

DR. ANTONIO PAZMIÑO YCAZA
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

**“LOS TRATADOS DE LIBRE
COMERCIO Y LAS
MEDIDAS DE SALVAGUARDIA”**

2008

**LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LAS MEDIDAS
DE SALVAGUARDIA**

Derechos de Autor No: 029153: 10-jul-2008

ISBN No.: 978-9978-86-774-7: 15-jul-2008

Edición: Primera

Tiraje: 600 ejemplares

Impresión

Corporación de Estudios y Publicaciones

NOTA DE LA COORDINADORA

La Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, cumpliendo su objetivo de fomentar la publicación de obras inéditas y de excelencia académica, escritas por sus docentes y egresados, presenta en esta oportunidad la obra del Dr. Antonio Pazmiño Ycaza, quien cumple las dos cualidades, y además fue Director de la Especialidad en Propiedad Intelectual que se imparte en la Facultad.

La obra refleja los conocimientos que el autor ha adquirido a lo largo de su nutrida experiencia profesional, en campos no muy comunes en el ejercicio profesional, como son el Derecho de Integración y el Derecho de Propiedad Intelectual; y en ello precisamente estriba lo importante de la obra pues de una forma muy clara y concreta nos introduce en su primera parte, con los Tratados Internacionales con los cuales nuestro país tiene relación como la Comunidad Andina, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Mercado Común Sur (MERCOSUR), Unión Europea, Organización Mundial de Comercio, y del Área de Libre Comercio de las Américas; y en una segunda parte, con las prácticas restrictivas al Comercio Internacional a través del estudio de las medidas de salvaguardia.

La obra se encuentra redactada de forma pedagógica, pues al final de cada capítulo el autor reflexiona sobre su contenido y nos entrega sus conclusiones.

El autor señala que este es su primer intento, discrepo con él, y señalo que la obra que se presenta en esta oportunidad, constituye, sin lugar a dudas, un gran aporte para los estudiosos del Derecho y aquellos a los que se encuentren relacionados con el Mercado Internacional, que en primer momento no se atreven a incursionar en estas áreas por tener la legislación de forma dispersa.

**AB. CORINA NAVARRETE LUQUE
DIRECTOR BIBLIOTECA DE AUTORES
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

A mi padre, extraordinario en la formación e inmejorable ejemplo de moralidad y ética, respecto del correcto uso de los fondos públicos y privados.

A mi madre, insuperable como tal, e inagotable fuente de amor.

A María Paula, mi esposa, compañera de inigualables valores y el mejor regalo que Dios me pudo dar, la mujer que amo y con quien quiero compartir y disfrutar el resto de mi vida.

A Rafaella y Christian, indiscutible prueba de que Dios existe.

INTRODUCCIÓN

Definitivamente, el doctor Edmundo Durán Díaz, prestigioso jurista y gran maestro, tenía razón al decir que no es que uno se inclina por un área del Derecho por vocación directa, sino que, la inclinación en el ejercicio profesional, nace como consecuencia de lo que la vida nos pone en el camino. En efecto, mi inclinación por el Derecho de Integración y el Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial, se generó por experiencias de tipo profesional, las cuales me hicieron volcar a estas dos apasionantes ramas del Derecho.

Y, respecto de dicha inclinación, existen tres personas responsables, a quienes les guardo especial afecto y respeto como son: Juan Falconi Puig, Roberto Illingworth Cabanilla y Carlos Palacios Maldonado.

Con Juan Falconi Puig tuve mis primeros comienzos en el Derecho de Integración cuando colaboré con él en el Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca ¹ y, desde esa óptica, -esto es, desde el sector público, función en la cual nuestra responsabilidad fue para con nuestro cliente (metafóricamente hablando), el Estado-, aprendí cómo debe ser el manejo de la cosa pública, con seriedad, profesionalismo y honradez, pensando siempre en lo mejor para mi país.

Con Roberto Illingworth Cabanilla, pude apreciar el Derecho de Integración desde un ángulo diferente, esto es, desde el punto de vista académico, al haberme nombrado en 1995 como su Ayudante de Cátedra, hoy ya soy profesor. Ahí, la responsabilidad era diferente, consistía en educar a jóvenes aspirantes a abogados. Y, sin modestia, puedo decir que motivé a muchos estudiantes a inclinarse por esta apasionante rama del Derecho, la cual, dicho sea de paso, por disposición expresa del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores contenida en la Decisión 558, se ha dispuesto su incorporación como materia en el diseño curricular de la Educación Media.

Con Carlos Palacios Maldonado, me involucré ya en el ejercicio profesional directo, defendiendo con pasión, seriedad y ética profesional a mis clientes, por temas vinculados al comercio exterior, aprendiendo de él sabias enseñanzas.

Fueron pues, ellos, los responsables de mi formación en la rama del Derecho de la Integración y espero, por supuesto, no defraudarlos.

¹ Hoy Ministerio de Industrias y Competitividad.

Sobre los Tratados Comerciales se puede escribir mucho y en este primer intento por poner a disposición de la colectividad, una obra que hable del tema, he querido hacer un breve estudio sobre los Tratados que involucran al Ecuador por pertenecer directamente al mismo (CAN, ALADI); o, sea por tener una relación directa en lo comercial, como lo es con la Unión Europea.

A esta fecha se cayó el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que me hubiera gustado comentar en este trabajo. Quedará, pues, para una segunda edición de esta obra, su estudio. Así como quedará para un posterior esfuerzo académico el estudio de todos los Bloques de Comercio como por ejemplo: Asia Pacific Economic Co-operation (APEC); Asia Pacific Region (WCO); Association of South East Asian Nations (ASEAN); Caribbean Community (CARICOM); Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA); Eastern and Southern African Region (WCO); North American Free Trade Association (NAFTA); Oceania Customs Organisation; Southern African Development Community (SADC), entre otros.

El trabajo que constituye en lo particular mi tesis, es todo lo referente a las “Prácticas Restrictivas al Comercio” en lo concerniente a las “Medidas de Salvaguardia”, tema que merece un especialísimo estudio por parte de todos los involucrados, tales como Cámaras de la Producción, empresarios, Ministerio de Comercio Exterior, etc. Y, digo, un especial estudio, por cuanto en un mundo globalizado como el actual, es imprescindible tener un amplio conocimiento de las barreras comerciales existentes (arancelarias y/o para arancelarias) y, además, porque es una muy buena herramienta para el desarrollo de un comercio administrado.

Pongo, entonces, a disposición de la sociedad este trabajo a efectos de que sea estudiado y, principalmente criticado, con el objeto de contribuir, de alguna forma, al fomento de esta rama del Derecho, así como, para poner a disposición de los involucrados en el tema, una herramienta de estudio, que ha nacido de un arduo proceso de investigación y de lectura.

El autor.

Prólogo

Como podemos leer en la introducción a su tesis doctoral que Antonio Pazmiño Ycaza nos entrega en este volumen –con la cual obtuvo en julio de 2006 el grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Guayaquil (Ecuador), y que se hizo acreedora a la máxima calificación de diez puntos *cum laude*–, este brillante jurista nos adelanta que su inclinación tanto por el Derecho de Integración como por el Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial se generó por experiencias de tipo profesional, las cuales lo hicieron volcar a estas dos apasionantes ramas del Derecho.

Su vocación por el Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial es un aspecto que tuve oportunidad de conocer personalmente en octubre de 2005 cuando, invitada por Pazmiño Ycaza, fui a impartir clase en la Especialización en la materia que él promovió y dirigió en la mencionada universidad y que, seguramente, pronto será una Maestría. De su inclinación por el derecho de integración es prueba acabada su tesis doctoral que me honra prologar.

En su trabajo, Pazmiño Ycaza se adentra en un aspecto del derecho de la integración poco transitado: las medidas de salvaguardia, luego de ofrecernos un panorama completo y documentado de las principales tratados de integración, de muy diferente niveles, desarrollados en el continente americano y en Europa: la Comunidad Andina, la ALADI, el MERCOSUR, la Unión Europea, y el ALCA, así como de la Organización Mundial de Comercio (OMC), quedando, tal y como anuncia el autor, “para un posterior esfuerzo académico el estudio de otros Bloques de Comercio como por ejemplo: Asia Pacific Economic Co-operation (APEC); Asia Pacific Region (WCO); Association of South East Asian Nations (ASEAN); Caribbean Community (CARICOM); Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA); Eastern and Southern African Region (WCO); North American Free Trade Association (NAFTA); Oceania Customs Organisation; Southern African Development Community (SADC), entre otros.”

Sus palabras son un prometedor compromiso que establece consigo mismo de seguir ahondando en los movimientos de integración que se desarrollan en diferentes áreas geográficas.

El estudio sistemático y riguroso realizado por Pazmiño Ycaza contiene un cuidadoso compendio informativo en el cual, con gran claridad expositiva y apoyándolo permanentemente en los documentos de los cuales emana –así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunitaria Andina y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– ilustra al lector de distintos niveles de

formación en la materia. De modo que esta obra será, sin dudas, de gran utilidad tanto para el profesional, como para el estudiante y el público en general curioso por adentrarse en los temas que aborda.

El Derecho de la Integración es un tema de vigencia e importancia permanente, y cada vez mayor, en el mundo contemporáneo. La acertada selección de los documentos que realiza el autor permite la comprensión de este fenómeno sustantivo para las economías regionales que se desarrolla en un escenario actual en permanente cambio. Al recorrido del articulado de las diferentes fuentes –originarias y derivadas– se suman las valiosas conclusiones que se agregan al final de cada capítulo, en las cuales, como en todos los comentarios que el autor nos ofrece, están impresas la impronta de su personalidad y su experiencia profesional. Estas connotaciones, juntos con sus firmes convicciones, caracterizan y distinguen a la obra de Pazmiño Ycaza, en cuya segunda parte nos entrega un detallado estudio de las medidas de salvaguardia con una claridad expositiva poco frecuente, desde el concepto mismo de medidas de salvaguardia que expresa en los siguientes términos:

“...Medida de tipo *legal*, de carácter transitorio, que administrando el comercio exterior, tiene como fin, regularizar la importación de productos, cuya presencia *está o puede estar amenazando causar un daño* a una rama de la producción; *o cuando, motivos de orden macroeconómico, cambiarios o importaciones simuladas, hacen necesaria su aplicación.* La indicada medida podrá consistir en un recargo arancelario o en la fijación de cupos y deberá respetar la corriente de comercio...”

Esta definición, como el mismo autor señala, toma en cuenta algunas características de la medida en cuestión y, en especial, siendo quizás la principal, que es de tipo *legal*, pues de lo contrario, se estaría hablando de lo que en doctrina de comercio exterior se llama *Voluntary Export Restraints (VERs)*, esto es, restricciones al comercio exterior, que son tomadas sin fundamento causal ni legal alguno.

A continuación, Pazmiño Ycaza desmenuza el sentido, alcance y condiciones para la procedencia de las medidas de salvaguardia en los distintos espacios integrados que aborda: sus diversas clases, su legitimación y requisitos de aplicabilidad, la necesidad de que “se haya verificado un real y significativo incremento de las importaciones del producto cuya protección se quiere obtener en virtud de la medida de salvaguardia”, la existencia de un daño real y ya existente, o bien, la amenaza de un daño cuando ésta es seria e inminente y no sólo una posibilidad; que las medidas no sean discriminatorias, su transitoriedad y temporalidad, las exclusiones para la aplicación de las mismas, que no afecten “las corrientes del comercio”, su forma de aplicación, y la legitimación activa para solicitarlas dentro del país donde se desea que sean aplicadas.

Para finalizar, Pazmiño Ycaza vuelve sobre una de las preocupaciones que campean a lo largo de su obra: la prevalencia (o primacía) del derecho comunitario (tanto originario como derivado) dentro de las legislaciones nacionales –y, en particular de su país, la República del Ecuador– su carácter de derecho supranacional (y no nacional o internacional) en tanto emana de los órganos creados por el Tratado marco, así como de la aplicabilidad directa de las normas comunitarias en los países miembros desde su entrada en vigor, es decir, luego de ser publicadas en el órgano oficial comunitario, y las razones por las cuales el respeto de estos dos principios básicos es indispensable para el funcionamiento y desarrollo pleno de las relaciones jurídicas en el espacio integrado: por un lado, la necesidad de que normas del derecho interno contrarias al derecho comunitario no obstaculicen la aplicación de éste y, por el otro, que su interpretación y efectos sean uniformes en todos los Estados Miembros y durante todo el tiempo en que las normas comunitarias resulten aplicables, ya sea que se trate de Estados o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario (como estableció el TJCE, en el caso *Simmenthal*, 1978) concepto recogido y precisado, como nos ilustra Pazmiño Ycaza, por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)”.

Sólo me resta celebrar la presencia de esta obra en la cual su autor, un fervoroso defensor del sistema de la integración económica, ha volcado su dominio del tema, producto de una valiosa experiencia personal que le permite expresar sus convicciones e ir más allá de un pormenorizado estudio de las instituciones.

Buenos Aires, abril de 2008

Delia Lipszyc

Profesora consulta de Derecho Internacional Privado y titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

TÍTULO I

BREVE ESTUDIO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO 1

CAPÍTULO I	LA COMUNIDAD ANDINA	1
1.-	Generalidades	1
2.-	El Trato a la Nación Menos Favorecida y El Trato a la Nación Más Favorecida	4
2.1.-	Del Trato a la Nación menos Favorecida	4
2.2.-	Del Trato a la Nación Más Favorecida	10
3.-	El ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina	12
3.1.-	Diferentes tipos de normas	12
3.2.-	El Principio de Aplicabilidad Directa	13
3.3.-	Norma Supranacional	16
4.-	Fuentes Del Derecho Comunitario	20
4.1.-	Derecho Originario o Fuente Primaria	20
4.2.-	Derecho Derivado o Fuente Secundaria	21
4.3.-	Derecho Internacional	21
4.4.-	Fuentes no Firmes o Fuentes de Inspiración	21
5.-	Los Órganos del Sistema Andino de Integración	22
5.1.-	Del Consejo Presidencial Andino	23
5.2.-	Del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores	25
5.3.-	De la Comisión de la Comunidad Andina	25
5.4.-	De la Secretaría General y de los Directores Generales	30
5.4.1.-	De la Secretaría General	30
5.4.2.-	De los Directores Generales	38
5.5.-	Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	40
5.5.1.-	De la Acción de Nulidad	41
5.5.2.-	De la Acción de Incumplimiento	43
5.5.2.1.-	En tratándose de la Secretaría General	43

5.5.2.2.-	En tratándose de un País Miembro o Personas Naturales y/o Jurídicas	45
5.5.2.3.-	Efectos de la Sentencia	48
5.5.2.4.-	Imposibilidad de duplicar mecanismo de solución respecto de un incumplimiento	48
5.5.3.-	De la Interpretación Prejudicial	49
5.5.4.-	Del Recurso de Omisión por Inactividad	51
5.5.5.-	De la Función Arbitral	52
5.5.5.1.-	Respecto del Tribunal	52
5.5.5.2.-	Respecto de la Secretaría General	52
5.5.6.-	De la Jurisdicción Laboral	53
5.6.-	Del Parlamento Andino	53
5.7.-	Instituciones Consultivas	54
5.8.-	De la Corporación Andina de Fomento	54
6.-	Del programa de Liberación	54
7.-	Denuncia del Tratado	62
8.-	CONCLUSIÓN	62
CAPÍTULO II:	LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN ALADI	65
1.-	Generalidades	65
2.-	Sede, Objetivo, Funciones Básicas y Principios	66
3.-	Mecanismos y Tipos de Acuerdo en relación a la participación de los países miembros	67
3.1.-	Acuerdo de Alcance Parcial	67
3.2.-	Acuerdo de Alcance Regional	67
4.-	Tipos de Acuerdo, en relación a la materia	67
4.1.-	Acuerdos Comerciales	67
4.2.-	De Complementación Económica	67
4.3.-	Acuerdos Agropecuarios	68
4.4.-	Acuerdos de Promoción del Comercio	68
5.-	Normas Generales de los Acuerdos	68
6.-	Trato a la Nación Menos Favorecida y Trato a la Nación Más Favorecida	69
6.1.-	Menos Favorecida	69
6.2.-	Más Favorecida	72

7.-	Órganos de la Asociación Latinoamericana de Integración	76
7.1.-	Órganos Políticos	76
7.1.1.-	Del Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores	76
7.1.2.-	De la Conferencia de Evaluación y Convergencia	78
7.1.3.-	Del Comité de Representantes	79
7.2.-	Órgano Técnico	79
7.2.1.-	De la Secretaría General	79
8.-	Personalidad Jurídica y Denuncia del Tratado	80
9.-	CONCLUSIÓN	80
CAPÍTULO III	DEL MERCADO COMÚN DEL SUR "MERCOSUR"	81
1.-	Generalidades	81
2.-	Sede, Objetivo, Funciones Básicas y Principios	81
3.-	Trato a la Nación Menos Favorecida y Trato a la Nación Más Favorecida	81
4.-	De los Órganos del Mercosur	81
4.1.-	Del Consejo del Mercado Común	82
4.2.-	Del Grupo Mercado Común	82
5.-	De la denuncia del Acuerdo	83
6.-	CONCLUSIÓN	83
CAPÍTULO IV	DE LA UNIÓN EUROPEA	85
1.-	Antecedentes, Generalidades y Objetivos	85
2.-	De los órganos de la Unión Europea	91
2.1.-	Del Consejo de la Unión Europea	91
2.2.-	Del Parlamento Europeo	95
2.3.-	De la Comisión	98
2.4.-	Del Tribunal de Justicia	99
2.4.1.-	Procedimiento ante el Tribunal y Fases	101
2.4.2.-	Competencia del Tribunal de Justicia	102
2.4.2.1.-	Nulidad	102
2.4.2.2.-	Interpretación	102

2.4.2.3.-	Revisión	103
2.4.2.4.-	Responsabilidad Extra Contractual	104
2.4.2.5.-	Excepciones	104
2.4.2.6.-	Casación	105
2.5.-	Del Tribunal de Cuentas	107
2.6.-	Del Comité Económico y Social Europeo	107
2.7.-	Del Comité de las Regiones	108
2.8.-	Del Banco Europeo de Inversiones	108
2.9.-	Del Banco Central Europeo	108
2.10.-	Del Defensor del Pueblo	108
3.-	Jerarquía Constitucional del Tratado de la UE y Naturaleza Jurídica del mismo	109
4.-	Del Acervo Comunitario	112
5.-	Del Euro	112
6.-	CONCLUSIÓN	114

CAPÍTULO V	DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO	115
1.-	Antecedentes, Generalidades y Objetivos	115
2.-	Principios del Sistema de Comercio	116
2.1.-	Trato no discriminatorio: 208	116
2.2.-	Un Comercio más libre	121
2.3.-	Seguridad Jurídica	124
2.4.-	Competitividad	124
2.5.-	Trato de Nación Más Favorecida	129
3.-	De las Rondas	131
4.-	Temas que trata la OMC	133
4.1.-	Mercancías	133
4.2.-	Servicios	133
4.3.-	Propiedad Intelectual	133
4.4.-	Solución de Diferencias	133
4.5.-	Examen de políticas comerciales	133
4.6.-	Normas de Origen	134
5.-	Miembros Adherentes y Observadores	134
6.-	Funciones de la OMC	141
7.-	Estructura	142
7.1.-	La Conferencia Ministerial	142
7.2.-	El Consejo General	142

7.3.-	El Consejo del Comercio de Mercancías; El Consejo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; y, el Consejo de Comercio del Comercio de Servicios	142
7.3.1.-	Consejo de Comercio de Mercancías	142
7.3.2.-	El Consejo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio	143
7.3.3.-	El Consejo de Comercio de Servicios	143
8.-	Otros Comités, Sub Comités y Grupos de Trabajo	143
9.-	De la Secretaría	143
10.-	CONCLUSIÓN	145
CAPÍTULO VI	DEL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS	147
1.-	Antecedentes, Generalidades y Cumbres	147
2.-	Desempeño de las Negociaciones	147
3.-	Grupos de Trabajo y Comités	148
4.-	Objetivos generales y principios	149
5.-	Suscriptores del Acuerdo	149
6.-	CONCLUSIÓN	149
TÍTULO II	PRÁCTICAS RESTRICTIVAS AL COMERCIO	151
CAPÍTULO I	GENERALIDADES, CONCEPTOS CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA	151
1.-	Introducción	151
2.-	Concepto	153
3.-	Clases de Medidas de Salvaguardia	154
4.-	Legitimación y Requisitos de aplicabilidad	155
4.1.-	Incremento de las importaciones	155
4.2.-	Daño o Amenaza de Daño	156
4.3.-	No discriminatoria	159
4.4.-	Transitoriedad y Temporalidad	159

4.5.-	Exclusión para la aplicación de estas medidas	160
4.6.-	Afectación al comercio regular	160
4.7.-	Forma de aplicación de la medida	161
4.8.-	Legitimación Activa	161

CAPÍTULO II	MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA COMUNIDAD ANDINA	163
--------------------	---	------------

PARÁGRAFO I	MEDIDAS DE SALVAGUARDIA PARA PAÍSES CAN	163
1.-	Agropecuaria	163
1.1.-	Generalidades y legitimación	163
1.2.-	Condiciones	164
1.3.-	Aprobación en consulta	164
2.-	Balanza de Pagos	165
2.1.-	Generalidades y legitimación	165
2.2.-	Requisitos	167
2.3.-	Aprobación en Consulta	168
3.-	Programa de Liberación	168
3.1.-	Generalidades y Legitimación	168
3.2.-	Requisitos	169
3.3.-	Aprobación en Consulta	169
4.-	Específica	170
4.1.-	Generalidades y Legitimación	170
4.2.-	Requisitos	170
4.2.1.-	Cantidades	171
4.2.2.-	Condiciones	171
4.2.2.1.-	Aduanero	171
4.2.2.2.-	Precios	171
4.2.2.3.-	Simulación	171
4.2.3.-	Perturbación	172
4.2.4.-	No discriminatoria	173
4.2.5.-	Provisional	173
4.2.6.-	Aprobación en Consulta	173
5.-	Cambiaria	173
5.1.-	Generalidades y legitimación	173
5.2.-	Requisitos	173

5.3.-	Aprobación en Consulta	174
5.4.-	Antecedentes Jurisprudenciales	174
6.-	Revisión por parte de la Secretaría General	176
PARÁGRAFO II	MEDIDAS DE SALVAGUARDIA PARA TERCEROS PAÍSES	177
1.-	Generalidades y Ámbito de Aplicación	177
2.-	Legitimación y Condiciones	178
3.-	Duración	180
4.-	Salvaguardia de Transición	180
5.-	Países no OMC	180
CAPÍTULO III	MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN ALADI	181
1.-	Balanza de Pagos	181
1.1.-	Generalidades, legitimación y condiciones	181
1.2.-	Aprobación en Consulta	181
2.-	Específica	182
2.1.-	Generalidades, legitimación y condiciones	182
2.2.-	Aprobación en Consulta	183
3.-	Irretroactividad de la medida	183
4.-	Supletoriedad de la Resolución 70	185
CAPÍTULO IV	MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO	187
1.-	Principio de Intercambio Comercial y Excepciones a la Regla	187
2.-	Generalidades, Legitimación y Condiciones	189
3.-	Requisitos y características generales de las medidas de salvaguardia	190
3.1.-	Daño inminente o amenaza de daño	190
3.2.-	Relación causa efecto	191
3.3.-	Fijación de contingente	192
3.4.-	Medidas provisionales	192

3.5.-	Medidas Definitivas y su duración	194
3.6.-	Negociaciones y Consultas	196
TÍTULO III	COMENTARIO RESPECTO DE LA PRELACIÓN DE LOS TRATADOS SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	197
1.-	Supremacía Constitucional	197
2.-	Obligatoriedad o no de publicación en el Registro oficial	203
BIBLIOGRAFÍA		207

TÍTULO I: BREVE ESTUDIO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

CAPÍTULO I: LA COMUNIDAD ANDINA

1.- Generalidades

El Acuerdo de Cartagena, nació el 26 de mayo de 1969 con la Declaración de Bogotá. Originalmente, los países que formaron parte del mismo fueron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela sólo era un observador, pero prontamente se incorporó al Pacto Andino tal como se puede apreciar de las Decisiones 11, 13, 21, 45, 32 y 70 que contienen los instrumentos y estrategias que se ventilaron, a efectos de que forme parte de la CAN, especialmente: el “Consenso de Lima” el “Instrumento Adicional para la Adhesión de Venezuela” y la “Incorporación de Venezuela al Acuerdo de Cartagena”; posteriormente Chile se retira del mismo. El 5 de octubre de 1976 en base a el “Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena” se crea una comisión en la que, por un lado estaba Chile y, por el otro, los demás Países Miembros, en la cual se decide otorgar un plazo de 24 días para que se decida el régimen especial y definido que tendría Chile, a efectos de que se determine en el tiempo, qué pasaría con los derechos y obligaciones que tenía dicho país dentro del marco de la CAN y que, en el caso de que no se llegase a un acuerdo, se retiraría y perdería todos los derechos a partir del 30 de octubre de 1976, fecha en la que se adoptó la Decisión 102 “Cese para Chile de los Derechos y Obligaciones Derivados del Acuerdo de Cartagena”. En virtud de esta Decisión 102 cesaron para Chile sus derechos y obligaciones dentro del Acuerdo, excepto las derivadas de las Decisiones 40, 46, 56 y 94.

