>246</sup> Idem. pág. 10.

<sup>247</sup> Así es como también se infiere que comienza desde el mismo control previo.

En dicho caso, Brasil dispuso la prohibición de la importación de neumáticos recauchutados,<sup>248</sup> e impuso una multa de 400 reales brasileños por unidad de neumático tanto a la importación, como la comercialización, transporte, almacenamiento, conservación o mantenimiento en depósito o en almacenes de neumáticos recauchutados importados<sup>249</sup>.

Con respecto a dichas multas, el Grupo Especial comprobó que, para Brasil, la única razón de ser de las multas era que funcionasen como medidas anti elusión complementarias que respalden la prohibición de las importaciones, y que, además, sirvan para:

“penalizar a los comerciantes que eludan los controles de importación imponiéndoles multas si de algún modo los neumáticos recauchutados extranjeros entran en el mercado brasileño a pesar de que exista una prohibición de importación en la frontera”<sup>250</sup>.

En el análisis enfocado en el tema de la multa, con respecto a la pregunta de si ésta constituía una medida restrictiva, el Grupo Especial concluyó que, para que la multa constituya una medida restrictiva a la importación en el sentido del párrafo 1 del artículo XI, debería analizarse la naturaleza de la medida<sup>251</sup>.

En ese sentido, en el marco del GATT, el Grupo Especial sostuvo que todas esas multas constituían medidas que:

“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. (...). Además, el nivel de las multas -400 reales brasileños por unidad, lo que excede significativamente de los precios medios de los neumáticos recauchutados para turismos producidos en el país (100-280 reales brasileños)- es lo bastante significativo para tener un efecto restrictivo de las importaciones.”<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> OMC - Informe del Grupo Especial. Diferencia Brasil. Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados – Óp cit. párrafo II.5.

<sup>249</sup> Ibidem.

<sup>250</sup> Ídem. párrafo VII.365.

<sup>251</sup> Ídem. párrafo VII.372.

<sup>252</sup> Ídem. párrafo VII.372.

El Grupo Especial llegó a esta conclusión en tanto Brasil dispuso la imposición de multas no solo a la importación, sino también a la comercialización, transporte, almacenamiento, conservación o mantenimiento en depósito o en almacenes de neumáticos recauchutados<sup>253</sup>.

Como puede observarse, para el Grupo Especial lo importante es que éste accionar sancionatorio tenía repercusión en el proceso de importación, es decir, se restringía dicho proceso con disposiciones contrarias al artículo XI del GATT. Tal como se expone en el siguiente párrafo:

“el **Grupo Especial** constata que las multas imponen condiciones que limitan la importación de neumáticos recauchutados, por lo que actúan como una restricción a la importación de neumáticos recauchutados en el sentido del párrafo 1 del artículo XI.”<sup>254</sup>

Tratándose de multas impuestas en la etapa de comercialización de dichos neumáticos recauchutados, en relación con la pregunta de en qué momento podía considerarse que había surgido una restricción al comercio, el Grupo Especial afirma que el hecho que la multa se imponga en un momento o por un proceso posterior de fiscalización no significa que dicha medida se encuentre fuera del alcance del artículo XI del GATT. Así, el Grupo Especial aseveró que:

“En esa medida, estimamos que el hecho de que las multas no se apliquen en la frontera no modifica su naturaleza de restricciones a la importación en el sentido de párrafo 1 del artículo XI.”<sup>255</sup>

Este último argumento guarda semejanzas con la jurisprudencia del TJA, ya que, precisamente por el tema del efecto restrictivo que se puede tener en el futuro, se considera que las restricciones al comercio a través de medidas pueden darse no solo al momento de la importación, sino también en diferentes momentos.

---

<sup>253</sup> Idem. párrafo VII.360.

<sup>254</sup> Idem. VII.373.

<sup>255</sup> Idem. párrafo VII.372.

Como puede observarse, tanto en el ámbito multilateral como en la CAN, las multas pueden ser consideradas una restricción al comercio. Volviendo al caso SUDAMTEX, la Secretaría General concluye que la fiscalización posterior, y los actos sancionatorios que se deriven de la misma, son parte del ciclo económico de la importación. Es por este motivo que, en el ámbito comunitario andino, la obligación de respetar el principio de libre circulación de las mercancías también se extiende a dichos actos.

Además, la Secretaría General, señala que la importación no solo comprende el acto de ingreso y levante de la mercancía, sino todo el proceso antes descrito; al hacer esto, se vincula dicho término con el de medidas<sup>256</sup>.

Así, la Secretaría General considera que cualquier medida directa (vinculada con el proceso de importación en control concurrente) e indirecta (como podría ser una fiscalización posterior a dichas importaciones) que tenga repercusión en el proceso de importación, se encuentra igualmente sujeta al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

En conclusión, la autoridad aduanera de cada País Miembro de la CAN, en tanto está obligada a respetar el principio de libre circulación de mercancías, deberá observar su cumplimiento en todas las etapas del proceso de fiscalización o control aduanero.

De igual manera, en relación con las medidas de control que ejerce cada país en su territorio, la Secretaría General, en su Resolución 449, ha precisado lo siguiente:

“ si bien el control policial o de fiscalía posterior a la importación de bienes no constituye en sí mismo una restricción al comercio, aun en el supuesto que la finalidad por la cual se adopta una medida pudiera ser válida, en este caso, verificar que no se haya cometido una infracción al ordenamiento peruano, el mecanismo a través del cual se busca alcanzarla no puede exceder los criterios de razonabilidad, necesidad, idoneidad o proporcionalidad a fin de evitar que el empleo de medidas de este tipo puedan restringir el comercio de manera no justificada”<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN. pág 10.

<sup>257</sup> Resolución 449 de la Secretaría General de la CAN. Pág. 5.

Esto significa que, a la luz de la jurisprudencia andina, las autoridades aduaneras o cualquier otra autoridad con poder de control del cumplimiento del ordenamiento jurídico de un País Miembro, no deben excederse en sus funciones de tal manera que se afecte indebidamente el comercio andino.

Esta precisión es oportuna en tanto que, por un lado, delimita el marco de acción de las autoridades aduaneras y, por otro lado, indirectamente, se protege y reconoce la validez de las acciones que dichas autoridades cumplen. Esto último se señala en tanto no se permite cuestionar por cualquier motivo todo accionar de las aduanas, sino solo los casos en los que se verifique una afectación indebida al comercio comunitario en la CAN. Este análisis con respecto a si se produce o no una violación de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena se deberá realizar caso por caso.

Sin esta precisión sobre la afectación indebida al comercio, se abrirían infinitas posibilidades para cuestionar la labor aduanera. Por ejemplo, durante una revisión de control concurrente al despacho, el importador podría alegar que el envío del oficial de aduanas de muestras de mercancías del despacho al laboratorio para su análisis constituye una medida que restringe el comercio al encarecerse el proceso de despacho en sí. Este encarecimiento tiene lugar en tanto que se provoca una sobreestadía del resto de mercancías en el terminal mientras se espera el resultado del laboratorio y se continúa con el despacho.

En esta misma línea, otro supuesto que podría cuestionarse sería la emisión de multas mínimas por declaración incorrecta. Los importadores entienden que, de alguna manera, estas multas dilatan el proceso de despacho mientras se resuelven, y lo encarecen por el monto mismo de la multa y la sobreestadía en la que cae la mercancía.

Finalmente, durante un proceso de fiscalización posterior, podría cuestionarse que se imponga una medida de restricción domiciliaria. Dicha medida implica la imposibilidad de variar el domicilio fiscal mientras dure el proceso de fiscalización, a fin que el importador pueda ser ubicado para efectos de correctas notificaciones de informes,

resoluciones y documentos de cobro de tributos y multas. Sin embargo, el importador fiscalizado podría considerarla como una medida restrictiva al comercio en tanto no se le permite, salvo supuestos excepcionales, que pueda mudarse a un mejor local por precio o ubicación para desempeñar sus actividades y negocios. Como resultado, el importador incurre en mayores gastos operativos o logísticos hasta que se levante dicha medida con la culminación de la fiscalización; esta situación puede demorar años.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo a la jurisprudencia del TJA antes mencionada, las medidas que tienden a hacer las importaciones más difíciles u onerosas pueden ser consideradas una restricción al comercio, de permitirse una interpretación demasiado extensiva, cualquier costo adicional en la operación de importación como los expuestos, podría analizarse a la luz de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

Este planteamiento ya se discutió en el ámbito de la OMC. Si se tiene en cuenta lo expresado por el Grupo Especial en el caso *Japón-Semi conductores*, resulta que el concepto de restricción al comercio deviene en uno muy amplio. En este caso, el Grupo Especial sostuvo, con respecto al artículo XI.1 del GATT, que:

“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.”<sup>258</sup>

Sin embargo, este no es el sentido de estas normas multilaterales; ni mucho menos de la legislación y jurisprudencia andina. No toda limitación a las importaciones mediante un control aduanero o requisito impuesto a la importación puede considerarse como restricción ilegal del comercio. De hecho, no toda medida que afecta la importación de mercancías es ilegal. Al respecto, en el marco de la OMC observamos lo que el Grupo especial determinó en el caso *República Dominicana – Cigarrillos*:

“En opinión del Grupo Especial, 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

---

<sup>258</sup> Diferencia *Japón – Comercio de Semiconductores*, Op. Cit. párrafo. 104.

de productos, es decir, las medidas que afectaran a las oportunidades de importación mismas.”<sup>259</sup>

Además, en este mismo caso, el Grupo Especial complementa esta afirmación con la formulación de la siguiente declaración:

“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.”<sup>260</sup>

Observamos entonces que, a través de la jurisprudencia de la OMC, se reconoce indirectamente la labor de control y fiscalización de la autoridad aduanera. Esto quiere decir que se autoriza la emisión de medidas vinculadas con la importación – las cuales son normalmente emitidas por una autoridad aduanera – siempre que no sean ilegales o restrinjan dicha importación.

De manera similar, en el seno de la CAN, la emisión y vigencia de las decisiones vinculadas con el control aduanero, así como la jurisprudencia andina demuestran que se considera que la labor y las facultades de las Aduanas en la subregión aún son necesarias e importantes.

En todo caso, resulta claro en la jurisprudencia andina y multilateral que el ejercicio de control o fiscalización no puede ser ejercido de tal manera que restrinja o impida las importaciones. Por ejemplo, la Secretaría General en su Resolución 449 ha sostenido que:

“los actos en el curso de una investigación por supuesto delito de contrabando realizados por una autoridad no pueden limitar las importaciones de productos de manera injustificada o innecesaria”<sup>261</sup>.

De la misma manera, la apertura de investigaciones por parte de las autoridades nacionales, respecto de las operaciones de importación, también debe respetar el criterio

---

<sup>259</sup> OMC informe del Grupo Especial REPÚBLICA DOMINICANA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN Y VENTA INTERNA DE CIGARRILLOS WT/DS302/R, párrafo 7.261.

<sup>260</sup> Ídem, párrafo 7.262.

<sup>261</sup> Resolución N° 449 de la Secretaría General de la CAN. pág. 5.

de proporcionalidad a fin de no restringir el comercio. En ese sentido, la Secretaría General, en su Resolución 449, además, ha expresado que:

“habida cuenta que la operación de importación cumplió con todos los requerimientos legales correspondientes para la misma, la apertura de un proceso de investigación por motivo de contrabando sin justificación ni aparente sustento técnico o elementos probatorios, constituye una restricción al comercio ya que tal investigación tiene el efecto de impedir al importador la puesta en el mercado de su producto y disuadirlo de continuar realizando operaciones de comercio habida cuenta de la amenaza del desprestigio comercial y del procedimiento penal, acciones que, de hecho, hacen más onerosa y difícil la operación de importación inicialmente realizada”<sup>262</sup>.

Así, tras analizar los argumentos colombianos, al igual que lo hicieron la Secretaría General y el TJA, podemos concluir que la propuesta de multa, emitida dentro de dicho proceso fiscalizador y sancionatorio, es una medida adoptada por un País Miembro.

Siguiendo este razonamiento, se deduce que las medidas (no solo las multas, sino otras como el comiso o la inmovilización) a las que cabe aplicar el análisis expuesto, no solo son las que provienen de actos sancionatorios producto de una fiscalización posterior, sino también tanto las de una fiscalización previa como las de una concurrente. Esto se debe a que dichas medidas forman parte de lo que la Secretaría General identificó como el ciclo económico de la importación; por ende, podría hacerse extensiva toda esta línea de razonamiento para su determinación como medida restrictiva del comercio.

Ahora, lo que cabe verificar es si la propuesta de sanción efectivamente tiene la propiedad de generar un efecto restrictivo potencial al comercio intracomunitario. Para este fin, se analizará el objeto y alcance de una medida como la propuesta en el párrafo anterior. Este análisis conlleva a la revisión de la proporcionalidad de la multa<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> Ibidem.

<sup>263</sup> Asimismo, este análisis también se hace con el objetivo de salvaguardar la integridad del accionar sancionatorio de los Estados Miembros; caso contrario, cualquier acción estatal o multa que se disponga en algún momento del ciclo económico de la importación estaría expuesta a ser cuestionada como restrictiva del comercio.

- b) La desproporcionalidad de las multas como criterio para calificarlas como restricción al comercio

Se revisa el caso SUDAMTEX para analizar la proporcionalidad de una propuesta de multa que equivale al 200 % sobre el valor FOB de la mercancía, por la falta de algunas de las descripciones mínimas<sup>264</sup> en la declaración de importación pertinente. Este caso se utiliza para efectos de determinar cómo esa falta de proporcionalidad sirvió para calificar la medida adoptada por la DIAN de Colombia como una restricción al comercio contraria al Acuerdo de Cartagena.

Como se recordará, la infracción cometida por SUDAMTEX está vinculada con la falta de algunos elementos de descripciones mínimas; esta falta lleva a la DIAN a concluir que la mercancía se encontraba en la condición de no declarada, en aplicación a normas y disposiciones internas (el Decreto N° 1909 y el Concepto N° 095).

En este caso, lo que cabe precisar es que el único objeto de las descripciones mínimas es “permitir la correcta identificación de la sub partida arancelaria en la cual se ubica la mercancía a los efectos de determinar la base gravable para la aplicación del arancel correspondiente”<sup>265</sup>. Esta formulación sobre las descripciones mínimas se sustenta en lo dispuesto en la Decisión 379, Declaración Andina del Valor<sup>266</sup>.

Como queda claro, la función de las descripciones mínimas no es determinar que una mercancía, al carecer de algunos de sus elementos, se transforme en un supuesto que lleve a la autoridad aduanera a concluir, años después de su ingreso al país, que la mercancía se encuentra como no declarada o que se ha incurrido en contrabando, fraude fiscal o cualquier otro delito. Además, ha de tenerse en cuenta que dichas mercancías pasaron

---

<sup>264</sup> En efecto, esta mercancía se encontraba nacionalizada desde 1995; la fiscalización y sanción se realizaron dos años después; además, lógicamente, la mercancía no se podía poner a disposición por el tiempo transcurrido. Por estas razones, la DIAN concluyó que la mercancía estaba en la condición de no declarada.

<sup>265</sup> Resolución N° 019 de Secretaría General de la CAN. Pág. 4.

<sup>266</sup> Esta norma, a la fecha, se encuentra vigente.

por una revisión o control aduanero en su debido momento, el cual les permitió obtener el levante para quedar a disposición del importador.

La Resolución N° 019 de la Secretaría General señala que las mercancías contaban con un registro de importación de INCOMEX, entidad encargada de verificar el cabal cumplimiento de los datos presentados por el importador, y que se autorizó 36 declaraciones para el levante y objeto de inspección aduanera. De esta manera, se generó una presunción a favor del importador con respecto a la coincidencia entre las mercancías declaradas por el importador y la documentación presentada ante la DIAN; para ser refutada, se requiere de pruebas contundentes.