En dicha época, justo se iniciaba una dictadura en dicho país, que cambiaría por completo el modelo económico en esa nación, con resultados por lo menos en lo económico, completamente favorables y exitosos, que hicieron de Chile país ejemplo en lo que a desarrollo se refiere. No opinaré, en lo absoluto, respecto del costo social que tuvo Chile, por no ser de interés en el presente trabajo.

Por otro lado y no es menos importante, el increíble desgaste que ha tenido el país, en peleas por la definición de cuál es el órgano que debe de manejar todo lo referente al Comercio Exterior ecuatoriano. Y, por eso, no ha sido difícil ver la cantidad de enfrentamiento que se han dado entre los Ministros de Comercio y los Cancilleres. Xavier Neira Menéndez, Juan Falconi Puig y Roberto Peña Durini, tuvieron discrepancias con Cancilleres como Edgar Terán Terán, Diego Cordovez Zegers y Heinz Moeller Freile, respectivamente. Personalmente, y a pesar de que en otros países la tendencia no es esa, quien debe manejar el Comercio Exterior es, sencillamente, el Ministerio de Comercio Exterior, no la Cancillería. El Ministerio

de Relaciones Exteriores, no tiene la experiencia ni el talento para dicho manejo. Y, si bien, en el Ministerio de Comercio Exterior todavía existen fallas que deben ser solucionadas, sí posee el talento y la experiencia para el manejo de estos temas.

Creo, sin temor a equivocarme, que solo dos funcionarios diplomáticos –ninguno de ellos de carrera- sí hicieron un buen papel, en lo a que promoción comercial se refiere. Por una parte, don Luis Orrantia González, lamentablemente fallecido, cuando fue Embajador en Bruselas, se dedicó a promocionar y defender los intereses comerciales del Ecuador, especialmente, el del sector pesquero atunero. Claro, él era un empresario y sabía que irse a Bruselas como Embajador no significaba solo asistir a cócteles y tomar champaña. Sabía que, su función, aparte de la diplomática, era la de abrir nuevos mercados comerciales para los productos ecuatorianos. Por otro lado, Heinz Moeller Freile, como Canciller fue también la excepción, al pensar no solo en temas exclusivamente diplomáticos sino por el manejo que hizo de las negociaciones comerciales en el ALCA, cuando por disposición del entonces Presidente de la República, Gustavo Noboa Bejarano, presidió dicho Acuerdo. Es más, ése fue el motivo por el cual Roberto Peña Durini renunció a sus funciones como Ministro de Comercio Exterior. Vale indicar, que en otras circunstancias, no hubiera estado de acuerdo en que la Cancillería asuma dicha función, sino que quien debía de hacerlo era el Ministro de Comercio Exterior. Pero, tomando en cuenta el peso político de los dos Ministros, indiscutiblemente, era Moeller quien debía hacerlo. A la fecha en que escribo estas líneas (comienzos del 2005), se está pensando en que las negociaciones del ALCA regresen al Ministerio de Comercio Exterior, lo cual, definitivamente es lo correcto, no obstante tener a una Ministra que se está dedicando a cualquier cosa, menos a ser Ministra de Comercio Exterior. Parecería que solo es importante para ella el concurso de Miss Universo –por supuesto importante, pero no debe ser lo único en su agenda- que el desarrollo del comercio exterior y/o de la industria nacional. De esto hablaremos luego, cuando entremos realmente al trabajo que es causa de la presente obra, a las salvaguardias.

Entre los objetivos y mecanismos de la CAN tenemos:

“Art. 1.- El presente acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”¹.

“Art. 2.- El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la subregión, la evolución de su producto interno bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital”².

“Art. 3.- Para alcanzar los objetivos del presente acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

- a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial;
- b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
- c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;
- d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;
- e) Un arancel externo común;
- f) Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial;

¹ Decisión 563.

² Decisión 563.

g) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;

h) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios;

i) La integración física; y,

j) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.

Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social:

a) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico;

b) Acciones en el campo de la integración fronteriza;

c) Programas en el área del turismo;

d) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;

e) Programas de desarrollo social; y,

f) Acciones en el campo de la comunicación social³.

2.- El Trato a la Nación Menos Favorecida y El Trato a la Nación Más Favorecida

Dos conceptos importantes, por regla general presentes en los Tratados de Libre Comercio, son los del “Trato de Nación Menos Favorecida” y “Trato a la Nación Más Favorecida”.

2.1.- Del Trato a la Nación menos Favorecida

No siempre, todos los miembros de un Bloque de Comercio, tienen el mismo grado de desarrollo. Por lo tanto, la normativa comunitaria, con el objeto de prote-

³ Decisión 563.

ger a dichos países, incorpora este concepto en forma tal que, en efecto, pueda ser objeto de trato preferente dentro de sus obligaciones en el Acuerdo.

En lo que respecta a la CAN, son dos los países que tienen Trato de Nación Menos Favorecida, estos son: Bolivia y Ecuador. Aquí algunas normas comunitarias que incorporan este concepto:

“Art. 4.- Para la mejor ejecución del presente Acuerdo, los Países Miembros realizarán los esfuerzos necesarios para procurar soluciones adecuadas que permitan resolver los problemas derivados del enclaustramiento geográfico de Bolivia”⁴ (lo subrayado es mío).

“...En el cumplimiento de sus funciones, la Comisión considerará de manera especial la situación de Bolivia y Ecuador, en función de los objetivos de este Acuerdo, de los tratamientos preferenciales previstos en su favor y del enclaustramiento geográfico del primero”⁵ (lo subrayado es mío).

“Art. 106.- Los programas de que trata el artículo anterior, así como los Programas y Proyectos de Integración Industrial, deberán comprender medidas de cooperación colectiva para satisfacer adecuadamente los requerimientos de infraestructura indispensables para su ejecución y contemplarán de manera especial la situación del Ecuador y las características territoriales y el enclaustramiento geográfico de Bolivia..”⁶ (lo subrayado es mío).

“Art. 91.- El país que imponga las medidas de que trata el artículo anterior dará cuenta inmediata a la Secretaría General, acompañando un informe sobre las razones en que se ha fundado para aplicarlas.

A Bolivia y Ecuador sólo podrá aplicarlas en casos debidamente calificados y previa comprobación por la Secretaría General de que los perjuicios provienen sustancialmente de sus importaciones. La Secretaría General deberá pronunciarse obligatoriamente dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción del informe y podrá autorizar su aplicación.

Cualquier País Miembro que se considere perjudicado por dichas medidas podrá presentar sus observaciones a la Secretaría General.

⁴ Decisión 563.

⁵ Decisión 563.

⁶ Decisión 563.

La Secretaría General analizará el caso y propondrá a la Comisión las medidas de carácter positivo que juzgue convenientes a la luz de los objetivos señalados en el artículo 87.

La comisión decidirá sobre las restricciones aplicadas y sobre las medidas propuestas por la Secretaría General⁷⁷ (lo subrayado es mío).

“Art. 109.- Con el fin de disminuir gradualmente las diferencias de desarrollo actualmente existentes en la Subregión, Bolivia y el Ecuador gozarán de un régimen especial que les permita alcanzar un ritmo más acelerado de desarrollo económico, mediante su participación efectiva e inmediata en los beneficios de la industrialización del área y de la liberación del comercio.

Para lograr el propósito enunciado en este artículo, los órganos del acuerdo propondrán y adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con las reglas del mismo⁷⁸ (lo subrayado es mío).

“Art. 110.- En la armonización de políticas económicas y sociales y en la coordinación de los planes de que trata el Capítulo IV, deberán establecerse tratamientos diferenciales e incentivos suficientes que compensen las deficiencias estructurales de Bolivia y el Ecuador y aseguren la movilización y asignación de los recursos indispensables para el cumplimiento de los objetivos que a su favor contempla el acuerdo⁷⁹ (lo subrayado es mío).

“Art. 111.- La ejecución de los programas de Desarrollo Industrial considerará de manera especial la situación de Bolivia y el Ecuador para la asignación prioritaria de producciones a su favor y la localización consiguiente de plantas en sus territorios, especialmente a través de su participación en las modalidades de integración industrial previstas en el Art. 61 Asimismo, contemplará el desarrollo de un programa para la industrialización integral de los recursos naturales de Bolivia y el Ecuador⁷¹⁰ (lo subrayado es mío).

“Art. 112.- Los programas y proyectos de Integración Industrial contemplarán ventajas exclusivas y tratamientos preferenciales eficaces en fa-

⁷ Decisión 563, parte pertinente a las medidas de salvaguardia agropecuaria.

⁸ Decisión 563.

⁹ Decisión 563.

¹⁰ Decisión 563.

vor de Bolivia y el Ecuador, de manera de facilitarles el efectivo aprovechamiento del mercado subregional”¹¹ (lo subrayado es mío).

“Art. 113.- La Secretaría General, al proponer a la comisión las medidas complementarias previstas en el artículo 70, deberá contemplar ventajas exclusivas y tratamientos preferenciales en favor de Bolivia y el Ecuador, en los casos en que ello sea necesario.

La comisión, a propuesta de la Secretaría General, deberá adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia y el aprovechamiento de las asignaciones que fueren otorgadas a Bolivia y el Ecuador, en especial las destinadas al reforzamiento de los compromisos relativos al respeto de las asignaciones otorgadas a esos países, a la extensión de los plazos para el mantenimiento de las asignaciones y a la ejecución de los proyectos que les fueren asignados dentro de los programas de Desarrollo Industrial”¹² (lo subrayado es mío).

“Art. 114.- Las medidas correctivas a que se refieren los artículos 90 y 96 se extenderán a las importaciones procedentes de Bolivia y el Ecuador sólo en casos debidamente calificados y previa comprobación, por la Secretaría General, de que los perjuicios graves provienen sustancialmente de dichas importaciones. La Secretaría General observará, en esta materia, los procedimientos de los artículos 91 y 96 y los reglamentos que adopte la comisión, a propuesta de la Secretaría General, respecto a las normas de salvaguardia correspondientes”¹³.

“Art. 115.- En las acciones de cooperación a que se refiere el artículo 69, la Secretaría General dará atención especial y prioritaria a las industrias de Bolivia y el Ecuador cuyos productos sean exceptuados por dichos países del Programa de Liberación, con el fin de contribuir a habilitarlas lo más pronto posible para participar en el mercado subregional”¹⁴ (lo subrayado es mío).

“Art. 116.- Bolivia y el Ecuador iniciarán el proceso de adopción del arancel externo común en forma anual, automática y lineal, en la fecha que establezca la comisión.

¹¹ Decisión 563.

¹² Decisión 563.

¹³ Decisión 563.

¹⁴ Decisión 563.

Bolivia y el Ecuador estarán obligados a adoptar el arancel externo mínimo común respecto de los productos que no se producen en la subregión, de que trata el artículo 80 (1). Con relación a dichos productos adoptarán los gravámenes mínimos mediante un proceso lineal y automático que se cumplirá en tres años contados a partir de la fecha en que se inicie su producción en la subregión.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la comisión, a propuesta de la Secretaría General, podrá determinar que Bolivia y el Ecuador adopten los niveles arancelarios mínimos con respecto a productos que sean de interés para los restantes Países Miembros y siempre que la aplicación de dichos niveles no cause perturbaciones a Bolivia o el Ecuador.

La comisión, con base en las evaluaciones de que trata el artículo 131 (2), determinará el procedimiento y plazo para la adopción del arancel externo mínimo común por parte de Bolivia y el Ecuador. En todo caso, la comisión tendrá en cuenta los problemas derivados del enclaustramiento geográfico de Bolivia de que trata el artículo 4 del acuerdo.

También podrá la comisión, a propuesta de la Secretaría General, determinar la adopción de los niveles arancelarios mínimos por parte de Bolivia y el Ecuador con respecto a productos cuya importación desde fuera de la Subregión pueda causar perturbaciones graves a ésta. En la elaboración de sus propuestas sobre arancel externo común, la Secretaría General tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 en favor de Bolivia¹⁵ (lo subrayado es mío).

“Art. 117.- Bolivia y el Ecuador podrán establecer las excepciones que les sean autorizadas por la comisión, a propuesta de la Secretaría General, al proceso de aproximación de sus aranceles nacionales al arancel externo común que les permitan aplicar sus leyes vigentes de fomento industrial, principalmente en lo relacionado con la importación de bienes de capital, productos intermedios y materias primas necesarias para su desarrollo. Dichas excepciones no podrán aplicarse en ningún caso más allá de dos años antes de la plena aplicación del arancel externo común¹⁶ (lo subrayado es mío).

¹⁵ Decisión 563.

¹⁶ Decisión 563.

“Art. 118.- Los Países Miembros se comprometen a actuar conjuntamente ante la Corporación Andina de Fomento y cualesquiera otros organismos subregionales, nacionales o internacionales, con el fin de conseguir asistencia técnica y financiación para los requerimientos del desarrollo de Bolivia y el Ecuador y en especial para proyectos vinculados con el proceso de integración.

La asignación de los recursos destinados a tales proyectos deberá hacerse en función del objetivo básico de reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países, procurando favorecer acentuadamente a Bolivia y el Ecuador.

Además, los Países Miembros actuarán conjuntamente ante la Corporación Andina de Fomento para que asigne sus recursos ordinarios y extraordinarios en forma tal que Bolivia y el Ecuador reciban una proporción sustancialmente superior a la que resultaría de una distribución de dichos recursos proporcional a sus aportes al capital de la Corporación¹⁷ (lo subrayado es mío).

“Art. 119.- En sus evaluaciones periódicas e informes, la Secretaría General considerará, de manera especial y separadamente, la situación de Bolivia y el Ecuador dentro del proceso de integración subregional y propondrá a la comisión las medidas que juzgue adecuadas para mejorar sustancialmente sus posibilidades de desarrollo y activar cada vez más su participación en la industrialización del área¹⁸.

“Art. 120.- La comisión podrá establecer, en favor de cualquiera de los países de menor desarrollo económico relativo, condiciones y modalidades más favorables que las contempladas en el presente capítulo, teniendo en cuenta el grado de desarrollo alcanzado y las condiciones de aprovechamiento de los beneficios de la integración¹⁹ (lo subrayado es mío).

Como queda dicho de las normas señaladas, en virtud del concepto del “Trato a la Nación Menos Favorecida”, lo que se hace es otorgar un mejor y preferente tratamiento, a los miembros de un TLC, con el objeto de nivelar los grados de desigualdad que podrían existir entre ellos. En lo que respecta a la CAN, Bolivia

¹⁷ Decisión 563.

¹⁸ Decisión 563.

¹⁹ Decisión 563.

tiene un trato preferente, principalmente, por su enclaustramiento geográfico; y, el Ecuador, por su tamaño y menor grado de desarrollo.

La Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia no se ha apartado de estos criterios y ha dicho:

“...No obstante, el Acuerdo permite a los Países Miembros exceptuar del programa de liberación determinados productos presentando a la Junta listas de productos para excluirlos de la liberación comercial y proteger así aquellas actividades económicas nacionales en que cada País Miembro tenga interés. El artículo 58 del Acuerdo, con la finalidad de disminuir las diferencias económicas en la subregión y crear condiciones para que Bolivia y el Ecuador participen de manera inmediata de los beneficios del proceso de integración, autoriza a su vez reconocer a estos países la ventaja de que las listas de excepciones no le sean oponibles cuando se den las condiciones previstas en dicho artículo. En efecto, la facultad que tienen los Países Miembros de mayor desarrollo relativo de exceptuar del programa de liberación determinados productos está limitada por el tratamiento preferencial que el Acuerdo concede a Bolivia y Ecuador...”²⁰ (lo subrayado es mío).

2.2.- Del Trato a la Nación Más Favorecida

Este concepto no tiene relación al anteriormente enunciado. En virtud de este tratamiento, no podemos ofrecer mejores condiciones a un tercero, que a un socio directo y anterior nuestro dentro de un TLC. Por ejemplo, si el día de mañana – estamos en esto ahora- suscribimos un Acuerdo Comercial con USA y si, llegado un momento, a USA le ofrecemos mejores condiciones que las que le damos a nuestros socios andinos, estamos en la obligación de otorgar esas mismas condiciones –las otorgadas a USA- a los países miembros de la CAN.

“Art. 139.- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con otro producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros...”²¹ (lo subrayado es mío).

Sobre este tema ya se han emitido muchos dictámenes y se han expedido sentencias por parte del Tribunal Andino de Justicia.

²⁰ Proceso No. 1-N-85. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

²¹ Decisión 563.

Por ejemplo en un caso de salvaguardia impuesta por Venezuela, la Secretaría General determinó que terceros países tenían un mejor trato que los miembros de la CAN, especialmente Colombia y Perú.

Veamos qué dijo la Secretaría General:

“...Asimismo, observa la Secretaría General que la República Bolivariana de Venezuela está aplicando a las importaciones originarias de terceros países – beneficiados o no con preferencias arancelarias– gravámenes totales que son inferiores al impuesto de 29% que exige a las importaciones originarias de Países Miembros de la Comunidad Andina, de conformidad con la Resolución 826 del Ministerio de Finanzas. Ver, a este respecto, la tabla adjunta que contiene los aranceles totales (incluidos los resultantes del Sistema Andino de Franjas de Precios), rebajas y las preferencias otorgadas por Venezuela para los productos materia de la presente investigación, desde octubre del 2001 hasta septiembre de 2004).

Artículo 1.- Dictaminar que la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en incumplimiento del artículo 139 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, disponer la aplicación de un régimen de importaciones reservadas al Ejecutivo Nacional y de un impuesto de veintinueve por ciento (29%) a las importaciones originarias de Colombia y el Perú de los siguientes productos: aceite de soya en bruto, incluso desgomado (1507.10.00); los demás aceites de soya (1507.90.00); aceite de palma en bruto (1511.10.00); los demás aceites de palma (1511.90.00); aceite de girasol en bruto (1512.11.00); los demás aceites de girasol (1512.19.00); grasas y aceites vegetales y sus fracciones (1516.20.00); margarina, excepto la margarina líquida (1517.10.00); y las demás mezclas o preparaciones alimenticias de grasas y aceites (1517.90.00); (en esta ocasión mediante la Resolución 826 del Ministerio de Finanzas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela del 28 de enero de 2004), sin observar el principio de nación más favorecida del Acuerdo de Cartagena; y, en consecuencia, al otorgar a las importaciones originarias de Colombia y Perú un trato menos favorable que aquel que reciben las importaciones de terceros países... ”²².

²² Dictamen N° 15-2004 de Incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela al adoptar y mantener una medida de salvaguardia agropecuaria que otorga a las importaciones de productos oleaginosos originarios de Colombia y Perú un trato menos favorable que aquel que reciben las importaciones de terceros países. Resolución número 874.

3.- El ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina

3.1- Diferentes tipos de normas

Como indicamos líneas atrás, la Comunidad Andina nació originalmente como el “Pacto Andino” o “Acuerdo de Cartagena”, términos si bien todavía utilizados, no son los correctos actualmente, ya que en estos momentos hablamos de “Comunidad Andina” CAN. Equivocadamente se habla de Comunidad Andina de Naciones. Seguramente por la ene final –aunque el origen creo fue de un equivocado periodista que la quiso rebautizar-²³.

Al nacer el Pacto Andino, era muy diferente. El órgano con prácticamente poderes totales era la Comisión y existía la llamada Junta del Acuerdo.

La Comisión, era por excelencia el órgano legislativo del Acuerdo. Esto se indicaba en forma expresa:

“...La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia...”²⁴ (lo subrayado y resaltado es mío).

Lamentablemente, las últimas dos Decisiones –Protocolos- donde consta el Acuerdo, han omitido la importancia del texto del artículo 6 antes referido, porque se podría pensar que ya la Comisión no es el Órgano legislativo, lo que potencialmente generaría serios problemas de aplicabilidad de las normas en cada uno de los Países Miembros.

No obstante, creo que el legislador andino ha querido suplir dicha omisión, con el contenido del artículo 17 de la Decisión 563, al indicar que las Decisiones de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su texto dice:

“...El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...” (lo subrayado es mío).

²³ Artículo 5 de la Decisión 563.

²⁴ Artículo 6 de la Decisión 236.

Luego, en lo que a la estructura orgánica de la Comunidad Andina se refiere, quizás, el Acuerdo de Trujillo, fue el que más profundos cambios incorporó. Entre los más importantes, podemos señalar, la eliminación –quizás mejor dicho sustitución- de la Junta del Acuerdo por la Secretaría General; el Consejo Presidencial Andino y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

Todo esto lo veremos con detenimiento cuando estudiemos a los órganos²⁵. Pero, en tratándose del ordenamiento jurídico, es importante acudir a la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”²⁶.

De la lectura del artículo citado anteriormente, queda clara, la enumeración taxativa y no meramente ejemplificativa, de los actos normativos que comprenden el ordenamiento jurídico andino. Y, por la forma en cómo han sido redactados, parecería ser que hay un orden de prelación entre ellos, similar a la pirámide de Kelsen, lo que nos podría hacer entender, por ejemplo, que en caso de que exista un conflicto entre una de estas normas, prevalecerá la de mayor jerarquía y la gradación sería en el orden en que constan señaladas en el artículo transcrito.

3.2.- El Principio de Aplicabilidad Directa

Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para que entre en vigencia un Tratado, se requiere un dictamen favorable del Tribunal Constitucional, la aprobación por parte del Congreso Nacional y, posteriormente, su publicación en el Registro Oficial. Antes, la ratificación por parte del Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 171 de la Constitución Política de la República.

²⁵ Ver punto cinco del presente capítulo.

²⁶ Decisión 472.

“Art. 162. Trámite de Aprobación.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución...²⁷ (lo subrayado es mío).

Pero, las Decisiones de la CAN tienen una característica especial que es la llamada Aplicabilidad Directa. Esto es, que las mismas entran en vigencia, una vez que son publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo. Por lo tanto, no es requisito la aprobación del Órgano Legislativo ecuatoriano, como tampoco, que se publique la norma en el Registro Oficial, órgano en el que, según la normativa interna ecuatoriana, deben de publicarse las normas de general cumplimiento.

“Art. 5.- La Ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.

La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de su promulgación será, para los efectos legales, la fecha de dicho registro...”²⁸.

“Art. 6.- La Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces...”²⁹.

La norma habla de promulgación, término que es utilizado en forma incorrecta como publicación. Ya que, promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República sanciona una Ley y dispone su publicación en el Registro Oficial³⁰.

Pero, ¿por qué las Decisiones de la CAN entran en vigencia una vez publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo y no requieren dictamen del Tribunal Constitucional, aprobación del Congreso Nacional y finalmente publicación en el Registro Oficial? La normativa andina nos ilustra:

²⁷ Constitución Política de la República del Ecuador.

²⁸ Código Civil.

²⁹ Código Civil.

³⁰ Lamentablemente en similar norma que consta en el artículo 215 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, sólo se hace referencia a la publicación del dictamen del Tribunal Constitucional del que habla el artículo 276 de la Constitución, previo a la aprobación de un Tratado Internacional pero no en forma expresa del acto normativo en virtud del cual se aprueban, a menos que lo quieren incluir en el literal a) del referido artículo 215 en forma tática.

“Art. 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”³¹.

“Art. 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior...”³² (lo subrayado es mío).

Esto es, hay dos principios importantes en la norma invocada: **obligatoriedad y aplicabilidad**. Por el *primero*, los países no podrán esquivar su cumplimiento y, por el *segundo*, no podrá haber excusa, para que se aplique y entre en vigencia la norma luego de publicada.

Hay quienes opinan lo contrario respecto de la aplicabilidad directa y creen que, en virtud de lo establecido por el numeral tercero del artículo 161 de la Constitución, si se requiere aprobación por parte del Congreso. Su texto dice:

“Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

3.- Los que comprometan al país en acuerdos de integración...”³³ (lo subrayado es mío).

Pero, es un error creer, que la expedición de una Decisión de la CAN que hable por ejemplo de Marcas y Patentes; Transporte Multimodal; Normas de Origen; etc. comprometa al país en un Acuerdo de Integración. El acuerdo de integración, si de la CAN hablamos, al que alguna vez se comprometió el Ecuador, fue el original, es decir, por el cual se incorporó nuestro país al en ese entonces Acuerdo de Cartagena. Ese sí requería la aprobación por parte del Congreso Nacional. O, por ejemplo, si el día de mañana queremos comprometer al Ecuador a un Acuerdo con el MERCOSUR, ese Acuerdo sí debería ser aprobado, siempre y cuando, se trate de un Acuerdo de los que se llaman 1-4, esto es, Ecuador solo con el MERCOSUR. No creo necesario dictamen del Tribunal Constitucional y Aprobación del Congreso si es 4-4. es decir CAN-MERCOSUR, ya que el acto normativo en virtud del cual se aprobaría sería una Decisión de la CAN.

³¹ Decisión 472.

³² Decisión 472.

³³ Constitución Política de la República del Ecuador.