En efecto, como bien ha señalado la Secretaría General, la declaración de descripciones mínimas sólo conlleva a determinar la clasificación de la mercancía, a fin de establecer qué porcentaje de arancel pagará para ingresar al territorio nacional. De esta manera, se puede observar el error en el que incurre la DIAN, al otorgar a las descripciones mínimas una finalidad diferente del objeto que se busca cautelar. En opinión de la Secretaría General, incluso si se observa la existencia de faltas en las descripciones mínimas, deberá tomarse en cuenta que las mismas constituyen errores de carácter formal y no substancial;<sup>267</sup> por ende, su sanción debería ser proporcional al problema que generan.

Podemos encontrar semejanzas entre este error sobre el carácter substancial de la falta que llevó a la DIAN a aplicar una sanción pecuniaria muy alta y la actuación de la aduana francesa en el caso *Procureur de la Republique v. Rivoira* analizado en el capítulo anterior. En este caso, la aduana francesa utilizó el certificado de origen de unas mercancías para declararlas como prohibidas, al considerarlo como falso por no contener el origen primigenio de las mismas (España) y señalar, en su lugar, que eran de origen italiano, es decir, comunitario).

---

<sup>267</sup>Resolución N° 019 de la Secretaría General de la CAN. pág 6.

Sobre este tema, el TJUE aclaró que las Aduanas efectivamente están facultadas a solicitar información y documentos para monitorear y encontrar declaraciones falsas con respecto al origen extracomunitario; y por consiguiente, proceder a sancionar. Sin embargo, en este caso en particular, la omisión de la declaración del origen primigenio en el certificado de origen no implicaba un error sustancial que transformase a la mercancía en prohibida, sino sólo suponía un error de tipo formal. Asimismo, el TJUE señaló, en este caso, que la mercancía era comunitaria porque obtuvo esa condición desde que se concretó su importación en territorio italiano. En ese sentido, ante un error formal, corresponde una sanción proporcional al problema que genera, y no multas que sumen 6 veces el valor de la mercancía. Estas multas generan medidas contrarias al principio de libre circulación de mercancías en los ámbitos comunitarios.

A nivel multilateral, cabe observar que la posición de la Secretaría General es consistente con lo que regula el GATT. En este sentido, el numeral 3 del artículo VIII del GATT precisa que:

“ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana (...) no se impondrán sanciones pecuniarias superiores a las necesarias para servir simplemente de advertencia por un error u omisión en los documentos presentados a la aduana que pueda ser subsanado (...) y que haya sido cometido sin intención fraudulenta o sin que constituya una negligencia grave”<sup>268</sup>.

En esa misma línea de razonamiento, se puede encontrar la jurisprudencia andina al observar que el TJA en el Proceso 2-AN-98 sostuvo que:

“la toma de datos estadísticos en las fronteras o la recaudación de impuestos (...) no son razones suficientes para justificar los controles sistemáticos y formalidades excesivas que imponga un país miembro a las importaciones”.<sup>269</sup>

Como puede comprobarse, el objetivo del Acuerdo de Cartagena es que debe evitarse la imposición de sanciones severas por faltas o errores pequeños. Esta interpretación es

---

<sup>268</sup> Artículo VIII numeral 3 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947). Consultado en [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm).

<sup>269</sup> Proceso 02-AN-98. pág 10.

perfectamente aplicable a una situación como la descrita: algunos datos faltantes en descripciones mínimas por parte de la empresa SUDAMTEX.

De esta manera, se constata:

- la falta de conexión entre, por un lado, el objeto, es decir, permitir obtener algunas descripciones mínimas faltantes para complementar la correcta declaración de las mercancías y, por otro lado, la finalidad de la multa que es proclamar que, como no hay descripciones mínimas completas, entonces la mercancía se debe considerar como no declarada y por ende, corresponde aplicar una multa del 200 % del valor FOB de las mercancías) y;
- la forma y el momento en el cual se propone la sanción de multa. Esta multa es ocasionada a raíz de una fiscalización que tiene lugar casi dos años después del proceso de importación, y sobre mercancías que tienen un alto nivel de rotación de stock, como son las telas. La multa se impone no en función a la gravedad o importancia de la falta, sino sobre el valor de la mercancía.

Se verifica entonces que existe una desproporcionalidad en la propuesta de multa. Esta desproporcionalidad de la medida hace que la misma se transforma en una MEE que está prohibida en la regulación comunitaria andina, y que pone en peligro el principio de libre circulación de bienes.

A nivel multilateral, cabe señalar que no toda decisión de las autoridades aduaneras con respecto a cómo se ha de realizar los trámites de aduanas, que los importadores o exportadores consideren como innecesaria o desproporcional, constituye una restricción indebida al comercio.

Por ejemplo, la legislación argentina permitía la presencia de personas del sector privado (los representantes de la Asociación de Industrias del Cuero, sus Manufacturas y Afines-ADICMA) en el proceso de despacho aduanero de las exportaciones.

Sin embargo, las Comunidades Europeas consideraban que esta medida argentina constituía una restricción a las exportaciones en violación del artículo XI del GATT. Se argumentó que los representantes de la ADICMA podían tratar de ejercer presión en los funcionarios de aduanas.

No obstante, en la diferencia Argentina Pieles y Cueros, el Grupo Especial analizó el supuesto efecto restrictivo como resultado de la presencia de representantes de la ADICMA en las operaciones de exportación y concluyó que no constituía una restricción a la importación a la luz del artículo XI del GATT que prohíbe las restricciones cuantitativas y otras medidas.

Sobre este tema, el Grupo Especial sostuvo que:

“si constatáramos que la Argentina infringe el párrafo 1 del artículo XI sobre la base de que un comportamiento intolerable e ilícito de sus funcionarios de aduanas tendría un efecto restrictivo del comercio estaríamos interpretando el artículo XI de forma muy amplia, lo que no se justifica si se tiene en cuenta el texto de ese artículo o la jurisprudencia del GATT/OMC que se ha desarrollado en relación con el mismo”<sup>270</sup>.

Podemos señalar que, de manera similar a lo que el TJUE señaló con relación al caso *Donckerwolcke v Procureur de la République*, desarrollado en el capítulo II, la propuesta de imposición de la sanción del 200% del valor FOB resulta desproporcional. En efecto, hay una irregularidad en el proceso o ciclo de importación que es sancionada con una multa desproporcionalmente alta, lo cual constituye, según el TJA y el TJUE, un daño al principio de libre circulación de mercancías.

Finalmente, debe señalarse que esta forma de evaluación y la prohibición de medidas potenciales que son restrictivas del comercio han sido justificadas por la Secretaría General, debido a los efectos positivos que conlleva su temprana identificación, antes que se transformen en medidas definitivas.

---

<sup>270</sup> OMC, Informe del Grupo Especial. Diferencia Argentina — Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados – WT/DS155/R. párrafo 11.31.

En efecto, en su Resolución N° 047, la Secretaría General sostuvo que es más sencillo remover una medida desproporcionada en su etapa preliminar o en trámite, ya que todavía no genera el efecto concreto del daño, el cual se generará en el futuro, que una medida que ya tiene el carácter de definitiva<sup>271</sup>.

Ahora, en tanto que se ha constatado que la propuesta de multa puede constituir una restricción contraria al principio de libre circulación de mercancías en la CAN, es claro que la transformación de esta propuesta de multa en una multa definitiva, una vez que se ha ordenado el pago de la multa con una resolución de aduana y una liquidación de cobranza de por medio, deviene también lógicamente en ilegal.

En ese sentido, es claro que una medida, con el efecto potencial o real de restringir el comercio, así como la que puede resultar de la manifestación de la voluntad de querer multar al importador de manera desproporcional, constituye una MEE que viola el principio de libre circulación de mercaderías en la CAN.

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que tanto las multas excesivas definitivas como las medidas en trámite o no definitivas que involucren medidas desproporcionales al objeto y finalidad perseguidos, dictadas en cumplimiento de un proceso de fiscalización por las autoridades aduaneras, pueden ser calificadas como restricción de todo orden a la luz de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

En síntesis, cabe resaltar que una restricción al comercio no se produce por el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionatoria de las administraciones aduaneras, sino que el problema surge cuando estas potestades se ejercen más allá de lo necesario y, por consiguiente, dichas autoridades deciden implementar sanciones desproporcionadas e injustificadas.

---

<sup>271</sup> Resolución N° 047 de la Secretaría General de la CAN. pág.7.

Finalmente, a propósito del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TJA, es pertinente hacer una precisión muy importante, a fin de evitar confusiones con respecto a las referencias realizadas a lo largo del trabajo.

Efectivamente, tal como se indicó en el capítulo I de este trabajo, hay dos niveles de análisis en los cuales se utiliza el principio de proporcionalidad con respecto a una medida. El primer nivel de análisis corresponde al momento de la calificación de la medida como una restricción al comercio; en este nivel, tal como ocurrió en el caso SUDAMTEX, se utiliza el criterio de la proporcionalidad para llegar a calificar la medida. El segundo nivel de análisis implica el uso de la proporcionalidad en un momento posterior: para determinar si se procedió a realizar una correcta invocación de los supuestos de excepción al principio de libre circulación de mercancías,<sup>272</sup> y, por consiguiente, declarar la medida como justificada.

Con respecto a estos dos niveles de análisis señalados, ENCHELMAIER<sup>273</sup> argumenta que pueden tener lugar de manera consecutiva para el tratamiento de una MEE en el ámbito de la Unión Europea. Ciertamente, en un primer momento, el análisis de la proporcionalidad en la medida estará dirigido a calificar la misma medida como restrictiva y prohibida dentro del alcance del artículo 34 del TFUE. Tras verificar que la medida encaja en la categoría de restrictiva, posteriormente, corresponde analizar si dicha medida está justificada. Para realizar ese segundo nivel de análisis, debe verificarse si la medida puede ser cubierta por alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 36 del TFUE. Además, se analizará si dicha correspondencia entre la medida y la excepción se sustenta en criterios basados en la adecuación/utilidad, necesidad/indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida cuestionada. Este análisis se realiza para que esta medida alcance el resultado óptimo y se considere justificada.

---

<sup>272</sup> Las excepciones al principio de libre circulación de mercancías y su vinculación con la proporcionalidad fue desarrollado sucintamente en el capítulo I.

<sup>273</sup> ENCHELMAIER, S. Op.cit. pág. 157.

Cabe señalar que, como se señaló en el capítulo I, el TJA ha realizado este nivel de análisis sobre las medidas justificadas en el Proceso 03-AI-97. De manera similar, el TJA se ha pronunciado en los procesos N° 03-AI-96, 05-AN-97, 01-AN-97, y 118-AI-2003.

Por lo tanto, en la Comunidad Andina es evidente que es posible desarrollar este segundo nivel de análisis que apela a la proporcionalidad para justificar la medida, ¿Por qué no ocurrió esto en el caso SUDAMTEX donde el análisis de la proporcionalidad se quedó sólo en el nivel de la calificación de la medida?

La razón para optar por esta opción, y en este punto coincidimos con ENCHELMAIER<sup>274</sup> cuando se pronuncia sobre el caso europeo, es que en el ámbito comunitario andino resulta muy difícil que las multas puedan justificarse como medidas. Para lograr esta justificación, deberá demostrarse que son medidas que, de manera adecuada, indispensable y proporcional, suponen una protección a supuestos ya establecidos: a la moral o seguridad pública, a la protección de la vida y salud de los seres humanos, animales y plantas, entre otros, tal como lo dispone el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Esta demostración es ciertamente posible en determinados tipos de medidas, como por ejemplo, la obligación de presentar un certificado fitosanitario al momento de importar, el cual seguramente será justificado por razones de salud. Sin embargo, en el caso de las sanciones como las multas, estas medidas normalmente se dictan, conforme mencionamos en el capítulo II, para buscar alcanzar otros objetivos. Estos objetivos podrían ser, por ejemplo, la recaudación aduanera, la represión de la competencia desleal y la protección del orden económico, la salvaguarda de la propiedad intelectual y el tráfico de mercancías. No obstante, estos supuestos no aplican para acceder a la categoría de justificación de conformidad con el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. El único supuesto de una sanción que podría calificar sería si la misma es emitida para la protección de la salud de la población, la flora y la fauna; recién en este caso se puede aplicar el segundo nivel de análisis de utilidad, necesidad y proporcionalidad.

---

<sup>274</sup> Idem. pág. 162.

De esta manera, es claro que una medida, tal como una sanción, difícilmente podrá acceder a este segundo nivel de análisis sobre la proporcionalidad. En el caso SUDAMTEX en particular, por el tema que involucraba – una multa desproporcionada por falta de declaración de descripciones mínimas que llevó a considerar la existencia de contrabando de mercancías – no procede este análisis.

Una vez aclarado este punto, a lo largo del presente trabajo hemos podido observar que, a nivel de la Secretaría General y el TJA, el problema para las Aduanas radicará en verificar que el uso de sus facultades sancionatorias sea consistente con las disposiciones del Acuerdo de Cartagena. Entonces, para evitar casos por multas aduaneras donde se invoquen la existencia de MEE contrarias al Acuerdo de Cartagena, que no podrán ser justificadas por las razones antes explicadas, se sugiere revisar la proporcionalidad de las medidas sancionatorias en las respectivas legislaciones internas. Como se ha comprobado, actualmente dicho principio tiene un rol preponderante a nivel comunitario.

### **3.3. Mantener la proporcionalidad en las sanciones aduaneras**

Viendo que el problema radica en alcanzar la proporcionalidad de la medida sancionatoria, otras entidades y la doctrina han visto conveniente utilizar diversas metodologías para determinar cuándo una sanción administrativa es proporcional en otras áreas; estas metodologías se podrían utilizar para el campo sancionatorio aduanero.

Por ejemplo, LEÓN UNTIVEROS<sup>275</sup> propone que, para verificar que una sanción que va a ser fijada se encuentre revestida de proporcionalidad, se pueden usar métodos o fórmulas matemáticas. En este caso, se empezará con la determinación y uso de premisas; finalmente, se elegirá entre dos fórmulas de determinación de la sanción: la fórmula simple o la fórmula ampliada unívoca, las cuales permitirán determinar una sanción concreta para el infractor.

---

<sup>275</sup> LEÓN UNTIVEROS, M. El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa. *Ius et veritas* año 18( N° 38). págs. 308-310.

Otra institución que ha trabajado el tema de las “sanciones óptimas” es la Superintendencia del Medio Ambiente del Gobierno de Chile,<sup>276</sup> la cual determinó una base metodológica para la determinación de sanciones pecuniarias. En este enfoque, se consideró la importancia del daño o peligro ocasionado, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la intencionalidad, la conducta anterior del infractor y su capacidad económica, la cooperación eficaz, la aplicación de medidas correctivas, un auto denuncia o la obstaculización del procedimiento fiscalizador, entre otros. Toda esta metodología podría ser utilizada a fin de generar multas que sean proporcionales y, por lo tanto, aceptadas a pesar de su carácter restrictivo.

Cabe señalar que esta implementación de la proporcionalidad también ha mostrado avances a nivel legislativo nacional e internacional.

En el ámbito multilateral, podemos encontrar la invocación del uso del principio de proporcionalidad, de una manera muy similar a la que proponen la jurisprudencia del TJUE y el TJA. Efectivamente, la necesidad de asegurar un uso razonable de la facultad fiscalizadora y sancionatoria de la autoridad aduanera también se encuentra expresada en el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC – AFC.