Por otro lado, mal podría pensarse que una Decisión de la CAN, que **proviene ya de un órgano legislativo**, requiere la aprobación de otro órgano legislativo. Esto lo ha indicado el Tribunal Andino en algunos fallos. Veamos:

“...Este organismo comunitario en varios de sus fallos o sentencias ha dado el alcance al contenido del artículo tercero del Tratado del Tribunal, que abre el camino más apropiado y viable para que el ordenamiento jurídico andino, previsto en el artículo primero ibídem, tenga aplicación directa dentro de cada uno de los Países Miembros. El mencionado artículo impone el principio de la aplicabilidad directa de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, **que tiene como propósito el de aplicar la ley comunitaria en cada País Miembro desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, sin necesidad de la intervención del órgano legislativo o de cualquier otra naturaleza en el orden nacional.** En tal virtud, publicada la norma comunitaria ipso facto se incorpora al ordenamiento jurídico nacional, sin perder, desde luego, su propia individualidad o independencia y característica, de preeminencia ante el derecho interno en caso de contradicción o contraposición entre uno u otro, desplazando, en estos supuestos, el derecho comunitario al nacional, el cual se torna inaplicable...”³⁴ (lo subrayado es mío).

“...La jurisprudencia ha desarrollado el principio de aplicabilidad directa, partiendo de la sentencia de nulidad de fecha 10 de junio de 1987 (Gaceta Oficial 21, del 15 de julio de 1987), al expresar que ha de tenerse en cuenta además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, los mismos que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino...”³⁵

3.3.- Norma Supranacional:

Las Decisiones de la CAN también tienen como otra característica, la de ser normas supranacionales. Pero, este concepto o principio, debe ser entendido en el sentido de que es una norma que tiene alcance en varios países –todos los de la CAN-. Pero, en absoluto, como mucha gente cree, que se tratan de normas de mayor jerarquía que la Constitución de un País Miembro. Por lo menos en el

³⁴ Proceso 8-IP-96 del Tribunal Andino de Justicia.

³⁵ Proceso 29 IP-95 del Tribunal Andino de Justicia.

Ecuador, eso no puede suceder porque recordemos que, en nuestra norma Constitucional, queda claramente establecida la pirámide de Kelsen, en lo que a la jerarquía de las normas se refiere.

Nuestra Carta Fundamental nos indica:

“Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor alguno si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”³⁶ (lo subrayado es mío).

Para continuar la misma Carta Fundamental indicando que:

“Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”³⁷ (lo subrayado es mío).

Como se notará, los Tratados o Convenios, tienen un orden de gradación y/o de jerarquía en la pirámide Kelseniana. Pero, su orden, queda supeditado a la norma Suprema, es decir, a la Constitución. Tanto es así, que no se pueden aprobar Tratados o Convenios, sin que exista el dictamen previo del Tribunal Constitucional. Es más, en el caso de que la aprobación de un tratado, exigiere una reforma constitucional, primero se tiene que dar dicha reforma, conforme lo establece nuestra Constitución.

El inciso final del artículo 162 dice: “...La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”³⁸ (lo subrayado es mío).

³⁶ Constitución Política de la República del Ecuador.

³⁷ Constitución Política de la República del Ecuador.

³⁸ Constitución Política de la República del Ecuador.

Existe innumerable jurisprudencia, que ratifica que las normas andinas tienen preferencia sobre la nacional. Veamos:

“...Esta norma general, para su entendimiento y aplicación, debe ser considerada globalmente y compaginada por el principio específico y especial del derecho comunitario, cual es la preeminencia o prevalencia de ésta frente al derecho interno o nacional, lo que significa, como así lo ha dicho este Tribunal en varias de sus sentencias, que en conflicto entre la norma comunitaria y la nacional, aquélla desplaza a la segunda, la que por imposición de la preeminencia resulta inaplicable. (Proceso 1-IP-87, 2 IP-88, 2 IP-90, 6 IP-93, 3 IP-94, 5 IP- 94, 6 IP-94 y 10 IP-94, este último sentenciado el 17 de marzo de 1995)...”³⁹ (lo subrayado es mío).

“...La noción de supranacionalidad, igualmente se ha ido afinando desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, con el Tratado de París del 18 de abril de 1951 a nuestros días, y al término, ya no podría sostenerse en puridad de verdad, hoy en día, como expresión de la idea de un SUPER ESTADO con soberanía territorial propia. Todo lo contrario, la noción de supranacionalidad dentro del derecho de la integración, es la negación del IMPERIUM a la manera romana, y la afirmación de la autonomía de gestión que crean los Estados que la integran...”⁴⁰.

En relación con este principio, es importante indicar, que los países están obligados a no aplicar medidas que, de alguna forma, contraríen u obstaculicen , el desarrollo de la normativa comunitaria .

“Art. 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.⁴¹.

Pero, quiero hacer, las veces que sean necesarias, la pertinente insistencia, en el sentido de que es completamente válido pensar, que este tipo de normas (las Decisiones), por expreso mandato del artículo 163 de la Constitución –citado anteriormente- tienen un valor superior a cualquier norma, que no sea la mismísima Constitución, como equivocadamente lo cree Lima –Sede de la Secretaría General

³⁹ Proceso número 09-IP-94 del Tribunal Andino de Justicia.

⁴⁰ Proceso número 5-IP-95 del Tribunal Andino de Justicia.

⁴¹ Decisión 472.

de la CAN-, tal como consta en un artículo publicado en su página web, cuyo texto dice:

“...b) Preeminencia: En reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha destacado la preeminencia, como segunda característica del Derecho Comunitario Andino, señalando que el mismo prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales. Así el mismo Tribunal en la sentencia del proceso 3-AI-96, citando algunos autores señaló a aquella como la virtud que tiene el ordenamiento comunitario para primar sobre una norma de derecho interno que le oponga, cualquiera sea el rango de esta última. De esta manera, de presentarse un conflicto entre las normas nacionales de los Países Miembros y las normas comunitarias, estas últimas se aplican con preferencia a las primeras...”⁴² (lo subrayado es mío).

“...El artículo 5 del Tratado que crea este Tribunal obliga a los Países Miembros a adoptar normas o medidas de cualquier naturaleza para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y abstenerse de aplicar o aprobar cualquier medida o norma de derecho interno que esté en contradicción con el derecho andino, porque éste prevalece sobre el interno en razón de los principios de aplicabilidad directa y primacía que le son inherentes. En consecuencia, cuando algún precepto de la legislación interna contradiga el ordenamiento jurídico de la integración, los Países Miembros deberán aplicar la norma andina de modo preferente...”⁴³ (lo subrayado es mío).

De esta forma, queda claro que, por lo menos en nuestro país un Tratado, Convenio o Decisión no puede, por ningún motivo tener una jerarquía mayor a la Carta Fundamental. Veamos: ¿por qué es importante la gradación de normas? Por el único motivo de saber cuál es la que prevalece, en caso de conflicto entre ellas. Y si, para aprobar un Tratado se requiere un dictamen previo del Tribunal Constitucional o, por otro lado, si se requiere primero una reforma constitucional, debe hacerse primero ésta, queda claro que un Tratado, Convenio o Decisión no puede tener una jerarquía mayor que la Carta Fundamental. Lo que sí sucede, es que estas normas tienen una gradación mayor que las leyes así, por ejemplo, si existiera una contradicción entre la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana y la Decisión 486, prevalecerá esta última.

⁴² RUSSEL, Mónica, (funcionaria de la Secretaría General de la Comunidad Andina) *Marco Institucional y Seguridad Jurídica en la Comunidad Andina*, en www.comunidadandina.org.

⁴³ Proceso número 5-IP-89 del Tribunal Andino de Justicia.

Si realmente el Tratado estuviera por encima de la Constitución, pues no sería necesario el dictamen del Tribunal Constitucional, así como, tampoco sería necesario que primero se reforme la Constitución. Tanto no está por encima el Tratado, que requiere primero ser reformada la Constitución si el Tratado afecta alguno de los preceptos de la Carta Fundamental.

El único caso en que los Tratados equiparan su poder al de la Constitución, es cuando se puede declarar inaplicable una norma no solo inconstitucional, sino también, cuando esté en contra de un Tratado.

Y, algo importante, no digo que llegado un momento, en aplicación de un altísimo grado de madurez, determinados Tratados (no todos) puedan estar por encima de la Constitución pero, para eso, primero debe ser reformada la misma y establecido, en forma expresa qué tratados podrían estar por encima de ella. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4.- Fuentes Del Derecho Comunitario

Si bien, al hablar de Derecho Comunitario, por lo menos en este capítulo nos referimos a la CAN, no es incorrecto hablar de Derecho Comunitario Europeo, del MERCOSUR, de ALADI, etc.

Y, en este campo, es importante que existen diferentes fuentes que debemos de tener en cuenta, al hablar del Derecho Comunitario. Fuentes que van, desde el Derecho Internacional, pasando por lo que en doctrina se llama derecho primario u originario, hasta llegar al llamado derecho secundario o derivado, la costumbre y la jurisprudencia.

4.1.- Derecho Originario o Fuente Primaria

Al constituirse una Comunidad de Países, de la naturaleza que fuere –Can, ALADI, MERCOSUR, Unión Europea, etc.- lo primero que se da, es lo que se llama el Acuerdo Constitutivo –puede llamarse Tratado, Protocolo, etc.- y es, justamente ese acuerdo, el acto normativo que regirá, en lo general y en algunos casos en lo particular, todas y cada unas de las actividades, competencias, atribuciones, etc. de todos los órganos e instituciones que formen parte del referido acuerdo de integración. Pero, en forma especial, es fuente primaria de dicho acuerdo y hasta podríamos decir que el Grupo se nutre del mismo, a efectos de iniciar un desarrollo legislativo, que sirva para el mejor desenvolvimiento del acuerdo de integración.

4.2.- Derecho Derivado o Fuente Secundaria

Es en este punto, quizás, en que se delega, de alguna forma, a órganos o instituciones comunitarias, el ejercicio de cierto poder estatal, que antes era de competencia exclusiva de algún órgano o instituciones del derecho interno del País Miembro o, en su defecto, sin delegar o, mejor dicho, sin dejar de perder competencia sobre determinadas materia, los Países Miembros aceptan someterse, en determinados temas, a lo que establezca el órgano legislativo comunitario. Así, por ejemplo, sin perjuicio de la capacidad y competencia que tenga nuestro Congreso Nacional para dictar una Ley de Propiedad Intelectual, en virtud de la aprobación de una Decisión, los Países Miembros de la CAN han aceptado la vigencia de una norma comunitaria, relacionada con dicho tema emitida por un órgano legislativo distinto de nuestro Congreso Nacional; o, por otro lado, a pesar de que existe en nuestro país una Función Judicial, se ha delegado a otro órgano (Tribunal Andino de Justicia) competencia jurisdiccional para determinados temas.

4.3.- Derecho Internacional

Ésta, es una fuente natural del Derecho Comunitario. Ya que, justamente de aquél, es de donde nace éste, como queda dicho, en términos estrictamente naturales.

En este punto, es importante citar al maestro Luis Ignacio Sánchez Rodríguez quien comenta:

“...El Derecho Comunitario, en primer término, es autónomo a un mismo tiempo del Derecho Internacional General, y del Derecho Interno de los Estados Miembros, lo que exige la utilización de nuevas técnicas, nuevos principios y nuevos métodos para su conocimiento y aplicación...”⁴⁴.

4.4.- Fuentes no Firmes o Fuentes de Inspiración:

He querido llamar a este párrafo Fuentes No Firmes o Fuentes de Inspiración porque o bien son solo vinculantes para las partes –jurisprudencia-; o, solo nos sirven para inteligenciamos más de un tema –costumbre, prácticas consuetudinarias y la doctrina.- También podríamos incorporar en este grupo a los Principios Generales del Derecho.

Nadie duda de la importancia de estas fuentes pero, lamentablemente, en la práctica, el valor probatorio es muy limitado. No obstante, hay que tener en cuenta, que son fuentes que podrían adquirir mucha valía, en el caso de que se traten de prece-

⁴⁴ “Los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1986.

dentes de general o universal aceptación. Quizás, la de mayor fuerza, por su efecto vinculante, es la Jurisprudencia. Por supuesto, vinculante, única y exclusivamente, entre las partes interventoras en el proceso, sea que se trate de un País Miembro o de particulares.

5.- Los Órganos del Sistema Andino de Integración.

Desde la Decisión 236 hasta la 563, pasando por la 406 y la 425 han existido algunos cambios, respecto de los Órganos de la CAN. Si nos remontamos a la Decisión 236, notamos una diferenciación entre lo que dicha norma llamaba: Órganos Principales; Órganos Auxiliares; y, Órganos Subsidiarios.

Dicha norma, llamaba Órganos Principales a: la Comisión, la Junta, el Tribunal Andino de Justicia y el Parlamento Andino; Órganos Auxiliares a: los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andino; y, Órganos Subsidiarios, los que establezca la Comisión⁴⁵.

En la actualidad, los órganos del Sistema Andino de Integración son:

“Art. 6.- El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores;
- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial Andino;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento;
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;

⁴⁵ En adición la Decisión 471 en su Disposición Final indica que los Consejos y Comités vigentes son: El Consejo de Ministros de Agricultura; El Consejo de Ministros de Transportes y Obras Públicas; Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM); Comité Andino de Coordinación Arancelaria; Comité Andino de Asuntos Aduaneros; Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM); Comité Andino para la Protección de las Variedades Vegetales; Comité Andino sobre Recursos Genéticos; Comité Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología; Comité Andino de Autoridades de Transporte Terrestre (CAATT); Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas (CAAA); Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA); Comité Andino de Infraestructura Vial (CAIV); Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL); Comité Andino de Autoridades de Turismo (CAATUR); Comité Andino Agropecuario; Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria (CO-TASA); Comité Andino de Estadística; Comité del Convenio Automotor; Comisión Mixta Andino Europea; Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y responsables de organismos de planificación.

- El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- La Universidad Andina Simón Bolívar;
- Los consejos consultivos que establezca la Comisión; y,
- Los demás órganos e instituciones que se cree en el marco de la integración subregional andina”⁴⁶.

5.1.- Del Consejo Presidencial Andino:

A raíz del Protocolo de Trujillo de 1997, aparece el Consejo Presidencial Andino como el Órgano de mayor jerarquía e importancia dentro del Sistema Andino de Integración. Antes, el de mayor importancia era la Comisión, conforme lo establecía en forma expresa el orden comunitario andino:

“La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia y está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los gobiernos de los Países Miembros...”⁴⁷ (lo subrayado es mío).

Ahora, como queda dicho, El Consejo Presidencial Andino CPA, por expreso mandato de la normativa comunitaria, es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración:

“Art. 11.- El Consejo Presidencial Andino es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración y está conformado por los Jefes de Estado de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena...”⁴⁸ (lo subrayado es mío).

Este texto, aparece, en las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo con una característica muy especial, que es el de otorgarle la categoría, de ser ahora el máximo organismo del Sistema Andino de Integración –SAI-, dejando a un lado a la Comisión como máximo órgano. Lo cual es, altamente preocupante, porque bueno fuera que solo se haya dejando a un lado a la Comisión como máximo organismo del Acuerdo, sino porque en los nuevos textos ya no se habla de la Comisión como el Órgano Legislativo, lo cual eliminaría una de las bases fundamentales de la Teoría de la Aplicabilidad Directa, ya que, no solo por lo establecido en los artículos 2 y 3 es que las Decisiones de la CAN entran en vigencia, sin perjuicio de su aprobación o no por el Congreso Nacional, sino, además, porque ya no

⁴⁶ Decisión 563.

⁴⁷ Decisión 236 (derogada).

⁴⁸ Decisión 563.

sería necesario ir nuevamente a un órgano legislativo para que apruebe o no una norma, si la misma nace ya de un órgano legislativo. Insisto, no obstante, salvamos un poco este temor, en virtud del texto del artículo 17 de la Decisión 563 que líneas atrás comentamos.

Existe Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que justamente hacía referencia a la calidad de legislador andino, de la Comisión. Veamos.

“...El valor jurídico de la Decisiones nace de la legitimidad del órgano comunitario que las emite, esto es, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que por mandato del artículo 6 del Tratado de Cartagena es el Órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia...”⁴⁹ (lo subrayado es mío).

Definitivamente, es una pena que no conste ya en la normativa andina, la disposición que otorgaba a la Comisión poderes de legislación comunitaria. No obstante, seguir siendo de hecho, el Órgano Legislativo del Acuerdo.

El Consejo Presidencial Andino es quien dicta las políticas de integración subregional. Y, es importante señalar, que no solo dicta las políticas a seguir, respecto de los Países Miembros de la CAN, sino también, y quizás mucho más importante todavía, la política a seguir entre la CAN y terceros –sean países o bloques de comercio- con los cuales se quisiera llevar a cabo algún acuerdo de integración, de la materia que fuere –armonización arancelaria, preferencias arancelarias, armonización normativa legal, etc.-.

Es obligación del Consejo reunirse, en forma ordinaria, por lo menos una vez al año, en forma preferente en el país que ostente la presidencia del mismo. Pudiendo hacerlo en forma extraordinaria, cada vez que sea pertinente. Tendrá un presidente que ejercerá la máxima representación política de la Comunidad y durará un año en sus funciones, gestión que será ejercida en forma continua y en orden alfabético. El Presidente será el representante de dicho Consejo y de la Comunidad.

En lo referente a actos normativos, la Decisión 563 no hace expresa referencia a cómo se llaman los actos normativos a través de los cuales se manifiesta el Consejo. Pero tomando en cuenta el texto del inciso segundo del artículo 11 de la Decisión 563, podríamos pensar que los actos se llaman “Directrices”.

⁴⁹ Proceso 12-IP-96.

Artículo 11, segundo inciso: “...Los órganos e instituciones del Sistema ejecutarán las orientaciones políticas contenidas en las Directrices emanadas del Consejo Presidencial Andino”⁵⁰ (lo subrayado es mío).

5.2.- Del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Como lo hice notar al inicio del presente trabajo, soy muy crítico de la función que este Consejo tiene y de las que las Cancillerías de los Países, puedan tener, de alguna forma, competencia para resolver o decidir temas estrictamente de orden comercial. No dudo de que el mismo debería de existir, pero no tiene sentido de que sea éste quien, incluso, se dedique a estos temas. Debería, pues, dedicarse única y exclusivamente, a temas de orden diplomático, función para la que sí tienen experiencia las Cancillerías.

Los actos normativos a través de los cuales se expresa este órgano son las llamadas Declaraciones y Decisiones, las mismas que deben ser adoptadas por consenso y forman parte, tal como lo establece el artículo 1 de la Decisión 472, citado anteriormente en el presente trabajo, del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Actos normativos que, como lo veremos más adelante, pueden ser objeto de recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Deberán reunirse en forma ordinaria dos veces al año, de preferencia en el país que ejerza la presidencia. Y podrán tener, tantas y cuantas reuniones extraordinarias sean solicitadas por un País Miembro. Este órgano será presidido por el Canciller del país que ejerza la presidencia de la CAN.

Quizás y sin temor a equivocarme, la única función de real importancia, que tiene, es la de designar al Secretario General de la CAN.

5.3.- De la Comisión de la Comunidad Andina

Definitivamente mi preferido y, junto con el Tribunal Andino de Justicia y la Secretaría General, el órgano que más ha aportado en la CAN. Principalmente, por el desarrollo de una importante legislación comunitaria. Y, si bien, creo que los órganos legislativos de los países miembros, podrían haber desarrollado igualmente una importante normativa y, además, si bien estoy en contra de que el Ecuador permanezca más en la CAN –debería retirarse y/o celebrar convenios bilaterales⁵¹,

⁵⁰ Decisión 563.

⁵¹ Se pueden celebrar acuerdos comerciales con terceros países, tomando en cuenta: El ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros; las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial; y, un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad. Artículo 2 de la Decisión 598

pero tampoco como el que celebramos con Perú, en virtud del cual dicho país podía exportar harina de pescado al Ecuador (Perú es el primer exportador mundial de dicho producto y afectó a la industria nacional) y graciosamente nosotros podíamos exportar al Perú salmón (en nuestro país el salmón solo se lo ve en el plato, no forma parte de nuestra riqueza ictiológica)- no se puede negar la importante generación de normas que ha hecho, de tiempo en tiempo, el legislador andino.

Tal como lo señalamos anteriormente⁵², cuando nació la CAN, el órgano de mayor jerarquía y, a la vez, el que tenía plenos poderes de legislación era la Comisión. Era y es importante, que quede claro, que la Comisión era el órgano legislativo del acuerdo, tanto más cuanto que era el que, de tiempo en tiempo, expedía las normas que con carácter de ley, se incorporaban al ordenamiento jurídico andino y, por lo tanto, al ordenamiento jurídico nacional de cada uno de los Países Miembros.

Era fundamental que se sepa que era el órgano legislativo, entre otros, por los siguientes motivos: por el principio de aplicabilidad directa ⁵³ para que quede claro que, si se expedía una norma, entraba en vigencia en los Países Miembros sin perjuicio de su aprobación o no por parte del órgano legislativo nacional; y, además, para que quede claro que se trata de un acto normativo con fuerza de ley. Lamentablemente, las últimas codificaciones del Acuerdo, no sé si voluntaria o involuntariamente, han omitido el hacer referencia a las facultades de legislador que tiene la Comisión, lo que podría generar una discusión jurídica –que no es tema de la presente obra- respecto de que si ahora se requiere o no la aprobación del Congreso Nacional, de una Decisión de la CAN. Insisto, sin profundizar en el tema, no creo sea necesaria la aprobación del Congreso Nacional, en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Decisión 563. No obstante, recomiendo a la Comisión y/o al Consejo Presidencial Andino, devuelvan a la Comisión su calidad de legislador comunitario en forma expresa y no tácita.

Como indicaba, es muy importante la generación de normas comunitarias. Buenas y malas, adecuadas y equivocadas, en todo caso perfectibles, han desarrollado normas que han tratado diferentes e importantes tópicos de mucha importancia comunitaria, como: Marcas y Patentes, Derechos de Autor, Transporte Multimodal; Normas de Origen; Empresas Multinacionales Andinas; Doble Tributación; Franja de Precios; Salvaguardias; entre otras que, insisto, han dado origen a una importante obra legislativa cuya principal relevancia, a criterio del autor, radica en la armonización y/o unificación de leyes, lo cual genera un alto grado de seguridad jurídica, ya que, por ejemplo, de generarse un conflicto marcario entre dos o más Países Miembros, sabremos que la norma legal aplicable es la misma.

⁵² Ver Título I, Capítulo I, 5.1

⁵³ Ver Título I, Capítulo II, 3.2

Por otro lado, insisto, con errores y aciertos, es la Comisión la que ha tratado los temas comerciales que involucran a la subregión. Y, por lo menos, en el caso de Ecuador, quienes han formado parte de la Comisión como plenipotenciarios o alternos, siempre han sido funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, en especial, el Ministro y el Subsecretario de Comercio Exterior, quienes, independiente de quien ostente el cargo, por lo menos tienen las herramientas adecuadas para hacer un buen papel. Que en la práctica no lo hayan hecho algunos es otra cosa, porque han habido Ministros y/o Subsecretarios que realmente han cometido serios errores y no han hecho nada por mejorar la posición del Ecuador dentro de la CAN y, por supuesto, otros que sí lo han hecho, como: Xavier Neira Menéndez, Ricardo Noboa Bejarano y Juan Falconi Puig. Podría decir, con el temor a que mi comentario no sea bien recibido por los otros Ministros, que los demás fallaron y muy seriamente.

Este órgano, debe tener por lo menos tres reuniones ordinarias por año y, en forma extraordinaria, las veces que sea necesaria, previa convocatoria por parte del Presidente de la Comisión –la preside el país que preside la CAN⁵⁴-, a petición de uno cualquiera de los Países Miembros⁵⁵.

Los actos normativos a través de los cuales se manifiesta son las llamadas Decisiones⁵⁶.

Importante es hacer referencia a la forma en cómo deben ser expedidas las Decisiones –recordemos que es un cuerpo colegiado-, en lo que a su aprobación por parte de los países se refiere o a la votación que debe preceder a la misma. La regla general es que debe haber mayoría absoluta para que una norma tenga plena y total vigencia⁵⁷. No obstante, existen unos casos de excepción en los que, a pesar de que exista mayoría absoluta, no pueden haber votos negativos⁵⁸.

Veamos:

“Art. 26.- La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Se exceptúan de esta norma general:

⁵⁴ Artículo 4 de la Decisión 471.

⁵⁵ Artículos 24 de la Decisión 563 y 15 de la Decisión 471.

⁵⁶ Artículo 21 de la Decisión 563.

⁵⁷ Artículos 26 de la Decisión 563 y 24 de la Decisión 471.

⁵⁸ En adición a lo señalado en el trabajo, revisar similar norma en el artículo 25 de la Decisión 471.

- a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo. La Comisión podrá incorporar nuevas materias en dicho Anexo con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros;
- b) En los textos que se enumeran en el Anexo II las propuestas de la Secretaría General deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo. Las propuestas que contaren con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, pero que fueren objeto de algún voto negativo, deberán ser devueltas a la Secretaría General para la consideración de los antecedentes que hayan dado origen a dicho voto negativo. En un plazo no menor de dos meses ni mayor de seis, la Secretaría General elevará nuevamente la propuesta a la consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas y, en tal caso, la propuesta así modificada se estimará aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, sin que haya voto negativo, pero no se computará como tal el del país que hubiere votado negativamente en oportunidad anterior; y,
- c) Los programas y proyectos de Desarrollo Industrial deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo⁵⁹ (lo subrayado es mío).

Como notarán, salvo las excepciones especialmente señaladas en los Anexos I y II de la Decisión 563, las Decisiones de la CAN pueden ser aprobadas por mayoría absoluta de votos. Las referidas excepciones se refieren básicamente a: delegación de atribuciones a la Secretaría General, aprobación de propuestas de reforma al Protocolo, aprobación de programas de integración física; aprobación de programas de liberación, incorporación de otro país al Acuerdo, entre otros.