El AFC,<sup>277</sup> en la medida que establece disposiciones para mejorar la transparencia y la previsibilidad del comercio transfronterizo para alcanzar una reducción de costos en las operaciones de comercio exterior, reconoce la importancia de tener un proceso sancionatorio uniforme que conlleve a brindar esa necesaria transparencia y predictibilidad.

---

<sup>276</sup>SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE. (Noviembre de 2015). Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones. Consultado el 05 de Enero de 2017. Págs. 17-29.  
<http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/618-sma-publica-bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones>.

<sup>277</sup> El Acuerdo de Facilitación al Comercio es un tratado que entró en vigor el 22 de febrero de 2017 tras su ratificación por dos tercios de los Miembros de la OMC. Según la OMC, este Acuerdo comprende las “disposiciones para agilizar el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito. Asimismo, en él se establecen medidas para la cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros, además de disposiciones sobre asistencia técnica y creación de capacidad en esta esfera”. Puede consultarse en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tradfa\\_s/tradfa\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm).

Para ello, la sección I del AFC cuenta con un conjunto de disposiciones referidas a las sanciones que pueden dictar las Aduanas de los Miembros de la OMC. Dicho bloque de normas, titulado “disciplinas en materia de sanciones” se encuentra en el párrafo 3 del artículo 6, el cual contempla las siguientes regulaciones:

“3.2 Cada Miembro se asegurará de que las sanciones por la infracción de una ley, reglamento o formalidad de aduana se impongan únicamente a la persona o personas responsables de la infracción con arreglo a sus leyes.

3.3 La sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida.

3.4 Cada Miembro se asegurará de mantener medidas para evitar:

(...)

b) La creación de un incentivo para la determinación o recaudación de una sanción que sea incompatible con lo dispuesto en el párrafo 3.3.”<sup>278</sup>

Una lectura en conjunto de estas normas permite afirmar que el AFC, en aras de buscar la eficiencia en el intercambio comercial entre los Miembros de la OMC,<sup>279</sup> ha considerado a las sanciones como medidas que, implementadas de manera abusiva y diferente en diversas administraciones aduaneras, pueden suponer una restricción al comercio.

Se observa, entonces, cómo, a fin de uniformizar esta actuación sancionatoria de las administraciones aduaneras para no restar competitividad a las importaciones y exportaciones entre los Miembros,<sup>280</sup> el AFC decide implementar la utilización de un criterio estándar para determinar la imposición de una sanción. Efectivamente, constatamos que el AFC considera que apelar a la observación de la proporcionalidad de dicha sanción con respecto al tipo y la gravedad es un criterio que ayudará a brindar mayor transparencia y predictibilidad al comercio exterior con respecto a los procesos aduaneros.

<sup>278</sup> Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tradfa\\_s/tradfa\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm)

<sup>279</sup> El AFC, conforme señala el preámbulo, desea “aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos V, VIII y X del GATT de 1994 con miras a agilizar aún más el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito”.

<sup>280</sup> En el ámbito de la OMC, nuevamente se reconoce, indirectamente, la potestad de las Aduanas para emitir sanciones.

Cabe mencionar que esta aplicación del principio de proporcionalidad como criterio se extiende a todas las sanciones impuestas por la administración aduanera de los Miembros. A diferencia de lo que se observará a continuación en la legislación peruana, esta propuesta en la OMC resulta más ambiciosa y completa.

Al respecto, cabe señalar que la implementación del principio de proporcionalidad en la actividad aduanera peruana es una situación que ya se está traduciendo en acciones concretas en la legislación aduanera.

Por ejemplo, apelando al tema de la proporcionalidad y la racionalidad de las sanciones, se ha modificado los tipos de sanciones. En este contexto, la suspensión de actividades del sancionado ha sido cambiada por una multa, para determinadas infracciones cometidas por los almacenes aduaneros, los despachadores de aduanas, las empresas del servicio postal y las empresas de entrega rápida.

Asimismo, antes podía castigarse con la suspensión del almacén el que su zona de despacho de mercancías no estuviese totalmente demarcada (quizás por tener el piso despintado, lo cual fue observado durante un control al almacén). También se sancionaba con suspensión del almacén porque el extintor de dicha zona de despacho se ubicaba en un espacio diferente del señalado en los planos del terminal. Para ambos casos, se citaba la causal de no mantenimiento o adecuación a las condiciones establecidas para operar (numeral 1 del antiguo literal a) del artículo 194).

Además, durante la suspensión de sus actividades por el tiempo establecido en la resolución de sanción, por un tema tan superfluo como la mala ubicación de un extintor, los almacenes aduaneros no podían recibir mercancías; sólo podían custodiar y despachar lo que se encontraba en los mismos. Esto obviamente les restaba competitividad y suponía pérdidas de dinero y oportunidades frente a otros terminales. Esta medida constituía una restricción al comercio por la desproporcionalidad de la sanción frente a la falta cometida.

Podemos observar que la Ley General de Aduanas del Perú (LGA) ha recogido el principio de proporcionalidad en su artículo 190, el cual señala que:

“Las sanciones aplicables a las infracciones del presente Decreto Legislativo son aquellas vigentes a la fecha en que se cometió la infracción o cuando no sea posible establecerla, las vigentes a la fecha en que la Administración Aduanera detectó la infracción.

Al aplicar las sanciones de suspensión, cancelación o inhabilitación se deben tener en cuenta los hechos y las circunstancias que se hubiesen presentado respecto a la comisión de la infracción, de tal manera que la sanción a imponerse sea proporcional al grado y a la gravedad de la infracción cometida.

El Reglamento establecerá los lineamientos generales para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo precedente.”<sup>281</sup>

Sin embargo, esta situación de implementar la proporcionalidad no es completa por dos temas: Para comenzar, se verifica que el criterio de proporcionalidad solo va dirigido a la suspensión, cancelación o inhabilitación como sanciones, dejando de lado por ejemplo a las multas como campo para su consideración.

Se puede especular que esta norma se redactó en estos términos porque, operativamente, resulta difícil el poder revisar cada medida y la proporcionalidad de la multa que buscará implementarse. Sin embargo, esto no es justificación suficiente para la omisión señalada, toda vez que la implementación y observancia de la proporcionalidad en las sanciones aduaneras es una obligación ya adquirida por el Perú en dos ámbitos: en el fuero de la OMC (más aún ahora que ratificó el AFC<sup>282</sup>) y en el de la CAN. En ambos ámbitos, una sanción desproporcionada atentará contra el principio de libre circulación de mercancías. Este principio es impulsado y defendido en ambos fueros a través de sus legislaciones y jurisprudencia.

---

<sup>281</sup> Los dos últimos párrafos del artículo 190 fueron incorporados a la Ley General de Aduanas a través del Decreto Legislativo N° 1235 de fecha 26 de setiembre de 2015. Puede consultarse en: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-03.htm>.

<sup>282</sup> El AFC fue ratificado mediante el Decreto Supremo N° 044-2016-RE del 06 de julio de 2016. Este decreto nuestro contiene el “Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”. Al respecto, el Perú notificó a la OMC, a través del documento WT/PCTF/N/PER/1, la inclusión de todas las disposiciones del AFC dentro de los compromisos de la categoría “A”-obligatorio desde la entrada en vigencia del AFC-, con excepción de los siguientes artículos: artículo 3: Resoluciones anticipadas; artículo 5.1: Notificaciones de controles o inspecciones reforzados; artículo 5.3: Procedimientos de prueba; artículo 6.3: Disciplinas en materia de sanciones; artículo 8: Cooperación entre los organismos que intervienen en la frontera; artículo 10.4: Ventanilla Única; y artículo 12: Cooperación aduanera, para los cuales a la fecha aún no determina su clasificación. Puede consultarse en [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=@symbol=%22WT/PCTF/N/PER/1%22&Language=English&Context=QuerySearch&btsType=&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=@symbol=%22WT/PCTF/N/PER/1%22&Language=English&Context=QuerySearch&btsType=&languageUIChanged=true#).

En el marco general del GATT, el Grupo Especial de la OMC en la diferencia Brasil – Neumáticos Recauchutados, aunque sin hacer referencia directa a la proporcionalidad de la sanción, concluyó que, para que la multa constituya una medida restrictiva a la importación a la luz del párrafo 1 del artículo XI, debería analizarse la naturaleza de la medida<sup>283</sup>. Este tema de la naturaleza lo hemos visto vinculado con el análisis desarrollado por el TJA, en el caso SUDAMTEX, sobre la proporcionalidad de la multa para efectos de calificarla como restricción.

Si se circunscribe el análisis de la proporcionalidad en las sanciones al ámbito del Acuerdo de Cartagena y al de las futuras obligaciones del AFC, se constata que en ninguno de dichos acuerdos se hace una distinción con relación a qué sanciones deben estar bajo el alcance de la proporcionalidad. En el primer caso, se habla de medidas que puedan restringir o lesionar el principio de libre circulación de mercancías; en el segundo caso, se aborda el tema de las sanciones en general, sin hacer excepciones sobre la base del tipo de sanción<sup>284</sup>.

La otra situación que requiere nuestra atención es la concerniente a los lineamientos generales a los que hace referencia el artículo 190 de la LGA. Efectivamente, el artículo 248 del Reglamento de la LGA, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 010.2009-EF y sus modificatorias, estipula que:

“A efectos de aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 190° de la Ley, se debe tener en cuenta los siguientes lineamientos generales:

- a) La gravedad del daño o perjuicio económico causado;
- b) La subsanación voluntaria de la conducta infractora; antes de la imputación de la infracción;
- c) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y,
- d) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

La administración aduanera regula la aplicación de los criterios antes señalados.”

Podemos observar que se han comenzado a recoger algunos lineamientos para ver la proporcionalidad de la sanción. El problema aquí radica en que, a la fecha, no se han

---

<sup>283</sup>OMC - Informe del Grupo Especial. Diferencia Brasil. Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados. Op cit. párrafo VII.372.

<sup>284</sup> Esta definición ha sido formulada en la cita número 278 del presente capítulo.

dictado las regulaciones a las que hace referencia el Reglamento, y de esta manera, operativamente, dicho análisis de proporcionalidad no puede aplicarse al momento de emitirse la sanción, o en la fiscalización previa, concurrente o posterior.

En ese sentido, a fin de evitar problemas futuros en ambos ámbitos, la aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación aduanera peruana deberá contemplar su extensión también a las multas y todo tipo de sanción que imponga la autoridad aduanera. Esto quizás lleve a implementar con mayor fuerza las propuestas y mecanismos para alcanzar las sanciones óptimas antes mencionadas para supuestos más complicados operativamente como es el caso de la multa.

Además, deberá emitirse en el corto plazo las normas operativas requeridas por el Reglamento de la LGA para la implementación de la proporcionalidad en las sanciones aduaneras. De esta manera, se puede evitar problemas con respecto a incumplimientos con el AFC de la OMC, o exponerse a procesos donde se ventile la desproporcionalidad de la medida sancionatoria en el ámbito de la CAN.

## CONCLUSIONES

- El Acuerdo de Cartagena no busca abrir las puertas para que se cuestione toda acción de fiscalización o control de las autoridades aduaneras de los Estados miembros de la CAN. La normativa andina reconoce el derecho de dichas autoridades para el desempeño de sus funciones de acuerdo con sus legislaciones nacionales. Sin embargo, tal derecho tiene un límite en el sentido que no puede ser ejercicio de manera que implique la imposición de una restricción al comercio en violación al principio de libre circulación de mercancías, desarrollado y protegido en dicho Acuerdo.
- Las sanciones aduaneras, tales como las multas o las propuestas de multas, emitidas por las autoridades aduaneras de los Países Miembros de la CAN pueden tener un efecto restrictivo del comercio. Es en este contexto que tales sanciones pueden constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas contraria al principio de libre circulación de mercancías del Acuerdo de Cartagena. La normativa europea, como fuente de inspiración en la CAN, y la jurisprudencia del TJUE, desarrollada en el célebre caso Dassonville, sirven de sustento para este análisis.
- La calificación de la sanción aduanera o la propuesta de sanción como medida restrictiva al comercio requiere de un análisis de la proporcionalidad de las mismas: si se verifica la proporcionalidad entre el objetivo que busca alcanzar la norma aduanera que fija la sanción y la sanción impuesta, la medida no será contraria al Acuerdo de Cartagena; por el contrario, si es desproporcional esta relación objetivo de la norma / sanción, constituirá una medida incompatible con dicho Acuerdo.
- Salvo en los casos de sanciones por infracciones a normas vinculadas con la protección de la salud de las personas, los animales y las plantas, será muy difícil poder justificar una sanción aduanera al amparo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena que permite las excepciones al principio de libre circulación de mercancías.

- La proporcionalidad como un criterio para calificar una medida nacional adoptada por los Países Miembros de la CAN como una restricción al comercio es clave en la Comunidad Andina y la Unión Europea. Esta visión es compartida con el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC el cual incorpora este criterio en sus normas referidas a las sanciones. La jurisprudencia de la OMC también se inclina a opinar que las multas pueden resultar contrarias al artículo XI del GATT. Así, puede observarse que, a nivel regional y de la OMC, las multas desproporcionadas implican un incumplimiento de las obligaciones asumidas por los países miembros.
- El Perú ha recogido el principio de proporcionalidad también en su legislación aduanera interna, e incluso poco a poco ha ido modificando su esquema de sanciones para hacerlo más flexible. En este sentido, se ha reemplazado la sanción de suspensión por una multa en el caso de algunas faltas. Se ha considerado que puede producirse una desproporcionalidad entre el objetivo que se busca alcanzar con ciertas normas aduaneras, por un lado, y la sanción que correspondía a la vulneración de dichas normas, por otro lado.
- Sin embargo, en el caso del Perú, a nivel de normativo, se observan todavía dos problemas con respecto a la incorporación de la proporcionalidad en el caso de las sanciones. El primer problema se encuentra en que en lugar de extenderla a todas las sanciones, como manda la normativa OMC y la jurisprudencia de la CAN, las normas peruanas solo la utiliza para tres supuestos – suspensión, cancelación e inhabilitación, – y dejan de lado, por ejemplo, las multas. El otro problema radica en que, actualmente, las autoridades aduaneras no pueden aplicar este o principio, en tanto que los procedimientos que regularían su aplicación, requeridos en la Ley General de Aduanas y su respectivo Reglamento, no existen a la fecha.
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina coincide con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la consideración de las multas como medidas restrictivas del comercio en violación del principio de libre circulación de mercancías. Aunque la ley peruana guarde silencio con

respecto a la proporcionalidad en el caso de las multas, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia y normativa internacional de la CAN y la OMC, es importante que el Perú, para evitar exponerse al inicio de procesos en ambos foros por la imposición de sanciones desproporcionadas, amplíe la aplicación del principio de proporcionalidad a todas sus sanciones. Asimismo, es conveniente que se establezcan los procedimientos necesarios para que dicho principio opere en los procesos aduaneros sancionatorios y fiscalizadores.