Pero, llama mucho la atención, y creo es un error del legislador andino, el establecer que para ciertos actos se requiere no solo la mayoría absoluta, sino, también, que no haya voto negativo por otro lado, el segundo inciso del literal a) del antes mencionado artículo 26, indica que para reformar el Anexo I solo se requiere mayoría absoluta. No tiene sentido, pues, que se requiera que no se dé un voto negativo, en temas relacionados con el Anexo I, pero que para la reforma del Anexo I no haya también esa especie de derecho de veto.

Además, por otro lado, parecería haber un tratamiento diferente —en lo que al derecho al veto y su procedimiento se refiere— entre los temas que constan en el Anexo I, II y lo referente al programa de liberación. Ya que, solo para el caso del Anexo

⁵⁹ Decisión 563.

II, en forma expresa se indica, que sucede cuando se ejerza por parte de uno cualquiera de los Países Miembros lo que hemos llamado “derecho de veto” pero, por lo menos en forma expresa en dicho artículo 26 no se dice nada en los otros casos. Por tanto, deberemos remitirnos al artículo 27 de la Decisión 563, que obliga al proponente de la norma vetada a recibirla de regreso, para que considere los antecedentes, causas y justificaciones que motivaron su negativa. Éste –el proponente, que puede ser la Secretaría General o los Países Miembros-, deberá en un lapso no menor a un mes ni mayor a tres, proponerla nuevamente con las pertinentes modificaciones para su posterior aprobación.

Pero, en adición a lo que comentamos, para otro tema en especial, es muy importante la determinación de si un país aprobó o no una Decisión ya que, dependiendo de si un país aprobó o no una Decisión, podrá éste, intentar o no una acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia.

“Art. 18.- Los Países Miembros solo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo”⁶⁰.

Entre las atribuciones de la Comisión encontramos:

“Art. 22.- Corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina:

- a) Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- b) Adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino;
- c) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia;
- d) Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980;
- e) Aprobar y modificar su propio reglamento;

⁶⁰ Decisión 472.

- f) Aprobar, no aprobar o enmendar las propuestas que los Países Miembros, individual o colectivamente, o la Secretaría General sometan a su consideración;
- g) Mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración, con miras a propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes;
- h) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo;
- i) Aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como fijar la contribución de cada uno de los Países Miembros; y,
- j) Someter a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la propuesta de Reglamento de la Secretaría General.

En el cumplimiento de sus funciones, la Comisión considerará de manera especial la situación de Bolivia y Ecuador en función de los objetivos de este Acuerdo, de los tratamientos preferenciales previstos en su favor y del enclaustramiento geográfico del primero”⁶¹.

5.4.- De la Secretaría General y de los Directores Generales

5.4.1.- De la Secretaría General

Hablar de la Secretaría General, sin hacer referencia a la vieja y ya inexistente Junta del Acuerdo de Cartagena, resultaría completamente diminuto, por lo que considero muy importante comentar, aunque sea en forma breve, sobre la Junta.

La Junta del Acuerdo de Cartagena fue el primer órgano técnico que tuvo la CAN. Nos remontamos al año 1969 (año de creación de este ente comunitario), para hacer referencia a la Decisión 236⁶², que fuera la primera Decisión que establecía la forma en cómo se integraba el en ese entonces llamado Acuerdo de Cartagena, que ha sido reformado por otras Decisiones –realmente Protocolos- instrumentados en las Decisiones 406 y 563 (realmente codificaciones), pasando por el Pro-

⁶¹ Decisión 563. Revisar similar norma en el artículo 11 de la Decisión 471.

⁶² Publicada en el Registro Oficial número 32, correspondiente al 23 de septiembre de 1988.

toloco de Cartagena {Decisión 102, en virtud de la cual se retira Chile}, los Protocolos de Lima (amplía plazos), Arequipa, Quito, Sucre y Trujillo –reforma estructura orgánica de la CAN-.

La concepción de la Junta fue de orden técnico, a diferencia de la Secretaría General de tipo más bien ejecutivo, sin dejar lo técnico. Entre sus funciones constaba: velar por la aplicación del Acuerdo, efectuar estudios técnicos, desempeñar la función de Secretaría del Acuerdo, entre otras⁶³. Un ecuatoriano estuvo mucho tiempo en la Junta, me refiero a José Serrano, a quien conocí allá por los años 91-92. También estuvo Bruno Faiduti.

Con la expedición del Protocolo de Trujillo –modificatorio al Acuerdo de Cartagena- se crea o, mejor dicho, se sustituye con diferentes funciones –de mayor responsabilidad- y con especiales poderes, la Secretaría General, como órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Al momento de su creación, se discutió mucho en la CAN sobre la importancia de que sea un ex presidente de un País Miembro, quien ejerza las funciones de Secretario General. En nuestro país sonaron nombres como los de Oswaldo Hurtado Larrea y Rodrigo Borja Cevallos, pero la designación recayó en el ya desaparecido Sebastián Alegret -de nacionalidad venezolana-. Luego, fue designado Guillermo Fernández –colombiano- y Ecuador perdió una gran oportunidad para que sea un ecuatoriano quien ejerza dichas funciones. Solo obtuvimos la Dirección General –segundo cargo en importancia- en la persona del señor Richard Moss Ferreira, quien hasta poco antes de su designación se había desempeñado como Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad del Ecuador. Se trata de un profesional muy joven e inteligente, a quien creo solo le falta un poco más de empuje en el ejercicio de sus funciones – importante es indicar que aprecio y respecto al señor Moss Ferreira-, en su reemplazo está ahora Cristian Espinoza. Otros nombres que sonaron fueron los de León Roldós Aguilera, Juan Falconi Puig y Roberto Illingworth Cabanilla. Por su perfil Falconi e Illingworth hubieran sido perfectos.

Pero, coincidentemente mientras escribo estas líneas, se ha designado ya un nuevo Secretario General de la Comunidad Andina, como consecuencia de la renuncia de Guillermo Fernández de Soto –colombiano-. Se comenta que su renuncia se daría por la poca importancia del cargo en la actualidad y por su potencial designación como Embajador de su país en algún lugar de Europa. Y, el Perú, en forma astuta y muy hábil, se acaba de aprovechar de la indicada renuncia, para obtener la de-

⁶³ Artículo 15 de la Decisión 236.

signación como Secretario General de quien venía ejerciendo las funciones de Canciller, el señor Alan Wagner Tizón⁶⁴.

Resulta increíble, pues, que se designe como Secretario General al nacional de un país que no se encuentra en forma firme dentro de la Comunidad –aplica todo lo que le conviene y no aplica lo que le es desfavorable- (recordemos el waiver que tiene el Perú desde hace aproximadamente diez años). Este acto no es sino un triunfo político para el Perú y una irresponsabilidad por parte de los miembros de la CAN, al premiar a un país que, insisto, no se encuentra realmente dentro de la Comunidad⁶⁵.

La Secretaría General tiene sede en la ciudad de Lima, donde se encuentra todo el aparato burocrático-administrativo de la Comunidad. El Secretario General es elegido por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y dura cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por una sola vez. Los actos normativos a través de los cuales se expresa la Secretaría General se llaman Resoluciones.

Quien elige al Secretario General es el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

“Art. 29.- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se reunirá en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, por lo menos una vez al año y, a nivel de alternos, cada vez que lo considere necesario, a fin de tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés de ambos órganos, tales como:

b) Elegir y, cuando corresponda, remover al Secretario General de la Comunidad Andina...”⁶⁶.

“Art. 29.- La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. La Secretaría General otorgará apoyo técnico, cuando corresponda, a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

La Secretaría General estará dirigida por el Secretario General. Para el desempeño de sus funciones se apoyará en los Directores Generales,

⁶⁴ Electo el 14 de noviembre de 2003, en el marco de la reunión ampliada de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, con ocasión de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

⁶⁵ Ver Decisión 414.

⁶⁶ Decisión 563.

según el reglamento respectivo. Dispondrá además del personal técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones. La Secretaría General se expresará mediante Resoluciones⁶⁷.

“Art. 5.- El Secretario General es elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con los representantes ante la Comisión, por un período de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez.

A los efectos del presente artículo, habrá consenso cuando concurra la voluntad de todos los miembros ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada o no exista manifestación expresa en contrario⁶⁸.

“Art. 1.- La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión. La Secretaría General actuará únicamente en función de los intereses de la Subregión⁶⁹.

“Art. 2.- La Secretaría General está a cargo de un Secretario General. Para el cumplimiento de sus funciones contará con el apoyo de los Directores Generales y del personal técnico y administrativo que sea necesario⁷⁰.

“Art. 3.- Corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina:

- a) Velar por la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Formular Propuestas de Decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión y presentar iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;

⁶⁷ Decisión 563.

⁶⁸ Decisión 409.

⁶⁹ Decisión 409 de la CAN.

⁷⁰ Decisión 409 de la CAN.

- c) Prestar apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y efectuar los estudios técnicos y las coordinaciones que éstos le encomienden para el buen desarrollo de la integración y que a su juicio sean pertinentes;
- d) Evaluar e informar anualmente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión sobre los resultados de la aplicación del Acuerdo de Cartagena y el logro de sus objetivos, prestando especial atención al cumplimiento del principio de distribución equitativa de los beneficios de la integración, y proponer las medidas correctivas pertinentes;
- e) Elaborar su programa anual de labores, en concordancia con el Proyecto de Presupuesto;
- f) Administrar y aplicar los tratamientos especiales en favor de Bolivia y Ecuador, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- g) Administrar la aplicación del Arancel Externo Común;
- h) Mantener vínculos permanentes de trabajo con los Países Miembros, coordinando con el organismo nacional de integración que cada país señale para tal efecto;
- i) Promover reuniones periódicas de los organismos nacionales encargados de la formulación o ejecución de la política económica y de los que tengan a su cargo la planificación;
- j) Mantener relaciones y vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación, así como con organismos internacionales u otras entidades;
- k) Dar apoyo técnico a la Secretaría Pro - Tempore del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y actuar como Secretaría de las reuniones que en forma ampliada realice este último, al igual que de las de la Comisión, de sus respectivas reuniones ampliadas, de los Consejos, Instituciones Consultivas, Comités y de la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración, llevando las actas de dichas reuniones;
- l) Participar con derecho a voz en las sesiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, y de sus respectivas reuniones

ampliadas, salvo las de carácter privado, y asistir a todas las reuniones de estos órganos donde se discutan y adopten Decisiones;

m) Mantener y administrar el patrimonio y acervo documental de la Comunidad Andina, siendo depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del Sistema Andino de Integración;

n) Editar la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena;

o) Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; y,

p) Ejercer las demás atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como aquellas que le encomienden o confieran los órganos decisorios del Acuerdo...⁷¹.

Podemos revisar en tres actos normativos diferentes, estos son: las Decisiones 563, 409 y 425, los actos respecto de los cuales es competente la Secretaría General. Pero, como verán, muchas actividades y/o funciones, revisten muy poca importancia, para un órgano de la importancia que debiere tener, el órgano ejecutivo superior de un bloque de integración.

Funciones que sí revisten algún tipo de importancia para la Secretaría son, por ejemplo:

a) Resolver sobre dictámenes previos al ejercicio de acciones de incumplimiento.⁷²

b) Resolver, en segunda instancia, sobre las medidas de salvaguardia que apliquen los órganos competentes de los Países Miembros.⁷³

c) Resolver, respecto de los Recursos de Reconsideración interpuestos, en contra de sus mismos actos.⁷⁴

d) Etc.

No podemos continuar hablando de la Secretaría General, sin hacer referencia al cargo de Secretario General –así como de los demás funcionarios y empleados de la Secretaría General-, función como hemos comentado líneas atrás, que ha querido ser especialmente tratada, en forma tal de designar a personas de primer nivel

⁷¹ Decisión 409 de la CAN

⁷² Ver Sección Segunda de la Decisión 472.

⁷³ Ver artículos 92, 95, 96, 97 y 98 de la Decisión 563.

⁷⁴ Ver artículo 37 de la Decisión 425.

para ocupar el cargo. No obstante, no se pudo avanzar en designar a un ex presidente andino –de la nación que fuera- lo cual hubiera dado un alto grado de prestigio a dicha representación.

Es importante indicar, que una vez que algún nacional de un país comunitario, entra a formar parte de la Secretaría General, en la función que fuere, podríamos pensar que adquiere una especie de nacionalidad comunitaria, que le impide tomar partido por un país –incluso el suyo-, ya que deberá actuar, siempre y necesariamente, en función de los intereses de la Comunidad y no de un determinado país.

“Art. 8.- El Secretario General actuará únicamente en función de los intereses de la Comunidad Andina”⁷⁵.

Entre sus funciones, encontramos las siguientes:

“Art. 11.- Corresponde al Secretario General de la Comunidad Andina:

- a) Velar por la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y determinar, de oficio o a petición de parte, los casos en los que exista incumplimiento de dicho ordenamiento;
- b) Expedir las Resoluciones, Propuestas, Laudos Arbitrales y demás actos de la Secretaría General;
- c) Aprobar, mediante Resolución, el Reglamento Interno de la Secretaría General, previa opinión favorable de la Comisión;
- d) Determinar, de oficio o a petición de parte, si una medida adoptada por cualquier País Miembro constituye gravamen o restricción;
- e) Ejercer la representación jurídica de la Secretaría General;
- f) Elaborar iniciativas y sugerencias sobre reglamentos y normas. Asimismo, proponer la modificación de normas existentes que regulen las competencias comunitarias y sobre todas las demás medidas que juzgue necesarias para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo;
- g) Presentar a la Comisión iniciativas relativas al presente Reglamento;

⁷⁵ Decisión 409.

-
- h) Presentar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada, iniciativas relativas al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General;
- i) Disponer mediante Resolución la estructura orgánico - funcional de la Secretaría General, previa opinión favorable de la Comisión;
- j) Designar, previa consulta con los Países Miembros, dirigir y remover, cuando corresponda, a los Directores Generales;
- k) Designar expertos especiales, conforme a lo previsto en el presente Reglamento, y en las normas especiales que se dicten;
- l) Contratar, dirigir y remover, conforme al presente Reglamento y al Reglamento Interno de la Secretaría General, al personal técnico y administrativo;
- m) Encargar la ejecución de trabajos específicos a consultores en determinadas materias;
- n) Designar al funcionario que deberá ejercer las labores de Secretario y de representante de la Secretaría General en las reuniones de los órganos a que se refiere el literal j) del artículo 3 de este Reglamento;
- o) Participar con derecho a voz en las sesiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de sus respectivas reuniones ampliadas, así como en las de los Consejos, Comités y Reuniones de Representantes de las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración y, cuando sea invitado, en las reuniones de los demás órganos e instituciones de dicho Sistema;
- p) Presentar a la Comisión el proyecto de presupuesto anual, basado en el programa anual de labores y debidamente sustentado, para su aprobación;
- q) Informar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada, anualmente y cuando este órgano se lo solicite, sobre las actividades de la Secretaría General y los avances en la marcha del proceso de integración;
- r) Solicitar a los Presidentes de la Comisión o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la convocatoria de reuniones extraordinarias;

- s) Solicitar al Presidente de la Comisión, la convocatoria a reuniones como Comisión Ampliada;
- t) Gestionar la asistencia técnica ante gobiernos, organismos internacionales y otras entidades y convenir los términos en que ésta será prestada;
- u) Dar fe de la autenticidad de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del Sistema Andino de Integración;
- v) Dirimir controversias entre particulares, mediante arbitraje, en la forma prevista en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena;
- w) Delegar el ejercicio de las funciones previstas en los literales d), l), m), o), t) y u), en funcionarios de la Secretaría General, conforme a lo que se dispone en el Reglamento Interno de la Secretaría General; y,
- x) Ejercer las demás funciones y atribuciones que le asigne el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁷⁶.

5.4.2.- De los Directores Generales

Existen, además, dentro de la estructura organizacional de la Secretaría General, tres directores, quienes, en adición de suplir, en caso de ausencia temporal o definitiva, al Secretario General, también tienen áreas de responsabilidad definidas.

La Secretaría General contará con Directores Generales, los cuales deberán ser nacionales de los Países Miembros. Tendrán a su cargo una Dirección General por áreas temáticas, determinadas en función de la estructura orgánico - funcional de la Secretaría General.

“Art. 16.- La Secretaría General contará con Directores Generales, los cuales deberán ser nacionales de los Países Miembros. Tendrán a su cargo una Dirección General por áreas temáticas, determinadas en función de la estructura orgánico - funcional de la Secretaría General⁷⁷.”

“Art. 17.- La designación de los Directores Generales por parte del Secretario General se realizará previa consulta con los Países Miembros, a través de

⁷⁶ Decisión 409.

⁷⁷ Decisión 409.

los organismos nacionales de integración. Dicha designación será por un período de tres años, el cual podrá ser renovado por una sola vez⁷⁷⁸.

“Art. 18.- Corresponde a los Directores Generales:

- a) Planificar, organizar, dirigir y controlar la marcha de la Dirección a su cargo;
- b) Presentar, dentro de los plazos establecidos, informes al Secretario General sobre los casos en los que se controvertan los intereses de dos o más Países Miembros, cuando hubieren sido designados como expertos especiales;
- c) Dirigir al personal a su cargo y velar por que éste cumpla con sus funciones;
- d) Proponer al Secretario General la contratación de personal, en coordinación con las dependencias encargadas de los asuntos administrativos y de cooperación técnica;
- e) Elaborar documentos de base sobre los asuntos que correspondan a su Dirección;
- f) Elaborar y dirigir la ejecución de los programas de cooperación técnica a cargo de su Dirección;
- g) Convocar a reuniones técnicas;
- h) Elaborar el Proyecto de programa anual de labores de su Dirección;
- i) Colaborar y supervisar los procedimientos e investigaciones que correspondan a su Dirección;
- j) Dirigir los estudios técnicos;
- k) Coordinar sus acciones con las demás Direcciones Generales y dependencias de la Secretaría General, en lo que corresponda; y,
- l) Ejercer las demás funciones y atribuciones que el Secretario General les asigne⁷⁷⁹.

⁷⁸ Decisión 409.

⁷⁹ Decisión 409.

A la fecha de escribir estas palabras, los tres Directores Generales son: Héctor Maldonado Lira, venezolano, Ex Ministro de Industrias y Comercio Jefe de Integración Física de la Junta del Acuerdo de Cartagena, entre otros cargos; Richard Moss Ferreira⁸⁰, ecuatoriano, ex Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, entre otros cargos; y, Antonio Aranibar Quiroga, boliviano, Ex Canciller, Ministro de Energía e Hidrocarburos (e) y miembro de la Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos.

Otros funcionarios, de importancia son:

- Secretario del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: José Antonio García Belaúnde.
- Secretario de la Comisión: Gustavo Guzmán Manrique.
- Asesor Jurídico de la Secretaría General de la CAN: Santiago Rojas Arroyo.
- Gerente General de Operaciones y Finanzas: Mónica Naranjo Meza.
- Jefe del Gabinete del Secretario General: Fernando Quirós Campos.
- Asesores: Alfredo Barnechea, José Antonio García Belaúnde y Saúl Pineda

5.5.- Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Con aciertos y yerros, definitivamente, podría pensar que este sí es otro órgano importante, dentro del Sistema Andino de Integración. Su jurisprudencia, de tiempo en tiempo, ha venido a desarrollar una importante y rica fuente de derecho, en beneficio de la Comunidad toda.

Cuando fue creado el Tribunal, tenía solo tres funciones, éstas eran las de resolver acciones de nulidad, de incumplimiento y la llamada interpretación prejudicial. Posteriormente, se incorporaron tres funciones más, a saber: omisión por inactividad, arbitraje y laboral.

La sede del Tribunal Andino de Justicia es la ciudad de Quito ⁸¹ y se encuentra integrado por un Magistrado por cada uno de los Países Miembros y, como especial condición para poder acceder a tal designación, se entiende que deben reunir los mismos requisitos que debieran tener, en el caso de que quisieran aspirar a la máxima magistratura judicial en cada uno de sus países⁸². En tal forma que, si un ecuatoriano aspira a ser miembro del Tribunal, deberá reunir los mismos requisitos que debería de tener, para acceder al cargo de Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Importante es indicar que tienen un trato especial –

⁸⁰ Ahora en su reemplazo está Cristian Espinoza.

⁸¹ Ver artículos 41 de la Decisión 563.; y 5 de la Decisión 472.

⁸² Ver artículo 6 de la Decisión 472.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas- y tendrán la categoría equivalente a la de Jefes de Misión.

5.5.1.- De la Acción de Nulidad

Los actos normativos expedidos por los órganos del Sistema Andino de Integración, pueden ser objeto de Recurso de Nulidad, sea cual fuere el órgano que lo expida y sea cual fuere el acto normativo del que se trate. Esto es, podrá ser objeto del recurso de nulidad tanto una Resolución de la Secretaría General como una Decisión de la Comisión. Con la excepción de las directrices del Consejo Presidencial Andino, que no pueden ser objeto de esta acción de nulidad.

Para inteligenciarlos de mejor forma, debemos acudir necesariamente a los textos de los artículos 17 de la Decisión 472⁸³; así cómo, a los artículos 11 y 12 de la Decisión 425⁸⁴, cuyos textos considero pertinente transcribir:

El texto del artículo 17 de la Decisión 472 dice:

- “Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 de ese Tratado”. (lo subrayado es mío).

Trascribo a continuación los artículos 11 y 12 de la Decisión 425:

“Art. 11.- Corresponderá al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declarar, conforme al ordenamiento jurídico andino, la nulidad de los actos y resoluciones de la Secretaría General, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV del presente Reglamento.

Art. 12.- Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

⁸³ Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁸⁴ Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

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

Importante es indicar que el hecho de que no se verifique una nulidad de pleno derecho, igual podría hacer anulables a cualquiera de los actos normativos respecto de los cuales se puede interponer una acción de nulidad. E igualmente, que la nulidad puede afectar todo o una parte del acto normativo impugnado.

“Los vicios de los actos de la Secretaría General que no lleguen a producir la nulidad de pleno derecho conforme al artículo anterior, los harán anulables”⁸⁵.

“Cuando los vicios se refieren sólo a parte del acto, lo que no se afecte, conservará plena validez”⁸⁶.

La Acción de nulidad puede ser solicitada por los Países Miembros y/o por las personas naturales o jurídicas.

Respecto de esta acción, merece especial atención, un requisito de procedibilidad, aplicable solo a los Países Miembros que intenten interponer la misma, cual es la de que el país que la intente, no haya votado a favor de la misma en el momento de su aprobación. Así, por ejemplo, si se reúne la Comisión a efectos de aprobar un nuevo Régimen de Propiedad Intelectual y el Ecuador da su voto afirmativo, el día de mañana la República del Ecuador no podrá intentar una acción de nulidad en contra de la referida norma. Por tanto, es fundamental una expedita y seria revisión y estudio de todas y cada una de las normas que se emiten, a efecto de no perder el día de mañana, la posibilidad de nulitar la misma. Lamentablemente, en la práctica, no sucede esto y, en muchas ocasiones, las Decisiones son aprobadas por presión y/o por negociaciones internas a cambio del algo que necesite el país cuyo voto se quiere obtener. Este requisito no es aplicable cuando, quienes intenten la acción de nulidad, sean personas naturales o jurídicas⁸⁷.

La acción de nulidad deberá ser presentada dentro de los dos años posteriores a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo. Pero, llegado un momento, podría haber prescrito el plazo establecido, esto es, los dos años a los que se refiere el artículo 20 de la Decisión 472, no

⁸⁵ Decisión 425.

⁸⁶ Decisión 425.

⁸⁷ Artículo 19 de la Decisión 472.

obstante, igual existe la posibilidad de solicitar al juez que esté resolviendo la causa la declaratoria de inaplicabilidad de la norma. En este caso, el juez nacional deberá suspender el proceso y consultará al Tribunal de Justicia, respecto de la legalidad del acto impugnado⁸⁸ y, los efectos de la acción, no afectarán la eficacia o vigencia de la norma o convenio impugnado, salvo que la vigencia del (la) mismo (a) pudieran causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación. Para tal fin se podrá exigir el otorgamiento de una caución⁸⁹.

5.5.2.- De la Acción de Incumplimiento

Desafortunadamente, lo que más hay en la Comunidad Andina, son incumplimientos. Y, en forma deleznable, se quiere hacer aparecer al Ecuador, como el país más incumplidor, por ser nuestro país, quien supuestamente más demandas de este tipo habría recibido. Pero, el único motivo por el cual quizás el Ecuador sea el país que más acciones haya recibido, es por la inacción, por parte de las autoridades ecuatorianas, de iniciar similares acciones, contra los demás países. Además, es conocido, que los grandes incumplidores son Colombia y Venezuela. Sumado ahora el Perú, con su especial régimen –waiver-⁹⁰.

La acción de incumplimiento podría tener origen en: la Secretaría General, un País Miembro o una persona natural y/o jurídica.

5.5.2.1.- En tratándose de la Secretaría General

La Secretaría General puede considerar que un País Miembro esté incumpliendo uno cualquier de sus compromisos andinos, en ese caso, la Secretaría General formulará observaciones por escrito al país incumplidor. Contestada por el país supuestamente incumplidor las observaciones, deberá la Secretaría emitir un dictamen. Y, si el mismo fuere de incumplimiento y el país continuare con el acto que motivó las observaciones, la Secretaría General podrá acudir al Tribunal de Justicia del Acuerdo para solicitar su pronunciamiento. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría.

La normativa pertinente nos indica:

“...Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formu-

⁸⁸ Artículo 20 de la Decisión 472

⁸⁹ Artículo 21 de la Decisión 472

⁹⁰ Ver Decisión 414.

lará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la propuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General...⁹¹.

En este punto, deberá tomarse en cuenta, lo establecido en la Sección I de la Decisión 623, que establece los pasos a seguir en la llamada Fase Prejudicial. Tanto en la parte procedimental, cuanto en los requisitos de fondo y forma con los que debe cumplir la nota de observación y el dictamen.

En lo que respecta a la nota de observaciones, la misma deberá contener:

- Identificación y descripción de las medidas o conductas que la Secretaría General considera que configuran el incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente.
- La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento.
- Las razones por las cuales la Secretaría General considera que las medidas o conductas del País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas.
- En el caso de que la Secretaría General considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante⁹², las razones que sustenten dicha consideración; y,
- La indicación de un plazo prudencial compatible con la gravedad del caso para contestar las observaciones, que no deberá ser mayor de sesenta días calendario ni menor de diez días hábiles. En el caso de incumplimientos flagrantes o cuando el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al

⁹¹ Artículo 23 de la Decisión 474.

⁹² Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad. Artículo 24 de la Decisión 623.

comercio calificado por Resolución, el plazo concedido no deberá exceder de veinte días hábiles⁹³.

Importante es señalar que respecto del Dictamen que dicte la Secretaría General, sea o no de incumplimiento, no cabe Recurso de Reconsideración y se podrá acudir directamente al Tribunal⁹⁴.

El dictamen deberá contener:

- Una relación de las actuaciones del procedimiento iniciado por la Secretaría General.
- La identificación y descripción de las medidas o conductas que fueron materia de la nota de observaciones.
- La referencia a la contestación de la nota de observaciones.
- La Exposición de los motivos sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias.
- La indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento.
- Cuando corresponda, la indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso no menor a quince días ni mayor a treinta días para que el País Miembro informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición en relación con el Dictamen⁹⁵.

5.5.2.2.- En tratándose de un País Miembro o Personas Naturales y/o Jurídicas

Podría ser que un país, directamente, sea quien intente la acción. En tal caso, deberá elevar el caso a conocimiento de la Secretaría General. Luego, el trámite es muy parecido al señalado en el punto anterior. Esto es, deberá la Secretaría emitir un dictamen y si fuere de incumplimiento, ésta –la Secretaría General- deberá solicitar al Tribunal de Justicia del Acuerdo su pronunciamiento.

Pero, podría darse el caso, que la Secretaría General demore su accionar en acudir al Tribunal a solicitar su pronunciamiento. En tal caso, el país podrá acudir directamente al Tribunal, si la Secretaría ha demorado más de sesenta días en ir directamente al Tribunal.

⁹³ Artículo 4 de la Decisión 623.

⁹⁴ Artículo 10 de la Decisión 623

⁹⁵ Artículo 9 de la Decisión 623

Y, en adición, puede que la Secretaría General no solo que demore solicitar su pronunciamiento al Tribunal, puede ser también, que se encuentre en mora en la preparación del dictamen requerido –más de sesenta y cinco días luego de presentado el reclamo- o, en su defecto, que emitido el dictamen, no sea de incumplimiento. En estos dos últimos casos, podrá el país reclamante acudir directamente al Tribunal.

La normativa pertinente nos indica:

“Art. 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenidos resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su Reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal. Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal”⁹⁶.

Si es una persona natural o jurídica se deberá seguir un procedimiento similar como si se tratara de una acción intentada por un País.

La normativa pertinente nos indica:

“Art. 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24...”⁹⁷.

⁹⁶ Decisión 472.

⁹⁷ Decisión 472.

En este punto, deberá tomarse en cuenta, lo establecido en la Sección II de la Decisión 623, que establece los pasos a seguir en la llamada Fase Prejudicial, tanto en la parte procedimental, cuanto en los requisitos de fondo y forma con los que debe cumplir el reclamo y el dictamen.

El Reclamo deberá contener:

- Identificación completa del reclamante.
- La expresión de que actúa conforme al artículo 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trate de reclamos formulados por un País Miembro; o del artículo 25 cuando se trate de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos.
- La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente.
- La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento.
- Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas.
- En el caso de que el reclamante considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante⁹⁸, las razones que sustenten dicha consideración.
- Cuando sea un País Miembro, que sea suscrito por autoridad competente⁹⁹.

Por su parte, el dictamen deberá contener:

“Artículo 21.- ...

- Una relación de las actuaciones del procedimiento.
- La identificación y descripción de las medidas o conductas que fueron materia del reclamo.
 - Una relación de los argumentos del reclamo y de la contestación.
 - La exposición de los motivos de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias, sobre la base de los argumentos del reclamo y la contestación.
 - La conclusión de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias.
 - La indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el cumplimiento.

⁹⁸ Ver Decisión 414.

⁹⁹ Artículo 14 de la Decisión 523.

- Cuando corresponda, la indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso, no menor de quince (15) ni mayor de treinta (30) días, para que el País Miembro, informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición en relación con el dictamen¹⁰⁰.

Importante es señalar que respecto del Dictamen que dicte la Secretaría General, sea o no de incumplimiento, no cabe Recurso de Reconsideración y se podrá acudir directamente al Tribunal¹⁰¹.

5.5.2.3.- Efectos de la Sentencia

De expedirse una sentencia de incumplimiento, el país incumplido, deberá adoptar las medidas necesarias en un lapso no mayor de noventa días. Pero, es fundamental señalar, que no se trata de una sentencia que no tenga efectos jurídicos o quede, única y exclusivamente, en el plano moral. NO. Definitivamente, la misma tiene pleno poder y, en el caso de que el país incumplido continúe su inacción de corregir el acto que originó la demanda de incumplimiento, el Tribunal en un trámite sumario y previa opinión del Tribunal determinará los límites dentro de los cuales, el país reclamante, o cualquier otro País Miembro, pueda restringir o suspender, sea en forma parcial o total, las ventajas otorgadas en virtud del Acuerdo de Integración Andino.

5.5.2.4.- Imposibilidad de duplicar mecanismo de solución respecto de un incumplimiento

La Decisión 472 establece dos vías de acción, para corregir las distorsiones o problemas que se puedan generar, como consecuencia de un incumplimiento, a saber: la acción propiamente dicha; o, la posibilidad de que las personas naturales y/o jurídicas acudan ante los jueces nacionales, de conformidad con el derecho interno de cada uno de los Países Miembros. Pero, las referidas acciones, no podrán ser ejercidas en forma simultánea. Es decir, o acudimos al Tribunal de Justicia del Acuerdo o vamos al Tribunal Nacional¹⁰².

En este sentido el Tribunal Andino de Justicia ha dicho:

“...La forma y procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones que adquieran los Estados miembros en virtud de los compromisos de protección a la integridad jurídica del Acuerdo de Cartagena, que contempla

¹⁰⁰ Decisión 623.

¹⁰¹ Artículo 22 de la Decisión 623.

¹⁰² Inciso 1 del artículo 25 de la Decisión 472.

el artículo 5 del Tratado del Tribunal, está consagrada en el artículo 27 del mismo ordenamiento, que otorga garantías incluso procesales a los individuos, al asignar a los tribunales nacionales competencia, de acuerdo con las prescripciones del derecho interno, para conocer las causas que les presenten las personas naturales y jurídicas de cada país, que resulten afectadas por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por cada Estado según el artículo 5 del Tratado...¹⁰³ (lo subrayado es mío).

Podríamos concluir diciendo que se trata de una acción indirecta –calificación del autor- ya que sea quien sea que la intente, deberemos acudir al Tribunal a través de la Secretaría General, salvo en el caso de mora procesal.

5.5.3.- De la Interpretación Prejudicial

Se trata, pues, de un recurso procesal de especial aplicación y llegado un momento, de mandatoria aplicación. En efecto, en todos los procesos, que se ventilen ante uno cualquiera de los jueces nacionales de uno cualquiera de los Países Miembros, en los cuales, unos de los fundamentos de derecho sea una norma andina, dependiendo de si se trate de un juez de última instancia –será obligatorio- o de un juez, cuya sentencia pueda ser objeto de recurso en el derecho interno –opcional- deberemos o no suspender el proceso y enviarlo al Tribunal de Justicia del Acuerdo, con el objeto que se proceda con la llamada Interpretación Prejudicial.¹⁰⁴

Es importante el concepto de obligatoriedad, especialmente, cuando es mandato para el juez nacional –cuando se trate de un juez de última instancia- acoger en su fallo la Interpretación del Tribunal tal como lo establece la normativa andina:

“Art. 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”¹⁰⁵.

Sobre esto el Tribunal Andino de Justicia ha indicado:

“...Por lo demás, resulta evidente que funcionarios y jueces nacionales, al interpretar, apreciar o valorar la idoneidad de las pruebas que se hayan presentado para los efectos del artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, están en la obligación de tener muy presente la interpretación que de la norma común haya dado el Tribunal comunitario. Esta obligación es el resultado del efecto prevalente que tienen las normas de la

¹⁰³ Proceso No. 6-IP-93. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III, página 100.

¹⁰⁴ Artículo 33 de la Decisión 472.

¹⁰⁵ Decisión 472.

integración y se deduce, tanto de lo dispuesto por vía general por el artículo 5 del Tratado que creó este Tribunal, como del artículo 3 ibídem en lo referente a la interpretación prejudicial...¹⁰⁶ (lo subrayado es mío).

Y aquí cabe una reflexión muy importante y especial: El Ordenamiento Jurídico Andino, de conformidad con el literal b) del artículo 1 de la Decisión 472, entre otros actos, comprende “El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios”. Por lo tanto, estas normas forman parte de ordenamiento jurídico de nuestro país, esto es, no hay duda que al ser una norma andina, también es una norma nacional, por lo tanto si dicha norma establece un requisito de orden procesal, pues debe de cumplirse el mismo.

Entonces, conforme al numeral 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el hecho de no evacuarse, en forma adecuada, la Interpretación Prejudicial, podría dar paso a la posibilidad que se pueda intentar un Recurso de Casación.

El Tribunal Andino en innumerables sentencias se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de que se proceda con este procedimiento, cuando se trate de un órgano judicial quien esté resolviendo un caso.

Veamos:

“...En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 27 del Tratado por medio del cual se creó el Tribunal Andino de Justicia, aprobado por la Ley 17 de 1980, aun cuando no medie solicitud expresa al respecto, antes de dictar sentencia se debe solicitar al Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que haga la interpretación prejudicial de las normas que forman parte del Pacto Andino y que son aplicables al caso sub-judice.

Y es que como la sentencia que se va a proferir en el presente proceso no es susceptible de recurso ordinario alguno, ya que el juicio es de única instancia, el presente caso encuadra dentro de la segunda de las hipótesis que prevé el artículo XXIX del Tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia, esto es, que se hace obligatorio obtener la interpretación prejudicial de las normas en conflicto por parte del citado Tribunal, para con fundamento en ella, expedir la sentencia correspondiente...”¹⁰⁷ (lo subrayado es mío).

En este punto, a efectos de que quede claro que es un requisito de especial cumplimiento el que se proceda con la interpretación prejudicial, considero oportuno

¹⁰⁶ Proceso No. 6-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II, página 142.

¹⁰⁷ Proceso No. 6-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II, página 136.

transcribir la parte pertinente de una sentencia del Tribunal Andino de Justicia ya que, en algún proceso, en forma errónea se quiso hacer ver a la misma como una especie de prueba y no, como lo es, una solemnidad indispensable,

“...Debe aclararse en esta sentencia que la calidad de prueba que se da a la interpretación prejudicial tanto en el auto de admisión de la demanda por la Alta Corte consultante, como en el concepto del Procurador, constituye error de apreciación doctrinal sobre la naturaleza de esta acción, por lo cual el Tribunal Andino procede a hacer las consideraciones que se indican a continuación.

Queda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación.

Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propia efectúan su aporte a la vigencia del Derecho de Integración.

Al respecto cabe recordar la siguiente sentencia dictada por este Tribunal, en el proceso 1-IP-87, (G. O. 8 del 15 de febrero de 1988), en la que decía:

{Cabe observar que la consulta prejudicial, que por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal Comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de Integración, puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. ...Sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba}...¹⁰⁸.

5.5.4.- Del Recurso de Omisión por Inactividad

En la doctrina este recurso o acción, como lo queramos llamar tiene diferentes denominaciones y, quizás, la más conocida es ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. En virtud de esta acción, podemos obtener que, el Consejo Andino de Ministros de

¹⁰⁸ Proceso No. 1-IP-96. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo V, página 216.

Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad o la Secretaría General, cumplan una actividad a la que están obligados. Se trata, pues, de una muy importante acción ya que llegado un momento el Tribunal podría conminar a uno cualquiera de los órganos señalados para solucionar la inacción. Por ejemplo, si de conformidad, con el artículo 44 de la Decisión 425 se debe resolver un Recurso de Reconsideración en un lapso no mayor a 45 días y no lo hace, podríamos acudir al Tribunal para que se proceda.

Pero es importante también señalar, no tanto que se trata de una acción indirecta como es la de incumplimiento, pero sí que se trata de una acción que requiere una condición previa, cual es la de acudir primero al órgano moroso, antes de intentar la acción y que no resuelva dentro de los treinta días siguientes a la solicitud¹⁰⁹.

Admitido el recurso, el Tribunal emitirá la providencia en la cual deberá constar la forma, modalidad y plazo en que el órgano moroso cumplirá su obligación. La providencia será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

5.5.5.- De la Función Arbitral

5.5.5.1.- Respecto del Tribunal

A criterio del autor, fue un yerro mayúsculo el otorgar competencia arbitral al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En efecto, porque resulta contrario a los principios más elementales del arbitraje, el facultar que un órgano de carácter judicial, sea a la vez arbitral. Raro será el tratadista que al referirse al arbitraje no diga que se trata de un “mecanismo **alternativo** de solución de controversias”, es decir, un mecanismo de excepción que las legislaciones otorgan a sus administrados, para resolver sus controversias a través de mecanismos extraordinarios alejándose o apartándose del aparato judicial tradicional, para acudir a otras personas que, se entienden son más profesionales, honestas y ágiles, para que resuelvan sus diferencias.

De ahí que, insisto, es un error monumental otorgar competencia arbitral a un órgano exclusivamente judicial. Sería como darle a los árbitros la posibilidad de ejecutar laudos arbitrales.

5.5.5.2.- Respecto de la Secretaría General

No tan grande como el yerro de otorgar competencia arbitral, pero igual un error, es la posibilidad de que la Secretaría General pueda ser árbitro de controversias.

¹⁰⁹ Artículo 37 de la Decisión 472

Si se quería dar la posibilidad, de que se puedan resolver mediante arbitraje, controversias relacionadas con temas comunitarios, lo correcto hubiera sido crear un Centro de Arbitraje, integrado por árbitros recomendados por los Centros de Arbitraje de los Países Miembros, especialistas en temas de integración.

El otorgar a la Secretaría General, competencias arbitrales, desvirtúa la naturaleza de este órgano y, llegado un momento, podría generar una peligrosa contradicción o conflicto de intereses, el que un órgano como la Secretaría General, que expide, de tiempo en tiempo, actos normativos, sea quien resuelva temas de esta naturaleza. No obstante, se ha querido atenuar de alguna forma el error, por parte del legislador andino, al indicar que son los contratos entre particulares, regidos por el ordenamiento jurídico andino, los que podrían ser sometidos a arbitraje.

Y para terminar este párrafo, otro error, el indicarse en el artículo 39 de la Decisión 472, que el arbitraje de la Secretaría General será “administrativo” -quizás quisieron decir “administrado”- ya que no existe un Centro de Arbitraje en la Comunidad Andina.

5.5.6.- De la Jurisdicción Laboral

El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Esto significa, por ejemplo, que si yo trabajara en la Corporación Andina de Fomento –CAF- en Venezuela y tuviera un conflicto laboral, podría ir a la jurisdicción laboral nacional de dicho país o al Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Nuevo error, porque siendo el Tribunal un órgano del Sistema Andino de Integración, será difícil que resuelva con plena independencia, una controversia laboral, iniciada por un particular en contra de también otro órgano del Sistema.

5.6.- Del Parlamento Andino

Contrario a lo que se puede pensar, no es éste el Órgano Legislativo de la CAN. Tanto no es de carácter legislativo, que solo puede sugerir¹¹⁰ a los órganos del Sistema Andino de Integración proyectos de normas sobre temas de interés común.

Se lo califica como un órgano deliberante y su sede es en Santafé de Bogotá.

Lamentablemente no merece mayor estudio.

¹¹⁰ Literal e) del artículo 43 de la Decisión 563.

5.7.- Instituciones Consultivas

Son instituciones consultivas: El Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino.

Tampoco merecen mayor importancia.

5.8.- De la Corporación Andina de Fomento

La partida de nacimiento de la CAF es la Declaración de Bogotá en 1966, suscrita por los presidentes de Colombia, Chile y Venezuela: Carlos Lleras Restrepo, Eduardo Frei Montalva y Raúl Leoni; así como, por los representantes de Ecuador y Perú. Bolivia lo haría en 1967. Posteriormente el 7 de febrero de 1968 se firma el Convenio Constitutivo e inició sus operaciones en 1970 con un capital suscrito de 25 millones de dólares y uno autorizado de 100 millones de dólares.

Se encuentra integrada por 17 países de América Latina y el Caribe. Los accionistas que representan las acciones serie A y B son los países miembros de la CAN: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. En adición, existen 12 socios, a saber: Argentina, Brasil, España, Chile, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Trinidad & Tobago y Uruguay (esos de la serie C) y 16 bancos privados de la región andina, quienes tienen categoría B.

El máximo órgano es la Asamblea de Accionistas que se reúne en forma ordinaria una vez al año, previa convocatoria de su Presidente Ejecutivo. Entre las funciones de la Asamblea está la de: aprobar el informe del Directorio, los estados financieros, elegir a los miembros del Directorio, etc.

El Directorio está compuesto por 12 miembros principales y suplentes, de los cuales 10 representan a las series A y B, durarán tres años y podrán ser reelegidos. Habrá un director por la serie C y otro en representación de las instituciones bancarias y financieras.

6.- Del programa de Liberación

Mal podríamos proceder con un estudio, así sea pequeño, de los Tratados de Libre Comercio TLC en los que esté involucrado nuestro país, sin hacer referencia al principal motivo de la integración de un TLC, que es el de fomentar un desarrollo equilibrado, transparente y más extenso de los países que integran el bloque comercial, en virtud de un impulso de su comercio exterior.

Sobre este punto el Tribunal Andino de Justicia ha dicho:

“...Este programa es, sin duda, uno de los principales mecanismos previstos por el Acuerdo de Cartagena para lograr los objetivos propios del proceso integracionista y, en especial, para obtener la formación de un mercado común. El Acuerdo en su artículo 3 dispone que uno de los mecanismos que ha de emplearse para alcanzar sus objetivos es “un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980”. La regulación de este mecanismo se encuentra en el capítulo V del Acuerdo dedicado a PROGRAMA DE LIBERACIÓN, el cual 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...”¹¹¹.

Así, por ejemplo, por expreso mandato legal, en nuestro país existe claramente señalado el régimen tributario del comercio exterior y, esto es muy importante, ya que a diferencia de las décadas de los setenta y ochenta, en el que los aranceles eran vistos como un instrumento de política fiscal, ahora son realmente, como lo indicamos líneas atrás, instrumentos y/o mecanismos de desarrollo.

Por ejemplo, en materia tributaria, la exportación no está gravada con impuestos, salvo alguna excepción en materia de hidrocarburos y, la importación, con los tributos que regularmente se cobran en la nacionalización de productos, entre otros como: los aranceles, impuesto al valor agregado, tasas, salvaguardias, etc.

Veamos:

“Art. 8.- Las exportaciones están exoneradas de todo impuesto, salvo las de hidrocarburos. Las importaciones no estarán gravadas con más impuestos que los derechos arancelarios, en caso de ser exigibles, el impuesto al valor agregado, el impuesto a los consumos especiales, los derechos compensatorios o antidumping o la aplicación de medidas de salvaguardia que con carácter temporal se adopten para prevenir prácticas comerciales desleales, en el marco de las normas de la OMC, según corresponda y las tasas por servicios efectivamente prestados...”¹¹².

Lo indicado, tiene completa y especial relación con los objetivos generales de la CAN y, en lo particular, con el Programa de Liberación, el cual consiste en que se eliminen los gravámenes y restricciones de todo orden que existan, insisto, a efectos de fortalecer el comercio exterior¹¹³.

¹¹¹ Proceso No. 1-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II, página 84.

¹¹² Ley de Comercio Exterior e Inversiones.

¹¹³ Artículo 72 de la Decisión 563.

Al hablar de gravámenes nos referimos a todo tipo de derecho que se deba de pagar, como consecuencia de un proceso de importación, pudiendo ser tales: impuestos, aranceles, tasas aduaneras, salvaguardias, etc. Estos son los llamados mecanismos arancelarios. Y, al hablar de restricciones, a las diferentes limitaciones que se pueden crear y/o establecer, para entorpecer una importación y pueden consistir en la obtención de certificados –sanitarios, fitosanitarios, ictiosanitarios, de inspección, de valor, de calidad, licencias, importaciones, etc. Estos son los llamados mecanismos para arancelarios¹¹⁴.

El Tribunal Andino de Justicia se ha pronunciado diciendo:

“...Como se ha podido establecer en la presente sentencia, la demanda ante el juez nacional colombiano, se apoya en la prohibición de imponer nuevas restricciones, que se ha establecido en el Acuerdo de Cartagena, el mismo que en su capítulo V busca cabalmente, la eliminación de las restricciones de todo orden que inciden sobre los productos de la Subregión.

Estas restricciones de todo orden que pueden constituir cualesquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, deben fundamentalmente ir contra la filosofía del Programa de Liberación, en el sentido de que restringir como lo establece el Diccionario Básico Jurídico, es la limitación o modificación que se hace de algo, disminuyéndolo. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, nos indica que RESTRICCIÓN es la disminución de facultades o derechos; y que, RESTRICTIVO es lo que restringe, limitativo, que reduce o coarta, concluyendo el mismo autor en identificar el RESTRINGIR al hecho de circunscribir, reducir, limitar. Acortar el gasto de consumo. Regatear licencias, permisos, privilegios.

La prohibición general de las restricciones cuantitativas, es una disposición fundamental del Acuerdo General, dictada en un momento en que esas restricciones estaban muy difundidas y constituían quizás el mayor obstáculo para el comercio internacional...”¹¹⁵.

Entonces, el fin primero de un TLC es la eliminación de toda barrera comercial, arancelaria o paraarancelaria, que afecte el flujo de comercio, esto es lo que en doctrina se llama Zona de Libre Comercio ZLC. Pero, se puede incorporar una característica especial a la ZLC, la de establecer un mecanismo arancelario

¹¹⁴ Artículo 73 de la Decisión 563.

¹¹⁵ Proceso No. 5-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III, página 192.

común, para productos importados de terceros países. Ese mecanismo se llama Arancel Externo Común AEC y, en este caso, la figura del bloque comercial pasa de Zona de Libre Comercio a llamarse Unión Aduanera.

“ARTÍCULO XXIV

a. se entenderá por unión aduanera, la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero de manera:

i. que, a reserva de las disposiciones del párrafo 9, cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos.

b. se entenderá por zona de libre comercio un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se elimine los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida de lo necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”¹¹⁶.

Sobre las restricciones al comercio la Secretaría General también se ha pronunciado, calificando como restricción al comercio, determinadas acciones de los países, por ejemplo:

“...Que el 29 de septiembre de 2004, la Secretaría General, mediante comunicación SG-X/0.5/1003/2004, inició una investigación con la finalidad de determinar si la suspensión de las importaciones de sal clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 2501.00.11 (sal de mesa), 2501.00.19 (las demás sales, incluidas las desnaturalizadas) y 2501.00.90 (las demás, agua de mar) constituyen una restricción a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. Asimismo, la Secretaría General solicitó al Gobierno del Ecuador que informara sobre la aplicación de medidas similares de control a la sal de producción nacional. Al respecto, la Secretaría General de la Comunidad Andina concedió un plazo de veinte (20) días hábiles para que el Gobierno del Ecuador presentara las consideraciones que estimare pertinentes. En la misma fecha, la Secretaría General mediante comunicación SG-X/0.5/1007/2004 informó a los demás Países Miembros sobre la investigación iniciada al Gobierno del Ecuador;

¹¹⁶ GATT

Que la Secretaría General considera que para que una medida unilateral se justifique en una excepción no económica a la libre circulación de mercancías, ésta debe reunir las siguientes condiciones:

- a) debe existir proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella va dirigida;
- b) la medida debe estar vinculada directa e inmediatamente con la solución al problema específico; y,
- c) el objeto que persigue la medida no debe poder alcanzarse por otros medios menos restrictivos al comercio;

Que adicionalmente, las medidas que tengan por finalidad la protección de la salud no deben ser discriminatorias entre los productos de origen subregional y los productos nacionales. Sobre el particular, el Gobierno del Ecuador no ha informado a la Secretaría General sobre la aplicación de medidas similares de control a la sal de producción nacional, como se le requirió mediante comunicación de 29 del septiembre de 2004;

Que, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia del 8 de junio de 1998 (Proceso 5-AN-97) ha señalado:

“Como excepción, fundamentándose en el artículo 72 [del Acuerdo de Cartagena], ***un país podría, por ejemplo, dictar normas internas sobre el consumo del alcohol, de cigarrillos o de productos tóxicos para proteger la salud de las personas, pero tales normas deberían aplicarse, tanto a los productos nacionales como a los extranjeros sin discriminación alguna.*** En este caso la medida dejaría de ser restrictiva por tener el carácter de excepción, debiendo, en todo caso, guardar proporcionalidad entre la medida adoptada con los efectos que ésta pretenda corregir”;

Que sobre las medidas restrictivas el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló en la interpretación prejudicial emitida el 22 de julio de 1994 (proceso 5-IP-90) que:

“Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que tengan por objeto y como resultado imposibilitar las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden. ***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 las limitaciones directas a las importaciones”;

Artículo 1.- Calificar la suspensión por parte de la República del Ecuador de las importaciones de sal comprendidas en las subpartidas arancelarias NANDINA 2501.00.11 (sal de mesa), 2501.00.19 (los demás, incluidas las desnaturalizadas) y 2501.00.90 (los demás, agua de mar) originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina, como una restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena...¹¹⁷ (lo subrayado es mío).

El AEC vigente es el que consta en las Decisiones 370 y 535. En el cual, quedan determinado, las tarifas y los Anexos, en forma tal que conozcamos claramente su ámbito de aplicación.

En las referidas Decisiones existe una institución muy importante para el desarrollo de la industria de la región, cual es el llamado “diferimiento arancelario”.

De conformidad con la normativa andina, los productos –llámense materias primas o bienes de capital- que no sean producidos en la Región –me refiero a la Región Andina, integrada por los cinco países miembros de la Comunidad Andina- pueden ser objeto de lo que en el léxico comunitario se conoce como “diferimiento arancelario”, a efectos de que determinados bienes puedan ingresar a nuestro país, sin el pago del Arancel Externo Común –ya que no serían bienes de la región y por lo tanto liberados-. Así, el inciso último del artículo 83 de la Decisión 563, hace referencia a la posibilidad de que los países puedan diferir su arancel.

Su texto dice:

“Si se tratare de productos que no se producen en la Subregión, cada país podrá diferir la aplicación de los gravámenes comunes hasta el momento en que la Secretaría General verifique que se ha iniciado su producción en la Subregión. Con todo, si a juicio de la Secretaría General la nueva producción es insuficiente para satisfacer normalmente el abastecimiento de la Subregión, propondrá a la Comisión las medidas necesarias para conciliar la necesidad de proteger la producción subregional con la de asegurar un abastecimiento normal”.

¹¹⁷ Calificación de la suspensión por parte de la República del Ecuador a las importaciones de sal clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 2501.00.11, 2501.00.19 y 2501.00.90 originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina como restricción a los efectos del Programa de Liberación. Resolución 897

De su parte, el literal c) del artículo 76 del mismo cuerpo normativo, concuerda con la norma previamente indicada. Veamos:

“Art. 76.- El programa de liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo la disposiciones de excepción establecidas en el presente acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señale este acuerdo.

Este programa se aplicará, en sus diferentes modalidades:

c) A los productos que no se producen en ningún país de la Subregión, incluidos en la nómina correspondiente...”.

Por su parte, el artículo 4 de la Decisión 370 dice:

“Para los productos no producidos a nivel subregional, se aplicará lo establecido en el artículo 65 del Acuerdo de Cartagena, pudiendo los países miembros diferir el Arancel Externo Común hasta un nivel del 5%, y para el caso de materias primas y bienes de capital se podrá diferir hasta 0% previa información entre las partes...”.

Similar norma existe en la nueva Decisión 535. Su texto reza:

“Los Países Miembros podrán diferir hasta el 0 por ciento los aranceles para materias primas e insumos no producidos en la Subregión, según la nómina que mantiene la Secretaría General de la Comunidad Andina”¹¹⁸ (lo subrayado es mío).

“Artículo 2.- Los Países Miembros podrán diferir hasta el 0 por ciento los aranceles para los bienes de capital no producidos en la Subregión, según la lista que figura en el Anexo II de la presente Decisión”¹¹⁹ (lo subrayado es mío).

Basado en las normas señaladas, el entonces Presidente de la República del Ecuador, señor Doctor Gustavo Noboa Bejarano, expide el Decreto Ejecutivo número 3318, publicado en el Registro Oficial número 710, correspondiente al 22 de noviembre de 2000, mediante al cual resuelve diferir a cero una serie de partidas arancelarias.

¹¹⁸ Inciso final del artículo 1 de la Decisión 535

¹¹⁹ Decisión 535.

Hasta ahí, todo iba muy bien, ya que esa decisión presidencial permitiría al sector productivo ecuatoriano, acogerse a un importante beneficio arancelario. Pero, el Presidente Lucio Edwin Gutiérrez Borbúa, entre uno de sus primeros actos de gobierno, decide dejar sin efecto ese diferimiento y expide el Decreto Ejecutivo número 233-A, publicado en el Registro Oficial número 55, correspondiente al 4 de abril de 2003, tirando a la basura ese importante logro en materia de comercio exterior.

En la actualidad (2003), existe un reclamo aduanero, por un caso muy especial y sui generis. Un importante grupo industrial de la costa decidió adquirir una máquina, amparado en el arancel cero que tenía la misma pagando, por adelantado, la suma de CUATROCIENTOS VEINTE MIL EUROS. Pero, ahora, una vez que la máquina está en el Ecuador y que ya no está vigente el arancel cero, la autoridad aduanera ecuatoriana quiere cobrar el arancel. Existe una discusión legal y doctrinaria muy interesante por este tema, en vista que, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Codificación de la Ley Orgánica de Aduanas, los tributos aplicables en la nacionalización de un producto, son los vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo. En principio, es correcto, pero deberían haber casos de excepción como el comentado o, por ejemplo, cuando ya se encuentra en camino la mercadería. Este error lo tratamos de corregir en el proyecto de ley que consta al final del presente trabajo.

El referido artículo dice:

“Art. 15.- Impuestos Aplicables.- Los impuestos al comercio exterior aplicables para el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera son los vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo.”

Con sujeción a los convenios internacionales y cuando las necesidades del país lo requieran, el Presidente de la República, mediante decreto y previo dictamen favorable del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI, establecerá, reformará o suprimirá los aranceles, tanto en su nomenclatura como en sus tarifas” (lo subrayado es mío).

Importante es indicar que este artículo tiene visos de inconstitucionalidad, por cuanto establece requisitos no contemplados en la Constitución.

Volviendo a nuestro tema de discusión en esta parte del trabajo, importante es señalar, que el programa de liberación no solo es de orden arancelario, sino tributario, en toda la extensión de lo que signifique dicha palabra. Así, por ejemplo queda claramente establecido, que el régimen tributario de un producto importado no

debe ser menos favorable al del nacional y comprenderá la universalidad de los productos.¹²⁰

Existiendo, en adición, la obligación de no imponer gravámenes a las importaciones de la región Andina, como mecanismo de desarrollo y fortalecimiento del comercio exterior de la región¹²¹.

Nota:

La Comisión de la Comunidad Andina, en sesión celebrada el 13 de julio de 2007 expidió la Decisión 669, que fuera publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad número 1520, y que entrara en vigencia el 1 de agosto de 2007 que dispone que a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión y hasta el 31 de enero de 2008, los Países Miembros no estarán obligados a aplicar las Decisiones 370, 371 y 465. Hago esta reflexión porque esta obra es, en lo general y particular, mi tesis doctoral, que fue escrita hace aproximadamente tres años, época en que se encontraban vigentes normas que hoy no se aplican, en forma estricta, en lo que tiene relación con el Arancel Externo Común.

7.- Denuncia del Tratado

Cualquier país podrá denunciar el Tratado. Por lo cual, cesarán para él todos los beneficios y obligaciones, excepto las ventajas otorgadas y recibidas como consecuencia del Programa de Liberación, las que permanecerán en vigencia por cinco años más¹²².

8.- CONCLUSIÓN

Luego de este somero análisis de la Comunidad Andina, la primera reflexión necesaria, es la definición de la permanencia o no de nuestro país en dicho bloque comercial. Y, en el caso de seguir formando parte de este bloque, definir una nueva estrategia y especialmente, no dejar a un lado la posibilidad de celebrar convenios bilaterales con terceros países.

Me preocupa:

- 1.- Que lo que más hay en la CAN, son incumplimientos;
- 2.- No existe reciprocidad entre los países;

¹²⁰ Artículos 75 y 76 de la Decisión 563.

¹²¹ Artículo 77 de la Decisión 563.

¹²² Artículo 135 de la Decisión 563.

- 3.- Como consecuencia del punto anterior, no se respeta el principio del Trato de Nación Menos Favorecida;
- 4.- La CAN representa el 15% del movimiento comercial del Ecuador; y,
- 5.- La CAN no ha contribuido como hubiésemos esperado y querido.

Nota:

Con fecha 22 de abril de 2006, mediante oficio número 515, el Señor Ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, señor Alí Rodríguez Araque se dirige al Señor Secretario General de la CAN, adjuntando la comunicación número 514 de la misma fecha e igualmente suscrita por él dirigida a los miembros de la Comisión, en virtud de la cual en los términos del artículo 135 de la Decisión 563, denuncia el Acuerdo de Cartagena. En buen romance, el motivo del retiro de este país de la CAN es su oposición a los TLCs suscritos por Colombia y Perú con los Estados haciendo comentarios como "...Los TLC privilegian los intereses particulares sobre los intereses de los pueblos, incrementando las injusticias sociales e irrespetando los derechos humanos que en nuestro caso, deben garantizarse por mandato expreso de rango constitucional. El Estado democrático y social de derecho y justicia propugna, en nuestro caso, la preeminencia de los derechos humanos como fundamentales. Aceptar la vulneración de éstos, sería, en la práctica, equivalente a derogar nuestra Constitución..."

En tal virtud, como consecuencia del retiro de Venezuela se expide la Decisión 641 de fecha 9 de agosto de 2006, inclinado a aprobar el "Memorando de Entendimiento" anexo a dicha Decisión el mismo que, en su artículo primero establece "...dar plena vigencia a las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, a partir del 22 de abril de 2006, conforme a lo previsto en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena..." así como "...los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela, por una parte, y los de Colombia y Ecuador, por otra, se comprometen a mantener en aplicación las disposiciones previstas en el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor y sus instrumentos derivados, cuya vigencia se sujetará a las disposiciones del propio Convenio..."

Igualmente, en el antes referido Memorando, así como en las reuniones de trabajo mantenidas el 16 de octubre de 2006, se establecieron normas sobre: salvaguardias, solución de controversias, medidas sanitarias y fito sanitarias, obstáculos al comercio, normas de origen.

CAPÍTULO II: LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN ALADI.

1.- Generalidades¹²³

No se trata realmente de un bloque comercial, pues, para que en efecto puedan circular de un país a otro bienes libres de aranceles, se hace necesario la suscripción de acuerdos –llámense de Alcance Parcial¹²⁴ o de Alcance Total¹²⁵-. Se trata, de un Grupo de Países que, en un afán de integración, se unieron con el objetivo de constituir una Asociación, que dicte los parámetros necesarios y pertinentes para el fortalecimiento del comercio exterior de los indicados países.

Si analizamos el proceso de este Tratado, veremos que los resultados no han sido especialmente buenos. Según un documento de ALADI¹²⁶, fundamentalmente, porque el grado de desarrollo diferenciado de cada uno de los países que forman parte de la Asociación, hace difícil que se puedan celebrar Acuerdos que sean equilibrados. Esto es importante, porque en el Tratado de creación de la Asociación, se hace referencia a tres diferentes tipos de países, tomando en cuenta su grado de desarrollo, clasificación o categorización que consta en la Resolución número 69¹²⁷ y que es:

- Países de menor grado de desarrollo económico relativo: Bolivia, Ecuador y Paraguay;
- Países de desarrollo intermedio: Colombia, Chile, Perú, Uruguay¹²⁸ y Venezuela; y,
- Otros países miembros: Argentina, Brasil y México.

Definitivamente, a esta fecha, la clasificación podría no ser del todo real. Los primeros pasos se dieron en Uruguay allá por 1960, cuando en el mes de febrero se firmó el Tratado de Montevideo, el cual creó “La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC”, precedente histórico de “La Asociación Latinoamericana de Integración ALADI”.

¹²³ Comunicado de prensa de Diario El Universo del 11 de julio de 2005: "...Leonardo Carrión Eguiguren, embajador de Ecuador en Uruguay, asumió la Presidencia del Comité de Representantes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el pasado 1 de julio. En un comunicado, el Ministerio de Relaciones Exteriores detalló que Carrión Eguiguren se desempeñará en este cargo por el periodo de julio a diciembre de 2005...".

¹²⁴ No involucra a todos los países.

¹²⁵ Involucra a todos los países.

¹²⁶ Estudio 128, del 28 de junio de 2002.

¹²⁷ Expedida el 12 de agosto de 1980.

¹²⁸ De conformidad con el artículo 3 de la Resolución 6, Uruguay deberá tener un trato preferente excepcional, dentro de este grupo de países.

Este “bloque de integración”¹²⁹ se encuentra integrado por: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, conforme al Tratado original. Luego, en 1998, en base a la Resolución 51 (X) fue incorporada Cuba al Tratado, integrándose formalmente el 26 de agosto de 1999.

Dentro del marco de este bloque, el Ecuador ha suscrito Acuerdos con Argentina, Cuba, Brasil, Uruguay, Paraguay, México y Chile.

2.- Sede, Objetivo, Funciones Básicas y Principios

Desde sus inicios y hasta la presente, la sede de la Asociación Latinoamericana de Integración ha sido y es la ciudad de Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay. Se trata, pues, como digo en líneas atrás no de un TLC propiamente dicho, sino, de la unión de un importante número de países que han creado una normativa que les permita a ellos celebrar Convenios de diferente tipo, con el objetivo de establecer poco a poco, un mercado común latinoamericano¹³⁰.

Dentro del marco de su objetivo general, señalado en el primer párrafo de este punto, serán funciones de este sistema de integración: la promoción y regulación del comercio; la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación que sirvan para la ampliación de mercados¹³¹.

Por otra parte, importante es señalar, que una serie de principios constantes en el Tratado de Montevideo de 1980, nos ayudan a inteligenciamos del espíritu por el cual se formó la Asociación.

Veamos:

- Pluralismo: a efecto de que se respeten las diferentes creencias y doctrinas de orden político y económico que existan en la región.
- Convergencia: a efectos de que los Acuerdos de Alcance Parcial se extiendan a los demás países.
- Flexibilidad: para que se concreten el mayor número de acuerdos.
- Tratamientos Diferenciales: Para las tres categorías de países, tomando en cuenta su grado de desarrollo, conjugado el principio de Trato a la Nación Menos Favorecida.

¹²⁹ Comillo, ya que solo se da el proceso de integración en virtud de la suscripción de convenios, sea de Alcance Parcial o Total y no en forma directa y automática.

¹³⁰ Artículo 1 del Tratado de Montevideo de 1980.

¹³¹ Artículo 2 del Tratado de Montevideo de 1980.

- Multiplicidad: con el fin de utilizar diferentes mecanismos, a efectos de que se acuerden el mayor número de convenios¹³².

3.- Mecanismos y Tipos de Acuerdo en relación a la participación de los países miembros

El mecanismo de concertación, por excelencia, en un Acuerdo de Comercio es, por supuesto, el otorgamiento de preferencias de tipo arancelario, en este caso llamada PREFERENCIA ARANCELARIA REGIONAL –PAR-, a través de dos tipos de Acuerdos, a saber: Los de Alcance Parcial y los de Alcance Regional.

Esta PAR, se otorga tomando en cuenta el Arancel que se aplique para terceros países, en forma porcentual y de conformidad con la reglamentación correspondiente.

3.1.- Acuerdo de Alcance Parcial

Aquellos en los que no participan todos los países miembros.

3.2.- Acuerdo de Alcance Regional

Aquellos en los que participan todos los países miembros.

4.- Tipos de Acuerdo, en relación a la materia

De conformidad con la materia, podemos encontrar acuerdos: Comerciales, De complementación Económica, Agropecuarios, de Promoción del Comercio¹³³.

4.1.- Acuerdos Comerciales

Su fin es, como su nombre lo indica, la promoción del comercio, el mismo que se da bajo el mecanismo ya señalado líneas atrás, es decir, el del otorgamiento de preferencias arancelarias referenciales.

4.2.- De Complementación Económica

Estos, van más allá de un intercambio comercial y tienen como objetivo fundamental: el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia,

¹³² Artículo 3 del Tratado de Montevideo de 1980.

¹³³ Artículo 8 del Tratado de Montevideo de 1980.

facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países.

Como verán, ya no solamente se otorgan preferencias arancelarias regionales – PAR-, sino que se trata de lo que en doctrina se conoce como “Unión Económica”, forma de relación comercial que se encuentra en las llamadas “Formas Superiores de Integración”, en donde se habla de políticas fiscales, tributarias similares; tasa de interés similares y hasta de monedas comunitarias. Solo la Unión Europea ha llegado a tal grado de relación.

4.3.- Acuerdos Agropecuarios

Cuyo fin es regular e impulsar el comercio regional. Este tipo de convenio debe tener siempre en cuenta el grado de desarrollo de los países –Trato a la Nación Menos Favorecida-; y, a diferencia de los otros, en estos se puede acceder mediante: concesiones temporales, estacionales, por cupos, mixtos o vía contractual entre organismos Estatales o paraestatales.

4.4.- Acuerdos de Promoción del Comercio

No se trata de temas de orden arancelario, sino más bien de impulso comercial, a través de otras vías. Por ejemplo: eliminación de franquicias, autorizaciones previas, permisos previos, etc.

Es importante que quede claro que este tipo de convenios –por materia- pueden celebrarse independientemente de que se traten de Acuerdos de Alcance Parcial y/o Regional¹³⁴.

También, podrán celebrarse otros tipos de convenios, no señalados en forma expresa en el Tratado de Montevideo, tales como: cooperación científica y tecnológica, promoción turística, medio ambiente, etc.

5.- Normas Generales de los Acuerdos

Entre otras:

- Deberán estar abiertos a la adhesión de los demás países miembros.
- Propiciar la convergencia.
- Tratamiento diferenciado para los países, tomando en cuenta las tres categorías existentes.

¹³⁴ Artículo 6 del Tratado de Montevideo de 1980.

- Desgravación sobre los mismos productos y como una rebaja de tipo porcentual.
- Un plazo de duración no menor a un año.
- Podrán contener normas específicas sobre: normas de origen, cláusulas de salvaguardia, restricciones no arancelarias, retiro de concesiones, negociación de concesiones, denuncia –retiro- y coordinación armonizada de políticas.

6.- Trato a la Nación Menos Favorecida y Trato a la Nación Más Favorecida

Al igual que en la Comunidad Andina, estos principios no son la excepción en el Acuerdo ALADI¹³⁵.

Detalle algunas normas en los cuales están plasmados los referidos principios:

6.1.- Menos Favorecida¹³⁶

En este punto, es importante hacer referencia, a las llamadas “Nóminas de Apertura de Mercados –NAM-”¹³⁷ que se otorgan a favor de Bolivia, Ecuador y Paraguay, ya que es importante que se asegure, en alguna medida, una equilibrada y, por tanto, equitativa distribución de los beneficios de un proceso de integración.

Como consecuencia de esto, se expidieron los Acuerdos Regionales 1, 2 y 3, los mismos que contienen listas de preferencia a favor de los indicados países. Hasta 1989 estas listas, contenían:

- Para Bolivia: 569 ítems *
- Para Ecuador: 205 ítems *
- Para Paraguay: 1053 ítems *

* Todos NALADI.

¹³⁵ Ver Título I, Capítulo I, puntos 2., 2.1. y 2.2. explicación de los conceptos

¹³⁶ Ver Resolución 3.

¹³⁷ Artículo 18 del Tratado de Montevideo de 1980.

CAPÍTULO III¹³⁸**Sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo**

Art. 15.- Los países miembros establecerán condiciones favorables para la participación de los países de menor desarrollo económico relativo en el proceso de integración económica, basándose en los principios de la no reciprocidad y de la cooperación comunitaria (lo subrayado es mío).

Art. 16.- Con el propósito de asegurarles un tratamiento preferencial efectivo, los países miembros establecerán la apertura de los mercados, así como concertarán programas y otras modalidades específicas de cooperación.

Art. 17.- Las acciones en favor de los países de menor desarrollo económico relativo se concretarán a través de acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial.

A fin de asegurar la eficacia de tales acuerdos, los países miembros deberán formalizar normas negociadas vinculadas con la preservación de las preferencias, la eliminación de las restricciones no arancelarias y la aplicación de cláusulas de salvaguardia en casos justificados.

Sección primera - Acuerdos de alcance regional

“Art. 18.- Los países miembros aprobarán sendas nóminas negociadas de productos preferentemente industriales, originarios de cada país de menor desarrollo económico relativo, para los cuales se acordará sin reciprocidad, la eliminación total de gravámenes aduaneros y demás restricciones por parte de todos los demás países de la Asociación” (lo subrayado es mío).

Los países miembros establecerán los procedimientos necesarios para lograr la ampliación progresiva de las respectivas nóminas de apertura, pudiendo realizar las negociaciones correspondientes cuando lo estimen conveniente.

Asimismo, procurarán establecer mecanismos eficaces de compensación para los efectos negativos que incidan en el comercio intrarregional de los países de menor desarrollo económico relativo mediterráneos.

¹³⁸ Del Tratado de Montevideo 1980.

Sección segunda - Acuerdos de alcance parcial

“Art. 19.- Los acuerdos de alcance parcial que negocien los países de menor desarrollo económico relativo con los demás países miembros, se ajustarán, en lo que sea pertinente, a las disposiciones previstas en los artículos 8 y 9 del presente Tratado.

Art. 20.- A fin de promover una efectiva cooperación colectiva en favor de los países de menor desarrollo económico relativo, los países miembros negociarán con cada uno de ellos Programas Especiales de Cooperación.

Art. 21.- Los países miembros podrán establecer programas y acciones de cooperación en las áreas de preinversión, financiamiento y tecnología, destinados fundamentalmente a prestar apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo y, entre ellos, especialmente a los países mediterráneos, para facilitar el aprovechamiento de las desgravaciones arancelarias (lo subrayado es mío).

Art. 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, podrán establecerse, dentro de los tratamientos en favor de los países de menor desarrollo económico relativo, acciones de cooperación colectiva y parcial, que contemplen mecanismos eficaces destinados a compensar la situación desventajosa que afrontan Bolivia y Paraguay por su mediterraneidad”.

Siempre que en la preferencia arancelaria regional a que se refiere el artículo 5 del presente Tratado se adopten criterios de gradualidad en el tiempo, se procurarán preservar los márgenes otorgados en favor de los países mediterráneos, mediante desgravaciones acumulativas.

Asimismo, se procurarán establecer fórmulas de compensación tanto en la preferencia arancelaria regional, cuando ésta se profundice, como en los acuerdos de alcance regional y parcial.

“Art. 23.- Los países miembros procurarán otorgar facilidades para el establecimiento en sus territorios de zonas, depósitos o puertos francos y otras facilidades administrativas de tránsito internacional, en favor de los países mediterráneos”.

En el Capítulo V también encontramos una norma:

“Art. 27.- Asimismo los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países en desarrollo o respectivas áreas de integración económica fuera de América Latina, de acuerdo con las diversas modalidades previstas en la sección tercera del capítulo II del presente Tratado, y en los términos de las respectivas disposiciones reglamentarias.

Sin perjuicio de lo anterior, estos acuerdos se sujetarán a las siguientes normas:

a) Las concesiones que otorguen los países miembros participantes en ellos, no se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo” (lo subrayado es mío).

6.2.- Más Favorecida

CAPÍTULO VII¹³⁹

Disposiciones Generales

“Art. 44.- Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros”.

“Art. 44-A.- De conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980, los países miembros que otorguen ventajas, favores, franquicias, inmunidades o privilegios a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el propio Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, deberán extender dichos tratamientos en forma inmediata e incondicional a los restantes países miembros de la Asociación”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

¹³⁹ Del Tratado de Montevideo 1980.

“Art. 44-B.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, los países miembros que sean parte de los acuerdos a que se refiere dicho artículo podrán solicitar al Comité de Representantes, la suspensión temporal de las obligaciones establecidas en el artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980, aportando los fundamentos que apoyan su solicitud”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

“Art. 44-C.- Al solicitar la suspensión a que se refiere el artículo segundo y a los efectos de mantener el equilibrio de los derechos y obligaciones emanados de los acuerdos previamente concertados en el marco del Tratado de Montevideo 1980, el peticionante asumirá el compromiso de:

a) Desarrollar negociaciones bilaterales con los restantes países miembros a fin de que las concesiones otorgadas a dichos países se mantengan en un nivel general no menos favorable para el comercio que el que resultaba de los acuerdos concertados en el marco del Tratado de Montevideo 1980 pre-existentes a la entrada en vigor de los Acuerdos a que se refiere el artículo primero.

Dichas negociaciones serán solicitadas de manera fundada por el país que se sienta afectado con la finalidad de recibir compensaciones sustancialmente equivalentes a la pérdida de comercio en virtud de las preferencias otorgadas en instrumentos no previstos en el Tratado de Montevideo 1980.

A esos efectos, el país interesado en entablar negociaciones, notificará al país solicitante de la suspensión y al Comité de Representantes.

Salvo que las Partes acuerden un plazo mayor, las negociaciones deberán iniciarse dentro de los treinta días contados a partir de la solicitud respectiva y deberán concluir dentro de los ciento veinte días de iniciadas. La totalidad de las negociaciones no deberá exceder un plazo de veinticuatro meses. A requerimiento de las Partes involucradas, el Comité de Representantes podrá ampliar dicho plazo.

Las compensaciones en favor de los países de menor desarrollo económico relativo de la ALADI deberán tener en cuenta particularmente lo previsto en el Tratado de Montevideo 1980 sobre tratamiento diferencial más favorable reconocido a dichos países.

b) Negociar la aplicación a los demás países miembros que hayan cumplido la obligación de eliminar restricciones no arancelarias en el marco de la Asociación, el tratamiento más favorable concedido a un tercer país en instrumentos no previstos en el Tratado de Montevideo 1980 en materia de restricciones no arancelarias.

c) Negociar con los países miembros que así lo soliciten, la adopción de normas de origen -incluyendo criterios de calificación, procedimientos de certificación, verificación y/o control- en caso de que el régimen de origen pactado en los Acuerdos a que se refiere el artículo primero contenga tratamientos generales o específicos más favorables, tanto en materia de exportaciones como de importaciones, que los vigentes en el marco del Tratado de Montevideo 1980”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

“Art. 44- D.- Finalizadas las negociaciones a que se refiere el artículo tercero con resultado satisfactorio para las Partes, el país que solicitó las negociaciones otorgará su voto positivo en favor de la suspensión definitiva en el momento en que el Comité de Representantes considere dicha suspensión.

Si el resultado de las negociaciones es considerado insuficiente por el país afectado para restablecer el equilibrio de los derechos y las obligaciones emanadas del Tratado de Montevideo 1980 y de los Acuerdos concertados al amparo del referido Tratado el Comité de Representantes designará a los integrantes de un Grupo Especial, en consulta con los países interesados, a los efectos de determinar si la compensación ofrecida es suficiente.

a) El Grupo determinará, dentro de los sesenta días de su constitución, si la compensación ofrecida es suficiente, en cuyo caso el país afectado otorgará su voto positivo en favor de la suspensión definitiva en el momento en que el Comité de Representantes considere dicha suspensión.

b) Si dentro de los sesenta días de su constitución, el Grupo Especial estima que la compensación ofrecida durante la negociación no es suficiente, determinará la que a su juicio lo sea, así como el monto por el cual el país afectado podrá suspender concesiones sustancialmente equivalentes.

i) En caso de que el país que solicitó la suspensión a que se refiere el artículo segundo acceda, dentro de un plazo de treinta días, a otorgar las compensaciones de acuerdo con la determinación del Grupo Especial, el país afectado concederá su voto positivo en favor de la suspensión definitiva en el momento en que el Comité de Representantes considere dicha suspensión.

ii) En caso contrario, el país afectado podrá retirar concesiones sustancialmente equivalentes a las compensaciones determinadas por el Grupo Especial y podrá votar negativamente la suspensión solicitada en el Comité de Representantes”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

“Art. 44-E.- La suspensión solicitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo, dará lugar a los siguientes tratamientos:

a) En el caso de que ningún país manifieste, dentro de un plazo de ciento veinte días, la intención de solicitar negociaciones, el Comité de Representantes concederá la suspensión solicitada en forma definitiva por un plazo de cinco años renovable por un nuevo período no superior a cinco años.

b) En el caso de que algún país solicite negociaciones la suspensión será concedida en forma condicional por el Comité de Representantes por un plazo de cinco años.

Al finalizar las negociaciones bilaterales del país que solicitó la suspensión conforme al artículo segundo con los países miembros que manifestaron su intención de negociar, el Comité de Representantes concederá la suspensión definitiva, con el voto afirmativo de los dos tercios de los países miembros respecto de los cuales rija el presente Protocolo”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

“Art. 44-F.- El Comité de Representantes hará el seguimiento de la ejecución de cada suspensión concedida en los términos de este Protocolo y presentará un informe anual al Consejo de Ministros de la Asociación”.

Nota: Artículo dado por Convenio No. 000, publicado en Registro Oficial 786 del 21 de Septiembre de 1995.

“Art. 46.- En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un país miembro gozarán en el territorio de los demás países miembros de un tratamiento no menos favorable al que se aplique a productos similares nacionales.”

Los países miembros adoptarán las providencias que, de conformidad con sus respectivas Constituciones Nacionales, sean necesarias para dar cumplimiento a la disposición precedente.

Art. 48.- Los capitales procedentes de los países miembros de la Asociación gozarán en el territorio de los otros países miembros de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro, sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros, en los términos del presente Tratado.

Art. 51.- Los productos importados o exportados por un país miembro gozarán de libertad de tránsito dentro del territorio de los demás países miembros y estarán sujetos exclusivamente al pago de las tasas normalmente aplicables a las prestaciones de servicios”.

7.- Órganos de la Asociación Latinoamericana de Integración

Podemos dividir a los órganos en: políticos y técnico.

7.1.- Órganos Políticos

Son Órganos Políticos de la Asociación: El Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores; La Conferencia de Evaluación y Convergencia; y, El Comité de Representantes.

7.1.1.- Del Consejo de Ministro de Relaciones Exteriores

Llamado también “Consejo” a secas, es el órgano supremo de la Asociación y, entre sus atribuciones, podemos anotar:

- La conducción política del proceso de integración.
- La expedición de normas de general cumplimiento.
- Establecer las directrices de los demás órganos de la Asociación.

- Fijar las normas básicas en las relaciones de la Asociación con otros acuerdos de integración.
- Aceptar a nuevos adherentes.
- Acordar enmiendas al Tratado.
- Designar al Secretario General.
- Entre otras.

Se encuentra integrado por los Cancilleres de los Países Miembros no obstante, en el caso de que el manejo del Comercio Exterior y/o de los Procesos de Integración, esté a cargo de otra Secretaría de Estado, ésta será quien forme parte del Consejo¹⁴⁰.

Para que pueda instalarse, deberán estar todos los miembros del Consejo, esto es, el quórum de instalación es del ciento por ciento de los países; y, el quórum decisorio será, el de las dos terceras partes del mismo. No obstante, al igual que lo vimos en el Capítulo III al hablar de la Comunidad Andina, existen ciertos actos, de especial importancia, que no solo requieren el quórum decisorio al que nos referimos líneas atrás, sino también, la no presencia de un voto negativo, esto es, respecto de ciertos actos podemos colegir, con claridad meridiana, que los países tienen una especie de derecho de veto.

Pero, cuáles son esos actos, respecto de los que los países tienen derecho de veto. Son:

- a) Enmiendas o adiciones al presente Tratado;
- b) Adopción de las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración;
- c) Adopción de las decisiones que formalicen el resultado de las negociaciones multilaterales para la fijación y profundización de la preferencia arancelaria regional;
- d) Adopción de las decisiones encaminadas a multilateralizar a nivel regional los acuerdos de alcance parcial;
- e) Aceptación de la adhesión de nuevos países miembros;
- f) Reglamentación de las normas del Tratado;

¹⁴⁰ Artículo 31 del Tratado de Montevideo 1980.

g) Determinación de los porcentajes de contribuciones de los países miembros al presupuesto de la Asociación;

h) Adopción de medidas correctivas que surjan de las evaluaciones de la marcha del proceso de integración;

i) Autorización de un plazo menor de cinco años, respecto de obligaciones, en caso de denuncia del Tratado;

j) Adopción de las directivas a las cuales deberán ajustar sus labores los órganos de la Asociación; y,

k) Fijación de las normas básicas que regulen las relaciones de la Asociación con otras asociaciones regionales, organismos o entidades internacionales.

Se reúne por convocatoria hecha por el Comité.

7.1.2.- De la Conferencia de Evaluación y Convergencia

Llamada también “Conferencia”, es un órgano que podríamos calificar de ejecutor, al revisar sus atribuciones, entre las cuales encontramos:

- Examinar el proceso de integración, así como, impulsar la convergencia¹⁴¹ con el objeto de que exista el mayor número de países involucrados en los procesos de integración, a través de los Acuerdos¹⁴².
- Evaluación del grado de desarrollo de los países, a efectos de que exista un adecuado tratamiento de cada uno de ellos.
- Gestiones de impulso a la PAR¹⁴³.
- Entre otros.

Para que se pueda instalar, deberán estar todos los miembros de La Conferencia, esto es, el quórum de instalación es del ciento por ciento de los países; y, el quórum decisorio será, el de las dos terceras partes del mismo.

Se reúne por convocatoria hecha por el Comité. En forma ordinaria deberá hacerlo cada tres años y, extraordinariamente, cuando así sea convocado para el tratamiento de temas específicos.

¹⁴¹ Ver Título I, Capítulo II, 2

¹⁴² Ver Título I, Capítulo II, 3.

¹⁴³ PAR: Preferencia Arancelaria Regional.

7.1.3.- Del Comité de Representantes

Llamado también “Comité”, al ser el órgano permanente de la Asociación, se encuentra integrado por un Representante Permanente. Entre sus atribuciones encontramos:

- Promover la concertación de acuerdos.
- Evaluar y orientar el proceso de integración.
- Empezar negociaciones sectoriales.
- Reglamentar el Tratado.
- Aprobar la estructura de la Secretaría.
- Convocar al Consejo y a la Conferencia.
- Representar a la Asociación ante terceros países.¹⁴⁴
- Crear órganos auxiliares.
- Entre otras.

A diferencia de los órganos revisados líneas atrás, en este caso, el quórum de instalación es de las dos terceras partes de los miembros; y, el quórum de decisión igual.

7.2.- Órgano Técnico

El órgano técnico es la Secretaría General.

7.2.1.- De la Secretaría General

Llamada también “Secretaría”, está dirigida por un Secretario General –quien es designado por el Consejo- y está compuesta por personal técnico y administrativo. El Secretario General durará tres años en sus funciones y podrá ser reelegido en forma indefinida.

Entre sus atribuciones encontramos:

- Formulación de propuestas para el cumplimiento de los objetivos de la Asociación.
- Realizar estudios de orden técnico.
- Representar a la Asociación ante organismos de carácter económico.¹⁴⁵
- Entre otras.

¹⁴⁴ A diferencia de la Secretaría que representa a la Asociación ante organismos y entidades de carácter económico.

¹⁴⁵ A diferencia del Comité que representa a la Asociación ante terceros países.

8.- Personalidad Jurídica y Denuncia del Tratado

La Asociación tiene plena personalidad jurídica –no personería jurídica, concepto muy diferente y que siempre se confunde- para poder actuar a nombre del bloque y poder, entre otros actos: contratar, adquirir bienes, demandar en juicio, conservar fondos.

Como lo comentamos en el capítulo precedente, en materia de Tratados y/o Convenios, éstos pueden ser objeto de denuncia, es decir, de retiro voluntario por parte del signatario de los mismos. Para poder denunciar el presente Tratado, el país interesado, deberá comunicar al Comité su decisión y, posteriormente, un año después, haciendo la entrega formal de la referida comunicación. Formalizado esto, cesarán en forma automática para el país denunciante, todos los derechos y obligaciones que tenía.

No obstante lo indicado en el párrafo precedente, en el caso de Preferencia Arancelaria Regional, ésta se mantendrá por el lapso de cinco años, a menos que las partes de común acuerdo definan lo contrario. En el caso de Acuerdo de Alcance Parcial, se resolverá de conformidad con lo que conste en el mismo. Y, en el caso de no haber nada respecto del tema, se seguirá el principio enunciado anteriormente, el de la Preferencia Arancelaria Regional, esto es, se mantiene por cinco años a menos que las partes acuerden lo contrario.

9.- CONCLUSIÓN

En este bloque, la conclusión, es menos halagüeña que en el caso CAN.

CAPÍTULO III: DEL MERCADO COMÚN DEL SUR “MERCOSUR”.

1.- Generalidades

2.- Sede, Objetivo, Funciones Básicas y Principios

La sede de este TLC es la ciudad de Montevideo¹⁴⁶, en la República Oriental del Uruguay. Hecho que, sumado a que la sede de la Asociación Latinoamericana de Integración, también queda en la misma ciudad, convierten a dicha nación, en un importante centro de Derecho de Integración.

Como buen instrumento de integración, este TLC, involucra una serie de mecanismos a efectos de, en buena y mejor medida, consolidar una zona de libre comercio, entre todos y cada uno de los países que lo integran. Más, todavía, cuando quizás el grado de desarrollo y evolución comercial, podría ser considerado como especialmente disímil, al encontrar una economía y mercado muy grande como es el de Brasil y, a la vez, muy pequeñas como lo son Uruguay y Paraguay.

La libre circulación de bienes y servicios, la eliminación de aranceles, el establecimiento de un Arancel Externo Común, la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macro económicas son, en gran medida, los objetivos de este TLC que serán las pautas para un intenso desarrollo comercial de los países que lo conforman con tratamientos diseccionados en materia tributaria que permita a todos y cada uno de los países, competir en igualdad de condiciones, en lo que al trato impositivo se refiere.

3.- Trato a la Nación Menos Favorecida y Trato a la Nación Más Favorecida

Estos conceptos ya fueron explicados líneas atrás, por lo que no ahondaremos en los mismos¹⁴⁷.

4.- De los Órganos del Mercosur

Son dos los órganos del presente TLC, a saber: El Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común.

¹⁴⁶ Artículo 15 del Tratado de Asunción.

¹⁴⁷ Artículos 6 y 8 d) del Tratado de Asunción.

4.1.- Del Consejo del Mercado Común

Se trata del órgano de mayor jerarquía y es el encargado de la dirección política del bloque, el cual está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores – Cancilleres- y de Economía de todos y cada uno de los países integrantes. Podrá reunirse las veces que lo considere pertinente y, por lo menos una vez al año, contarán con la asistencia obligatoria de los Jefes de Estado¹⁴⁸.

4.2.- Del Grupo Mercado Común

Este es, como lo tienen la mayoría de los bloques de integración, el órgano ejecutivo, el cual es coordinado por los Cancilleres de los países integrantes del Acuerdo. Entre sus facultades encontramos:

“Artículo 13...

- velar por el cumplimiento del Tratado;
- tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo;
- proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, a la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos frente a terceros.
- fijar programas de trabajo que aseguren el avance hacia la constitución del Mercado Común.
- el Grupo Mercado Común podrá constituir los Sub-grupos de Trabajo que fueren necesarios para el cumplimiento de sus cometidos. Inicialmente contará con los Sub-grupos mencionados en el Anexo V... ”¹⁴⁹.

El presente órgano técnico estará integrado por cuatro miembros, cada uno con sus alternos, que representen en su estados, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Economía o su equivalente en Comercio Exterior y al Banco Central. Contará con una Secretaría Administrativa. ¹⁵⁰

El quórum de instalación y el decisorio, será la unanimidad, cuyas resoluciones –y en general todos los textos- deberán ser escritos en español y portugués (idiomas oficiales del Acuerdo) y, como versión y/o lengua oficial de un documento, se tomará en cuenta el idioma del país en que se celebre y/o expida el acto.

¹⁴⁸ Artículo 11 del Tratado de Asunción.

¹⁴⁹ Tratado de Asunción.

¹⁵⁰ Artículos 14 y 15 del Tratado de Asunción.

5.- De la denuncia del Acuerdo

Ha quedado claramente establecido en el Acuerdo, la posibilidad –como es lo correcto- de retiro de uno cualquiera de sus integrantes. Para tal fin, el estado denunciante deberá informar dicho particular. E, informada de su intención, dentro de los próximos sesenta días, deberá proceder con la entrega del documento de denuncia ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay, quien será el responsable de circularlo a los demás estados.

6.- CONCLUSIÓN

Por no formar parte, todavía, del Acuerdo MERCOSUR¹⁵¹, y por no conocer de cerca la realidad de dicho TLC, en esta ocasión me excusaré de comentario alguno.

¹⁵¹ Digo todavía porque a esta fecha se está discutiendo la creación de una Comunidad Sudamericana de Naciones, nacida de la fusión entre la CAN y el MERCOSUR. Un paso importante ha sido la expedición de la Decisión 613, la misma que otorga el carácter de asociados de la CAN a los países MERCOSUR.

CAPÍTULO IV: DE LA UNIÓN EUROPEA.

1.- Antecedentes, Generalidades y Objetivos

No puedo iniciar este capítulo, sin hacer especial referencia a la fascinación que tuve al estudiar todo lo referente a este bloque de comercio. Definitivamente, el grado de madurez del pueblo europeo, es de una magnitud tal, que simplemente merece mi mayor admiración, no solo al haber organizado un bloque comercial de altísimos kilates, sino, realmente, una unión de ideas, costumbres, políticas y hasta moneda. Y, merece mayor respeto todavía el presente bloque de integración, si tomamos en cuenta el alto grado de conflictividad bélica que reinaba en Europa desde el siglo XIX –Entre los años 1870 y 1945, Francia y Alemania se enfrentaron tres veces-, con guerras que destruyeron países enteros y que, incluso, luego de la segunda guerra mundial, dividieron el mundo en dos alas, división que quizás fue más acentuada y crítica en el viejo continente.

Hablar de la reconstrucción de Europa en lo general y, de la Unión Europea –UE- en particular, sería irrespetuoso e irrelevante si no mencionamos a estadistas de la talla de Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcides de Gasperi y Winston Churchill quienes, con el objeto de evitar mayores y/o nuevos conflictos bélicos, vieron en la unión comercial, una idea de paz que podría no sólo desarrollar comercialmente a los países europeos, sino, principalmente, como queda dicho, conseguir la paz. De esta forma Schuman¹⁵² toma una idea que fue originalmente concebida por Jean Monnet, proponiendo el 9 de mayo de 1950, la creación de la llamada “Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)” que, a la postre, sería la célula fundacional de lo que hoy es la UE. Formaron parte originalmente de la CECA Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Decidieron estos países, eliminar sus barreras arancelarias a partir del 1 de julio de 1968.

En vista del éxito alcanzado, tres nuevos países deciden igualmente incorporarse a la Comunidad y, en 1973 ingresan Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. En 1981 y 1986 lo harían Grecia, España y Portugal. Luego vendría Maastricht, con un Tratado que entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993 rebautiza a la que en ese entonces era la Comunidad Económica Europea CEE, por Comunidad Europea o Unión Europea, estableciendo muy ambiciosos planes de integración, quizás el mayor, la moneda común. Luego, en 1995 lo harían Austria, Finlandia y Suecia. En los 90 nuevos grupos de países, llamarían a la UE para que los acojan, esos son:

¹⁵² Ministro de Relaciones Exteriores de Francia de la época.

- Del Bloque soviético: Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia, Rumania y Eslovaquia.
- Bálticos ex URSS: Estonia, Letonia y Lituania.
- De la antigua Yugoslavia: Eslovenia.
- Del mediterráneo: Chipre y Malta.

Las conversaciones para la incorporación de estos países se iniciaron en diciembre de 1997 en Luxemburgo, así como en Helsinki en diciembre de 1999. Sería la incorporación más importante de su historia. Y, 10 de estos países, ya terminaron sus negociaciones el 13 de diciembre del 2002 en Copenhague. De estos, solo Bulgaria y Rumania se prevé se adhieran en el 2007, los demás, firman el Tratado de Adhesión en Atenas el 16 de abril del 2003 y, el 1 de mayo del 2004, se adhieren ya a la UE.

Importante es indicar que el proceso de selección, establece unos estrictos pero elementales condicionamientos, a efectos de poder suscribir un proceso de Adhesión. Estos son:

- Estabilidad política, en forma tal que se trate de un Estado con una democracia consolidada, con especial respeto de los derechos humanos y de los derechos de las minorías.
- Una sólida estabilidad democrática, representada en la capacidad de coexistencia de una economía competitiva y de mercado.
- Incorporación del acervo comunitario, traducida en la capacidad de incorporar, sin problema alguno, a la legislación nacional, toda la normativa legal comunitaria, inclusive, la referente a los principios políticos, económicos y monetarios.

“Artículo 6.

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.
2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.
3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.

4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas¹⁵³.

“Artículo 11.

1. La Unión definirá y realizará una política exterior y de seguridad común, que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad y cuyos objetivos serán los siguientes:

- la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia e integridad de la Unión, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas;
- El fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas;
- El mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París, incluidos los relativos a las fronteras exteriores;
- El fomento de la cooperación internacional;
- El desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

2. Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua.

Los Estados miembros trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua. Se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales.

El Consejo velará por que se respeten estos principios¹⁵⁴.

“Artículo 12. La Unión perseguirá los objetivos expuestos en el artículo 11 mediante:

¹⁵³ Tratado de la UE.

¹⁵⁴ Tratado de la UE.

- La definición de los principios y de las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común,
- La determinación de estrategias comunes,
- La adopción de acciones comunes,
- La adopción de posiciones comunes,
- El fortalecimiento de una cooperación sistemática entre los Estados miembros para el desarrollo de su política”.¹⁵⁵

Al hablar de la génesis de la actual UE, podemos definir como los Tratados fundacionales, a los siguientes:

1. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, el mismo que entró en vigencia el 23 de julio de 1952 y feneció el 23 de julio de 2002.
2. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
3. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), el mismo que fuera firmado con el de la CEE, en la ciudad de Roma, el 25 de marzo de 1957, entrando en vigencia el 1 de enero de 1958. Se los conoce como el “Tratado de Roma”, no obstante, la mención en referencia, hace alusión solo al Tratado de la CEE.
4. El Tratado de Maastricht, suscrito el 7 de febrero de 1992 y que entrara en vigencia el 1 de noviembre de 1993.

Igualmente, como comentamos líneas atrás, se han modificado en algunas ocasiones el Tratado Fundacional, con la incorporación de nuevos estados a la UE: Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986); y, Austria, Finlandia y Suecia (1995).

También, por otro lado, se ha reformado la estructura orgánica de la UE, entre los más importantes, a saber:

1. El Tratado de Fusión, que fuera suscrito el 8 de abril de 1965 en Bruselas y que entrara en vigencia el 1 de julio de 1967, el mismo que sólo preveía una Comisión y un solo Consejo para las tres comunidades europeas de ese entonces.

¹⁵⁵ Tratado de la UE.

2. El Acta Única Europea (A.U.E.), que fuera suscrita en Luxemburgo y la Haya y que entrara en vigencia el 1 de julio de 1987 y que incorporara una serie de reformas tendentes a la mejor estructuración del mercado interior.
3. El Tratado de Amsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 y que entrara en vigencia el 1 de mayo de 1999, el mismo que asigna números en lugar de letras al articulado del Tratado de la UE.
4. El Tratado de Niza, suscrito el 26 de febrero de 2001 y que entrara en vigencia el 1 de febrero de 2003, el mismo que, entre otras cosas, reestructura la forma de trabajo de algunas instituciones y, también, modifica el quórum decisorio de los actos normativos, al establecer en algunos solo una mayoría calificada y no la unanimidad en la toma de ciertas decisiones.

Todo estos actos normativos, dotados no solo de un altísimo ingrediente jurídico, sino de una especial madurez de sus pueblos y con objetivos claramente enunciados y, lo que es más importante, practicados, hacen de este TLC el mejor ejemplo de integración en el planeta.

“Artículo 1. Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada "Unión".

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”¹⁵⁶.

“Artículo 2. La Unión tendrá los siguientes objetivos:

- promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y

¹⁵⁶ Tratado de la UE.

monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado,

- afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común, de conformidad con las disposiciones del artículo 17,
- reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión,

- mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia,

- mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea¹⁵⁷.

“Artículo 3. La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.

La Unión velará, en particular, por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo. El Consejo y la Comisión tendrán la responsabilidad de garantizar dicha coherencia y cooperarán a tal fin. Asegurarán, cada cual conforme a sus competencias, la realización de tales políticas¹⁵⁸.

157 Tratado de la UE.

158 Tratado de la UE

2.- De los órganos de la Unión Europea

2.1.- Del Consejo de la Unión Europea

Conocido anteriormente como “Consejo de Ministros” es el más importante órgano de la UE y, para nuestros especiales efectos, el órgano legislativo por excelencia. Está integrado por representantes de todos los países miembros. Es el encargado de dictar las directrices para lo que se conoce como “el primer pilar”, que tiene relación con el mercado único y la gran mayoría de políticas comunes de la UE cuyo objeto fundamental es el de garantizar la libre circulación de mercancías, personas, servicios e inversiones. Esta labor la realiza de la mano del Parlamento Europeo. Igual responsabilidad tiene el Consejo, frente a “el segundo pilar y tercer pilar”, estos son, la cooperación intergubernamental en materia de política exterior y de seguridad común; así como, en justicia e interior.

“Artículo 4. El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales.

El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el Presidente de la Comisión. Éstos estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que ejerza la Presidencia del Consejo.

El Consejo Europeo presentará al Parlamento Europeo un informe después de cada una de sus reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión”¹⁵⁹.

Cada uno de los países miembros ejerce la presidencia del Consejo, en forma alternada, por seis meses. Forman parte del Consejo, los Ministros responsables, de acuerdo a la temática de que se trate en el orden del día de la reunión, a saber: asuntos exteriores, agricultura, industria, transporte, medio ambiente, etc. Cuenta con una Secretaría General cuya sede es Bruselas, que maneja todo lo referente a la gestión administrativa.

Las Decisiones se toman, dependiendo del tema que se trate, por unanimidad – adhesión de un nuevo estado- , por mayoría calificada o por mayoría simple.

¹⁵⁹ Tratado de la UE.

“Artículo 13. El Consejo Europeo definirá los principios y las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa.

2. El Consejo Europeo determinará las estrategias comunes que la Unión deba aplicar en ámbitos en los que los Estados miembros tengan importantes intereses en común.

Las estrategias comunes definirán sus objetivos y duración, así como los medios que deberán facilitar la Unión y los Estados miembros.

3. Basándose en orientaciones generales definidas por el Consejo Europeo, el Consejo tomará las decisiones necesarias para definir y ejecutar la política exterior y de seguridad común.

El Consejo recomendará al Consejo Europeo estrategias comunes y las aplicará, en particular adoptando acciones y posiciones comunes.

El Consejo velará por la unidad, la coherencia y la eficacia de la acción de la Unión”¹⁶⁰.

“Artículo 14.

1. El Consejo adoptará acciones comunes. Las acciones comunes se referirán a situaciones específicas en las que se considere necesaria una acción operativa de la Unión. Las acciones comunes fijarán los objetivos, el alcance, los medios que haya que facilitar a la Unión, las condiciones de su ejecución y, en caso necesario, su duración.

2. Si se produjera un cambio de circunstancias con clara incidencia sobre un asunto objeto de una acción común, el Consejo revisará los principios y objetivos de dicha acción y adoptará las decisiones necesarias. La acción común se mantendrá en tanto el Consejo no se haya pronunciado.

3. Las acciones comunes serán vinculantes para los Estados miembros en las posiciones que adopten y en el desarrollo de su acción.

4. El Consejo podrá pedir a la Comisión que le presente cualquier propuesta adecuada relativa a la política exterior y de seguridad común para garantizar la ejecución de una acción común.

¹⁶⁰ Tratado de la UE.

5. Cuando exista cualquier plan para adoptar una posición nacional o emprender una acción nacional en aplicación de una acción común, se proporcionará información en un plazo que permita, en caso necesario, una concertación previa en el seno del Consejo. La obligación de información previa no se aplicará a las medidas que constituyan una mera transposición al ámbito nacional de las decisiones del Consejo.

6. En caso de imperiosa necesidad derivada de la evolución de la situación y a falta de una decisión del Consejo, los Estados miembros podrán adoptar con carácter de urgencia las medidas necesarias, teniendo en cuenta los objetivos generales de la acción común. El Estado miembro de que se trate informará al Consejo inmediatamente de tales medidas.

7. En caso de que un Estado miembro tenga dificultades importantes para aplicar una acción común, solicitará al Consejo que delibere al respecto y busque las soluciones adecuadas. Estas soluciones no podrán ser contrarias a los objetivos de la acción ni mermar su eficacia”.¹⁶¹

“Artículo 15. El Consejo adoptará posiciones comunes. Las posiciones comunes definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático. Los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes”.¹⁶²

“Artículo 16. Los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo sobre cualquier cuestión de política exterior y de seguridad que revista un interés general, a fin de garantizar que la influencia de la Unión se ejerza del modo más eficaz mediante una acción concertada y convergente”¹⁶³.

A esta fecha, este es el acuerdo vigente, respecto del número de votos con que cuentan cada uno de los países, dentro del Consejo:

PAÍSES	NÚMEROS DE VOTOS *
Alemania, Francia, Italia y Reino Unido	29
España y Polonia	27
Países Bajos	13

¹⁶¹ Tratado de la UE

¹⁶² Tratado de la UE

¹⁶³ Tratado de la UE

Bélgica, República Checa, Grecia, Hungría y Portugal	12
Austria y Suecia	10
Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Finlandia	7
Chipre, Estonia, Letonia, Luxemburgo y Eslovenia	4
Malta	3

* Por cada país

Esto es, se trata de 321 votos y, la mayoría calificada a la que nos referimos líneas atrás, es del 72.3%, es decir, 232 votos.

“Artículo 23.

1. El Consejo adoptará por unanimidad las decisiones que se rijan por el presente título. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de tales decisiones.

En caso de que un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podrá acompañar su abstención de una declaración formal efectuada de conformidad con el presente párrafo. En ese caso, no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión. En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición. En caso de que el número de miembros del Consejo que acompañara su abstención de tal declaración representara más de un tercio de los votos ponderados con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no se adoptará la decisión.

2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará por mayoría cualificada:

- Acciones comunes, posiciones comunes o cualquier otra decisión basada en una estrategia común;
- Cualquier decisión por la que se aplique una acción común o una posición común.
- La designación de un representante especial de conformidad con el apartado 5 del artículo 18.

Si un miembro del Consejo declarase que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad.

Los votos de los miembros del Consejo se ponderarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Para su adopción, las decisiones requerirán al menos sesenta y dos votos, que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo.

El presente apartado no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa.

3. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, el Consejo se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen⁷¹⁶⁴.

El Consejo se reúne por lo menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno que ejerce la presidencia del Consejo de la Unión y tiene como miembro de pleno derecho, al presidente de la Comisión. En toda reunión de Consejo se escucha al Presidente del Parlamento Europeo. Tiene, además, el Consejo, competencia arbitral.

El Tratado de Amsterdam creó el cargo de Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común. A la fecha de redacción de esta obra en funciones se encuentra Javier Solana, desde 1999.

2.2.- Del Parlamento Europeo:

Si bien se le da –románticamente hablando– alguna calidad de legislador, realmente no lo es. Está integrado por parlamentarios de los países miembros quienes, cosa rara, no se agrupan por nacionalidad, sino por ideología política.

No obstante, se le da calidad de legislativo a los siguientes actos:

- Procedimiento de Cooperación:¹⁶⁵ En virtud del cual interviene en la elaboración de directivas y reglamentos comunitarios.

¹⁶⁴ Tratado de la UE

¹⁶⁵ Incorporado en virtud del Acta Única Europea en 1986.

- **Procedimiento de Dictamen:** ¹⁶⁶ En virtud del cual se requiere el dictamen del PE en ciertos temas, como por ejemplo la incorporación de un nuevo miembro.

- **Procedimiento de Codecisión:** ¹⁶⁷ En realidad debería llamarse “De Veto” porque en virtud de esta facultad, el PE podría rechazar, por mayoría absoluta de sus miembros, actos aprobados por el Consejo y poner fin al procedimiento. No obstante, existe un Comité de Conciliación. ¹⁶⁸

Entre las principales funciones encontramos:

- Examinar y adoptar la legislación europea. Junto con El Consejo.
- Aprobar el presupuesto de la UE. ¹⁶⁹
- Control sobre las otras instituciones de la UE.
- Otorgar visto bueno a acuerdos internacionales importantes, entre otros tales como la adhesión de nuevos Estados; o acuerdo de integración con otros países y/o bloques de comercio.
- Elige al Defensor del Pueblo

Es considerado como un “órgano de expresión democrática y de control político de las Comunidades Europeas”.

Sus miembros son elegidos cada cinco años por votación directa. A esta fecha son 626 los miembros, pero variará conforme al cuadro que sigue a continuación:

	1999-2004	2004-2007	2007-2009
Bulgaria			18
Bélgica	25	24	24
República Checa		24	24
Dinamarca	16	14	14
Alemania	99	99	99
Estonia		6	6
Grecia	25	24	24
España	64	54	54
Francia	87	78	78
Irlanda	15	13	13

¹⁶⁶ Incorporado en virtud del Acta Única Europea en 1986.

¹⁶⁷ Incorporado por el Tratado de Maastricht en 1992.

¹⁶⁸ El Tratado de Amsterdam incorporó 23 diferentes ámbitos aplicables a este procedimiento y el Tratado de Niza 7.

¹⁶⁹ Ha habido casos en los que ha rechazado el presupuesto.

Italia	87	78	78
Chipre		6	6
Letonia		9	9
Lituania		13	13
Luxemburgo	6	6	6
Hungría		24	24
Malta		5	5
Países Bajos	31	27	27
Austria	21	18	18
Polonia		54	54
Portugal	25	24	24
Rumania			36
Eslovaquia		14	14
Finlandia	16	14	14
Suecia	22	19	19
Reino Unido	87	78	78
Total	626	732	786

Sus sesiones plenarias son en Estrasburgo y las suplementarias en Bruselas.

Los Grupos políticos de mayor importancia dentro del PE son: Partido Popular Europeo (Demócratas Cristianos), los Demócratas Europeos (PPE y DE) y el Grupo Parlamentario del Partido Socialista Europeo (PSE).

“Artículo 5. El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado y, por otra parte, en las demás disposiciones del presente Tratado”¹⁷⁰.

Podríamos pensar en el PE como un “órgano de control democrático” al tener facultad para:

- Derribar a la Comisión con una moción de censura. ¹⁷¹
- Controla las políticas comunitarias, para lo cual toma en cuenta la opinión del Tribunal de Cuentas.

¹⁷⁰ Tratado de la UE.

¹⁷¹ Para lo cual requiere una mayoría calificada de las dos terceras partes.

2.3.- De la Comisión:

Se trata, pues, de un órgano de singular importancia dentro de la institucionalidad europea. Hasta mayo del 2004 se encontraba integrada por 20 miembros –dos por cada uno de los siguientes países: Francia, Alemania, Reino Unido, Italia y España; y, uno más, por cada uno de los demás países integrantes de la UE-. A partir de esta fecha –mayo de 2004- con la entrada en vigencia de 10 nuevos Estados, habrán 10 nuevos comisarios. Posteriormente, a partir de noviembre de 2004, solo habrá un Comisario por cada uno de los países miembros. Éstos, son elegidos por cada uno de los países miembros y duran cinco años en sus funciones.¹⁷²

Podríamos pensar en la Comisión, al igual que los demás órganos, pero quizás con un mayor grado, como organismo con una especial naturaleza comunitaria o, mejor dicho, como un órgano con nacionalidad comunitaria, ya que no puede someter sus decisiones a la orden y/o disposición de un país miembro, sino que tiene que actuar, bajo premisas exclusivamente de tipo comunitario. Se trata, además, de un órgano especialmente responsable del respeto al ordenamiento jurídico comunitario pudiendo, inclusive, acudir por la vía judicial, ante el Tribunal de Justicia comunitario, a efectos de que se respete y/o aplique el llamado “Derecho Comunitario”.

Con iniciativa legislativa, participa activamente, inclusive, para la facilitación de acuerdos entre los diferentes órganos de la UE.

Como queda dicho en líneas atrás, puede ser objeto de una moción de censura por parte del Parlamento y está obligada a presentar su dimisión si, como queda dicho, el Parlamento aprueba la indicada moción¹⁷³.

Ya en lo administrativo, la Comisión está integrada por 36 Direcciones Generales, con presencia en Bruselas y Luxemburgo. Importante es indicar que la Comisión dispone de autonomía financiera y administrativa.

Es uno de los órganos más numerosos de la UE con cerca de 24.000 funcionarios. Su presidente es elegido por los miembros de la UE y, así como para ser miembro de la UE se requiere del visto bueno del PE¹⁷⁴, también para ser Presidente ese requisito es válido, esto es, la aprobación por parte del PE.

¹⁷² Se requiere del visto bueno del Parlamento para ser designado Comisario.

¹⁷³ Ya el Presidente Jacques Santer, el 16 de marzo de 1999, bajo la amenaza de una moción de censura, presentó la dimisión colectiva de la Comisión, que dio como resultado la designación de Romano Prodi como Presidente para el período 1999-2004.

¹⁷⁴ Parlamento Europeo

2.4.- Del Tribunal de Justicia

Se trata, pues, del órgano judicial de la UE. Está integrado por un juez por cada uno de los países miembros, el cual es asistido por nueve abogados generales, todos designados por los Estados miembros, por un período de seis años para el ejercicio de sus funciones. Con total independencia, su función principal es la de garantizar el respeto e imperio del derecho, tanto en la interpretación como en la aplicación de los Tratados.

De una lectura comparativa entre el Texto del Tratado del Tribunal de Justicia de la UE y el Tratado del Tribunal Andino, cosa rara, me quedo con éste último, ya que delimita, en mejor forma, el espectro de competencia del Tribunal y su integración. A ratos, a criterio del autor, toca un poco necesario el descifrar el ámbito de competencia del Tribunal Europeo.

Son bases fundamentales de las funciones y competencia del Tribunal: El Tratado de la UE, el Tratado de la CE, El Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Protocolo y/o Estatuto del Tribunal.

Una vez designados los magistrados del Tribunal, estos prestarán juramento para el ejercicio de sus funciones y gozarán de inmunidad. Inmunidad que, se mantiene, incluso una vez que ellos hayan cesado en sus funciones, pero siempre respecto de actos relacionados con sus actividades de administradores de justicia. Solo el pleno podrá levantar su inmunidad, en cuyo caso, de iniciarse una acción de tipo penal, su juzgamiento sólo podrá ser hecho por el máximo Tribunal de un Estado Miembro.

“Artículo 3.- Los jueces gozarán de inmunidad de jurisdicción. Después de haber cesado en sus funciones, continuarán gozando de inmunidad respecto de los actos realizados por ellos con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas.

El Tribunal de Justicia, reunido en Pleno, podrá levantar la inmunidad.

En caso de que, una vez levantada la inmunidad, se ejercitare una acción penal contra un juez, éste sólo podrá ser juzgado, en cada uno de los Estados miembros, por la autoridad competente para juzgar a los magistrados pertenecientes al órgano jurisdiccional supremo nacional.

Los artículos 12 a 15 y el artículo 18 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas serán aplicables a los jueces, abogados generales, secretario y ponentes adjuntos del Tribunal de Justicia,

sin perjuicio de las disposiciones relativas a la inmunidad de jurisdicción de los jueces que figuran en los párrafos precedentes”¹⁷⁵.

“Artículo 4.- Los jueces no podrán ejercer ninguna función política o administrativa.

No podrán, salvo autorización concedida con carácter excepcional por el Consejo, ejercer ninguna actividad profesional, retribuida o no.

En el momento de asumir sus funciones, se comprometerán solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios.

En caso de duda, el Tribunal de Justicia decidirá”¹⁷⁶.

Las salas se encuentran divididas, según el número de magistrados, en salas de tres y de cinco jueces. Luego, existe también, la llamada Gran Sala que está integrada por once jueces, Sala que intervendrá solo cuando lo requiera un Estado o una Institución de la UE. Sobre la Gran Sala está el Tribunal en Pleno.

“Artículo 16.- El Tribunal de Justicia constituirá Salas compuestas por tres y cinco jueces. Los jueces elegirán de entre ellos a los Presidentes de sala. Los Presidentes de las salas de cinco jueces serán elegidos por tres años. Su mandato podrá renovarse una vez.

La Gran Sala estará compuesta por once jueces. Estará presidida por el Presidente del Tribunal de Justicia. También formarán parte de la Gran Sala los Presidentes de las salas de cinco jueces y otros Jueces designados en las condiciones establecidas en el reglamento de procedimiento.

El Tribunal de Justicia actuará en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de las Comunidades que sea parte en el proceso.

El Tribunal de Justicia actuará en Pleno cuando se le someta un asunto en aplicación del apartado 2 del artículo 195, del apartado 2 del artículo 213, del artículo 216 o del apartado 7 del artículo 247 del Tratado CE o del apartado

¹⁷⁵ Estatuto del Tribunal.

¹⁷⁶ Estatuto del Tribunal.

2 del artículo 107 D, del apartado 2 del artículo 126, del artículo 129 o del apartado 7 del artículo 160 B del Tratado CEEA.

Asimismo, cuando considere que un asunto del que conoce reviste una importancia excepcional, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el abogado general, su atribución al Pleno¹⁷⁷.

2.4.1.- Procedimiento ante el Tribunal y Fases

La representación ante el Tribunal está dada por la presencia de un llamado “agente” que es quien actuará en el proceso y que podrá ser asistido por un asesor o un abogado. Cualquier otra parte, deberá estar asistida por un abogado. Tanto, respecto de actuaciones en el Tribunal de Justicia, así como, en el Tribunal de Primera instancia.

Basta ser abogado autorizado para ejercer ante un órgano en un País Miembro para poder actuar ante el Tribunal.

De conformidad con la normativa comunitaria europea, se verifican dos fases dentro de los procesos que se desarrollan en el Tribunal, a saber: escrita y oral¹⁷⁸.

- Escrita: en la cual se pone en conocimiento de las partes de las demandas, contestaciones, observaciones, providencias y, en general, alegatos que se presenten dentro de determinado proceso.
- Oral: que comprenderá la lectura de informe del juez ponente, audiencias de los agentes, asesores y abogados, conclusiones del abogado general y, de ser necesario la declaración de testigos y/o peritos.

Las vistas¹⁷⁹ se deberán hacer en público. No obstante, las deliberaciones de los jueces sí deberán ser en privado. E, importante es indicar, que el hecho de que alguna persona –natural o jurídica- no conteste una demanda, lo único que hace es que se declare en rebeldía al demandado, prosiguiendo el proceso sin problema mayor alguno.

“Artículo 31.- La vista será pública, salvo que, por motivos graves, el Tribunal de Justicia decida lo contrario, de oficio o a instancia de parte”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Estatuto del Tribunal.

¹⁷⁸ Artículo 20 del Estatuto del Tribunal.

¹⁷⁹ Audiencias.

¹⁸⁰ Estatuto del Tribunal.

“Artículo 35.- Las deliberaciones del Tribunal de Justicia serán y permanecerán secretas”¹⁸¹.

“Artículo 41.- Cuando la parte demandada, debidamente emplazada, se abstenga de contestar por escrito a la demanda, se dictará respecto de ella sentencia en rebeldía. La sentencia podrá ser impugnada en el plazo de un mes a partir de la fecha de su notificación. Salvo decisión contraria del Tribunal de Justicia, la impugnación no suspenderá la ejecución de la sentencia dictada en rebeldía”¹⁸².

2.4.2.- Competencia del Tribunal de Justicia

Como comento líneas atrás, quizás el marco normativo de la CAN, en lo que al Tribunal Andino se refiere, es más claro, ordenado y estructurado que el Estatuto del Tribunal de la UE. No obstante, podríamos dividir la competencia del Tribunal de la UE, en las siguientes:

2.4.2.1.- Nulidad

El Tribunal es competente para conocer las demandas de nulidad que, respecto de actos normativos expedidos por la UE, se presenten. Será importante, siempre, adjuntar a la demanda una copia del acto normativo cuya nulidad se acuse. Importante es indicar, que también pueden ser objeto de este recurso los laudos del Comité de Arbitraje.

Lamentablemente y nuevamente a diferencia de la normativa comunitaria andina, no hacen referencia entre nulidad relativa y/o nulidad absoluta, así como, a las causales de nulidad o a requisitos especiales para poder interponer este recurso¹⁸³. Deberemos, pues, remitirnos a los principios generales del derecho, para tal fin.

2.4.2.2.- Interpretación

No se parece en lo absoluto ni tiene el alcance de la llamada Interpretación Prejudicial que existe en la CAN, ya que, en este caso no se interpretan los alcances de una norma, sino más bien, de la sentencia expedida por el mismo Tribunal. Esto es, más bien se refiere, a una especie de recurso de aclaración en los términos de nuestro Código de Procedimiento Civil, más que realmente a una acción de inter-

¹⁸¹ Estatuto del Tribunal.

¹⁸² Estatuto del Tribunal.

¹⁸³ Recordemos que en el caso de la CAN, para poder interponer un recurso de nulidad respecto de Decisiones, es necesario que el país proponente de la acción de nulidad no haya votado afirmativamente cuando esta fue expedida.

pretación propiamente dicha. En todo caso, el Tribunal tiene, por esta vía, una herramienta de especial importancia para determinar el alcance de sus sentencias, no obstante, en criterio del autor, corremos el riesgo vía esta “interpretación” apartarnos del sentido de la sentencia dictada y otorgar algo no pedido o algo más allá de lo solicitado.

Realmente, más que competencia respecto de una acción, se trata de una competencia como consecuencia de su facultad de expedir sentencias. Tanto así, que es un recurso que se presenta y/o interpone cuando ya existe una sentencia y no como consecuencia de un acción previa a un proceso.

“Artículo 43.- En caso de duda sobre el sentido y el alcance de una sentencia, corresponderá al Tribunal de Justicia interpretar dicha sentencia, a instancia de la parte o de la institución de las Comunidades que demuestre un interés en ello”¹⁸⁴.

2.4.2.3.- Revisión

Se trata de una competencia similar a la anterior, en el sentido de que es una acción que nace como consecuencia, en primer término, de la capacidad del Tribunal de expedir sentencias y, en segundo término, como resultado del apareamiento de nuevos hechos que puedan tener influencia decisiva en el caso y de cuya existencia se desconocía.

El plazo de prescripción de la acción es de 10 años, contados a partir de la sentencia. El autor entendería que se trata desde la “...notificación de la sentencia...”, plazos que podrán ser objeto de revisión en virtud de la distancia.

“Artículo 44.- La revisión de la sentencia sólo podrá pedirse al Tribunal de Justicia con motivo del descubrimiento de un hecho que pueda tener una influencia decisiva y que, antes de pronunciarse la sentencia, era desconocido por el Tribunal de Justicia y por la parte que solicita la revisión.

El procedimiento de revisión exigirá una sentencia del Tribunal de Justicia, en la que se hará constar expresamente la existencia de un hecho nuevo del que se reconoce que posee los caracteres que dan lugar a la revisión, declarando por ello admisible la demanda.

¹⁸⁴ Estatuto del Tribunal

No podrá presentarse ninguna demanda de revisión transcurridos diez años desde la fecha de la sentencia”¹⁸⁵.

“Artículo 45.- El reglamento de procedimiento establecerá plazos por razón de la distancia.

No cabrá oponer preclusión por expiración de los plazos cuando el interesado demuestre la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor”¹⁸⁶.

2.4.2.4.- Responsabilidad Extra Contractual:

Se trata, pues, de una muy llamativa acción, más que todo porque se trata de una acción que, por regla general, es especialmente conocida en los tribunales nacionales, pero no en un tribunal de origen comunitario.

Estas acciones prescriben cinco años luego de ocurrido el hecho que las motivó, prescripción que puede ser interrumpida por la presentación de la demanda ante el Tribunal de Justicia, así como, en virtud de la presentación de la reclamación pertinente ante la institución competente de la UE.

“...Las acciones contra las Comunidades en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó. La prescripción se interrumpirá bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de las Comunidades. En este último caso, la demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses previsto en el artículo 230 del Tratado CE y en el artículo 146 del Tratado CEEA; cuando proceda, serán aplicables las disposiciones del segundo párrafo del artículo 232 del Tratado CE y del segundo párrafo del artículo 148 de Tratado CEEA, respectivamente...”.

2.4.2.5.- Excepciones:

En algo parecido a nuestra legislación nacional con el juicio de excepciones, encontramos entre las competencias del Tribunal, la de resolver respecto de las excepciones que se puedan interponer dentro de un proceso, en virtud de incompetencia de la autoridad o de inadmisibilidad –procedibilidad de la acción-.

“...Las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia que pongan fin al proceso, así como las que resuelvan parcialmente la cuestión de fondo o pongan

¹⁸⁵ Estatuto del Tribunal.

¹⁸⁶ Estatuto del Tribunal.

fin a un incidente procesal relativo a una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad serán notificadas por el secretario del Tribunal de Primera Instancia a todas las partes, así como a todos los Estados miembros y a las instituciones de las Comunidades, incluso aunque no hayan intervenido en el litigio ante el Tribunal de Primera Instancia...”.

2.4.2.6.- Casación:

Pueden ser objeto de la interposición del presente recurso y/o acción –como la queramos llamar-, las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia que pongan fin a un proceso o, también, las resoluciones que pongan fin a un incidente procesal, que nazcan como consecuencia de una de las excepciones a las que nos referimos en el punto precedente. Recurso que podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes afectadas. No obstante, en tratándose de terceros coadyuvantes que no se traten de países miembros, deberán ser directamente afectados para poder actuar a través del presente recurso.

“Artículo 56.- Contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia que pongan fin al proceso, así como contra las que resuelvan parcialmente la cuestión de fondo o pongan fin a un incidente procesal relativo a una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad, podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución impugnada.

Dicho recurso de casación podrá interponerse por cualquiera de las partes cuyas pretensiones hayan sido total o parcialmente desestimadas. Sin embargo, los coadyuvantes que no sean Estados miembros o instituciones de las Comunidades sólo podrán interponer recurso de casación cuando la resolución del Tribunal de Primera Instancia les afecte directamente.

Salvo en los litigios entre las Comunidades y sus agentes, el recurso de casación podrá interponerse también por los Estados miembros y las instituciones de las Comunidades que no hayan intervenido en el litigio ante el Tribunal de Primera Instancia. Dichos Estados miembros e instituciones estarán en una posición idéntica a la de los Estados miembros o instituciones que hayan intervenido en primera instancia”¹⁸⁷.

La interposición del presente recurso, deberá necesariamente versar sobre temas de derecho, a saber: incompetencia, fallas de procedimiento, violación de norma sus-

¹⁸⁷ Estatuto del Tribunal

tantiva expresa. Igualmente consistirá de una fase oral