## BIBLIOGRAFÍA

- ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-EE.UU. Washington, 12 de Abril de 2006. Consultado el 20 de Marzo de 2017. [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Acceso\\_a\\_Mercados.pdf](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Acceso_a_Mercados.pdf).
- ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-UNIÓN EUROPEA. Bruselas, 26 de Junio de 2012. Consultado el 20 de Marzo de 2017. [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union\\_europea/espanol\\_2012\\_06/03\\_comercio\\_de\\_mercancias.pdf](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union_europea/espanol_2012_06/03_comercio_de_mercancias.pdf).
- ADUANA NACIONAL DE BOLIVIA. *Página de internet de la Aduana Nacional de Bolivia*. Consulta: el 03 de Febrero de 2017. <http://www.aduana.gob.bo/aduana7/Institucion02>.
- ASEAN ATIGA - ASEAN Trade in Goods Agreement. Cha-am, Thailand , 26 de Febrero de 2009. Obtenido de: *Invest in ASEAN - The Official investment promotion website of the Association of Southeast Asian Nations*. Consulta: 20 de Marzo de 2017. <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2002%20-%20ATIGA.pdf>.
- BARNARD, C. (2010). *The substantive law of the EU: the four freedoms* (Tercera ed.). Oxford ; New York : Oxford University Press.
- BLANKE, H.-J. (Diciembre de 2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Alean, Europeo y Latinoamericano. (C. d. Administrativo, Ed.) *Revista de Derecho Administrativo N° 9*, pág. 343-351.
- BLOSSIERS HUME, J. (2004). *Criminalidad Aduanera*. Lima: EDIMARFF EIRL.
- BRACCO, M. (2002). *Derecho Administrativo Aduanero*. Argentina: Ciudad de Argentina.
- CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA, J. (2012). *Derecho del Comercio Internacional* (Primera ed.). Madrid: Editorial Colex S.A.
- CASTRO BERNIERI, J. (2003). El comercio intracomunitario y el mercado común andino. En A.-R. BREWER-CARIAS, *Derecho Comunitario Andino* (Primera ed., pág. 484). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., & MONTI, G. (2010). *European Union law : cases and materials* (Segunda ed.). Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- COMUNIDAD ANDINA.
- Decisión 379: Declaración Andina del Valor - (DAV). Consultado el 02 de Febrero de 2017. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace183.pdf>.

Decisión 477: Sustitución de la Decisión 327 - Tránsito Aduanero Internacional. Consultado el 02 de Febrero de 2017.

<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC477.doc>

Decisión 562 de la CAN - Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario. Consultado el 04 de abril de 2017.

<http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/decisiones/DEC562S.asp>

Decisión 571 – Valor en Aduana de las mercancías importadas. Consultado el 02 de Febrero de 2017.

<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1023.pdf>

Decisión 574: Régimen Andino sobre Control Aduanero. Consultado el 02 de Febrero de 2017.

<http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/decisiones/DEC574s.asp>

Decisión 671: Armonización de los Regímenes Aduaneros. Consultado el 02 de Febrero de 2017.

<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC671.doc>

Decisión 778: Sustitución de la Decisión 574 – Régimen Andino sobre Control Aduanero. Consultado el 02 de Febrero de 2017.

[intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC778.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC778.doc)

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Protocolo de Trujillo - Protocolo Modificadorio Del Acuerdo De Integracion Subregional Andino (Acuerdo De Cartagena). Consultado el 1 de Marzo de 2017.  
<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. ACUERDO DE CARTAGENA - ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL ANDINO. Consultado el 26 de Noviembre de 2016.  
<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>.

CORNEJO ALPACA, A. (2008). *Derecho Penal Aduanero Delitos aduaneros e infracciones administrativas conexas*. Lima: Cotaval EIRL.

COTTIER, T., & OESCH, M. (2005). *International Trade Regulation - Law and Policy in the WTO, The European Union and Switzerland*. London/Bern: Cameron May/Stampfli Publishers.

DIAN. *Página de internet de la DIAN*. Consulta: 03 de Febrero de 2017.  
<http://www.dian.gov.co/DIAN/12SobreD.nsf/pages/Laentidad?OpenDocument>

ECHEVARRIA FIGUEROA, M., & BONILLA ROBLES, A. (Setiembre de 2012). El control aduanero mediante el procedimiento de fiscalización de viajeros utilizando medios electrónicos. (INDESTA- SUNAT, Ed.) *La facultad de fiscalización de la SUNAT*, 73-81.

- ENCHELMAIER, S. (2010). Measures of Equivalent Effect II: Specific Measures. En P. J. Oliver, *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union* (Quinta ed.). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- FERNANDEZ EGEA, R. (2008). *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*. Madrid: Marcial Pons.
- GALLARDO MIRAVAL, J. (2006). *Los delitos aduaneros: fundamentos de comercio internacional*. Lima: Editorial Rodhas.
- GARCÍA-PEREZ, R. (2001). La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Repositorio Universidad de Coruña*. Consultado el 6 de Diciembre de 2016. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2128/AD-5-41.pdf?sequence=1>.
- GORMLEY, L. (2009). *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union* (Primera ed.). New York: Oxford University Press.
- GORMLEY, L. (2011). Free Movement of Goods and Their Use - What Is the Use of It? *Fordham international Law Journal*, 33(6), 1589-1628.
- HUAMAN SIALER, M. (2014). El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional. (INDESTA - SUNAT, Ed.) *Revista Lecciones Aduaneras N° 1*, 43-73.
- JACKSON, J. (1997). *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. Cambridge: MIT Press.
- JORGE COVIELLO, P. (2011). El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo. *Derecho Pucp N° 67*, pág 139-153.
- LEÓN UNTIVEROS, M. (2009). El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa. *Ius et veritas, año 18 (N° 38)*, 296-310.
- MATSUSHITA, M., MAVROIDIS, P., & SCHÖNBAUM, T. (2006). *The World Trade Organization* (Segunda ed.). Oxford: Oxford University Press.
- MERCOSUR. Tratado Para La Constitución De Un Mercado Común Entre La Republica Argentina, La Republica Federativa Del Brasil, La Republica Del Paraguay Y La Republica Oriental Del Uruguay, Asunción, 26 de Marzo de 1991. Consultado el 20 de Marzo de 2017. [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC\\_1991\\_TRATADO\\_ES\\_Asuncion.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf).
- MUÑOZ FOGLIA, M. (2011). Potestad Sancionatoria. (RAAM, Ed.) *Boletín Foro Fiscal Iberoamericano*, 4-13.

NAFTA. North American Free Trade Agreement, 1994. Obtenido de: *Sistema de información sobre Comercio Exterior de la OEA*. Consultado el 20 de Marzo de 2017. En: [http://www.sice.oas.org/Trade/nafta\\_s/CAP01.asp#A102](http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP01.asp#A102).

NEYRA LOPEZ, D., & ARCE GIL, J. (2012). *El control aduanero como sustento de la facilitación del comercio exterior*. (IATA - SUNAT, Ed.) Lima, Perú: BENEX SCRL.

#### ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO.

*LA OMC ... SU IMPORTANCIA. UNA GUÍA PARA FUNCIONARIOS Y LEGISLADORES, PARA LA SOCIEDAD CIVIL Y PARA TODOS AQUELLOS QUE SE INTERESEN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y EN LA GOBERNANZA MUNDIAL - Folleto de información para la Cuarta Conferencia Ministerial*. Consultado el 15 de Abril de 2017. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/wto\\_matters\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/wto_matters_s.pdf).

ACUERDO DE MARRAKECH POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - ACUERDO DE LA RONDA URUGUAY. Consultado el 11 de Abril de 2017. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/04-wto\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm).

ACUERDO DE FACILITACIÓN AL COMERCIO DE LA OMC. Consultado el 11 de Abril de 2017. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/L/940.pdf>

ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO DE LA OMC. Consultado el 15 de abril de 2017 en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf).

ACUERDO SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC. Consultado el 15 de abril de 2017 en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/15-sps.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/15-sps.pdf).

OYARSE CRUZ, J. (12 de Abril de 2010). *El control aduanero de las mercancías*. Consultado el 29 de Marzo de 2017. <http://magoyarse.blogspot.pe/2010/04/el-control-aduanero-de-las-mercancias.html>.

OYARSE CRUZ, J. (03 de Agosto de 2016). *Fiscalización Aduanera*. Consultado el 14 de Enero de 2017. <http://www.parthenon.pe/columnistas/javier-oyarse-cruz/fiscalizacion-aduanera/>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Real Academia Española*. 2014. Obtenido de *Diccionario de la lengua española*. Consulta: 1 de diciembre de 2016. <http://www.rae.es>.

RESICO, M. (16 de Diciembre de 2010). *INTRODUCCIÓN A LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. KONRAD-ADENAUER STIFTUNG*. Consultado el 26 de Noviembre de 2016. <http://www.kas.de/argentinien/es/publications/21532/>

- REYES TAGLE, Y. (2012). Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go? *SECO/ WTI Academic Cooperation Project*. Consultado el 19 de Setiembre de 2016. En: <http://seco.wti.org/publications/937/free-movement-of-goods-in-the-andean-community-how-far-can-dassonville-go/>.
- REYES TAGLE, Y. (2013). The Free Movement of Goods in MERCOSUR: Developing a European Court of Justice Approach in MERCOSUR? *SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series*. Consultado el 28 de Enero de 2017. En: <http://seco.wti.org/publications/920/the-free-movement-of-goods-in-mercosur-developing-a-european-court-of-justice-approach-in-mercosur/>.
- SANDOVAL AGUILAR, L. (2014). El rol de la administración aduanera: desde la colonia al bicentenario de la independencia. (INDESTA-SUNAT, Ed.) *Revista Lecciones Aduaneras, N° 1*, 99-107.
- SENAE. *Página de internet del SENAE*. Consulta: 03 de Febrero de 2017. <https://www.aduana.gob.ec/ace/intro.action>.
- SHERMAN, P., & GLASHOFF, H. (1980). *Customs Valuation, Commentary on the GATT Customs Valuation Code*. ICC Publishing Co.
- SUNAT.
- ¿Quiénes somos? Página de internet de la SUNAT*. Consulta: 03 de Febrero de 2017. <http://www.sunat.gob.pe/institucional/quienessomos/index.html>.
- LEY GENERAL DE ADUANAS DEL PERÚ Y PROCEDIMIENTOS DIVERSOS. Consulta Mayo 2017. <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-03.htm>.
- SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE. (Noviembre de 2015). Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones. Consultado el 05 de Enero de 2017. En <http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/618-sma-publica-bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones>.
- VARGAS ACUACHE, C. (2014). La duda razonable en Aduanas y los límites a su ejercicio *¿Cómo y cuándo aplicarla? Derecho y Sociedad N° 43*, pág 309-323.
- WEATHERILL, S. (Abril de 2006). Free Movement of Goods. (C. U. Press, Ed.) *The International and Comparative Law Quarterly, N° 55(2)*, 457-467. Consultado el 15 de Octubre de 2016, de <http://www.jstor.org/stable/3663174>.
- WEATHERILL, S. (Abril de 2012). Free Movement of Goods. *The International and Comparative Law Quarterly, N° 61*, pág 541-550. Consultado el 10 de Octubre de 2016, de <http://journals.cambridge.org>.

## **CASOS:**

### **OMC:**

- Informe del Grupo Especial, Diferencia Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD 34S/157.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia Japón – Comercio de Semiconductores, L/6309-35S/130.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones – WT/DS31/R.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. WT/DS58/R.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia India – Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales. WT/DS90/R.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia India - Medidas que afectan al sector del automóvil. WT/DS146/R y WT/DS175/R.
- Informe del Grupo Especial. Diferencia Argentina — Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados – WT/DS155/R.
- Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos - WT/DS302/R.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia Brasil-Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados – WT/DS332/R.
- Informe del Grupo Especial, Diferencia Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. WT/DS366/R.

### **UNION EUROPEA**

- Asunto N° 8/74, Fiscalía Pública vs Benoit y Gustave Dassonville [1974].
- Asunto 41/76 Donckerwolcke v Procureur de la République [1976].
- Asunto 52/77 Cayrol v Rivoira [1977].
- Asunto 179/78 Procureur de la République v. Rivoira [1979].
- Asunto 249/81 Commission v. Ireland (Campaña “Compra producto irlandés”) [1982].
- Asunto 21/84 Commission v. France (Aparatos para franqueo postal) [1985].
- Asunto 45/87 Commission v. Ireland (Agua Dundalk) [1988].
- Asunto C-276/91 Commission v. France (VAT) [1993].
- Asuntos conjuntos C-267/91 y C-268/91 Keck and Mithouard [1993].
- Asunto C-184/96 Commission v. France (foie gras) [1998].

## COMUNIDAD ANDINA

### Resoluciones de la Secretaria General de la Comunidad Andina

- Resolución N° 019 - Calificación de las medidas impuestas por el gobierno de Colombia a las importaciones procedentes de Venezuela, como restricción al comercio, a los efectos del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.
- Resolución N° 047 - Recurso de reconsideración presentado por el gobierno de Colombia contra la Resolución 019 de la Secretaria General de la Comunidad Andina.
- Resolución N° 201 - Calificación de restricción al comercio la medida adoptada por Ecuador para la importación de explosivos y especies afines en Ecuador.
- Resolución N° 244 - Calificación como restricción al comercio la imposición de precios mínimos a las importaciones por parte de Colombia para la importación de calzado originario del Ecuador.
- Resolución N° 229 - Calificación de restricción al comercio la medida adoptada por el gobierno de Venezuela para la importación de leche pasteurizada en ese país.
- Resolución N° 258 - Calificación de restricción al comercio la medida consistente en la limitación de las importaciones de arroz blanco y paddy originario de Ecuador, adoptada por Colombia.
- Resolución N° 407 - Calificación de la adopción del registro único de importadores, por parte de Venezuela, para las importaciones de productos de origen animal, vegetal e insumos agropecuarios originarios de la subregión, como restricción al comercio.
- Resolución N° 449 - Calificación de la medida adoptada por el gobierno de Perú para las importaciones de frazadas como restricción al comercio.
- Resolución N° 634 - Calificación de restricción de las medidas que obstaculizan el comercio intrasubregional de arroz aplicadas por el gobierno de Colombia.
- Resolución N° 966 - Calificación de la aplicación por parte de la República del Ecuador de un régimen de licencias previas a las importaciones de máquinas electrónicas tragamonedas clasificadas en la subpartida arancelaria nandina 9504.30.10, originarias de los países miembros, como restricción para efectos del programa de liberación.
- Resolución N° 967 - Calificación de la aplicación por parte de la República de Bolivia de un régimen de licencias previas y un contingente como restricción, y al pago de un gravamen arancelario más un derecho arancelario variable adicional a las importaciones de azúcar clasificadas en las subpartidas arancelarias nandina 1701.11.90 y 1701.99.00, originarias de los países miembros, como gravamen para efectos del programa de liberación.
- Resolución N° 1289 - Calificación de la exigencia de un requisito técnico a las pilas y baterías de zinc-carbón provenientes de los países miembros de la comunidad andina, por parte de la república del Perú, como “restricción” a los efectos del programa de liberación del Acuerdo de Cartagena.
- Resolución N° 1695 - Calificación como restricción al comercio de las medidas aplicadas por el gobierno de Ecuador mediante la resolución 116 del COMEX.

## Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- Proceso N° 03-AI-96. Restricciones a las importaciones de café tostado procedente de Colombia.
- Proceso N° 01-AN-97. Acción de nulidad contra las Resoluciones 397, 398 y 438 así como contra el Dictamen de Incumplimiento N° 11-96, expedidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena y referentes a la prohibición de importación de café.
- Proceso N°03-AI-97. Acción de incumplimiento interpuesta por la SGCA contra la República de Colombia en la cual se alega tratamiento discriminatorio por parte de los departamentos de dicho país contra los alcoholes y licores originarios de los PM, incumpliendo la obligación de trato nacional establecida en el art.74 del AC.
- Proceso N° 05-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela contra la Resolución N° 430 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el dictamen motivado N° 15-96.
- Proceso N° 02-AN-98. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 019 del 29 de octubre de 1997 y 047 del 23 de enero de 1998 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Proceso N°118-AI-2003. Aplicación de restricciones al comercio intrasubregional del arroz.
- Proceso N° 14-IP-2008. Interpretación prejudicial del artículo 72° del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 73°, 74°, 75°, 76°, 77° y 81° de la misma normativa; así como, los artículos 2°, 7°, 8°, 12°, 14° y 15° de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina.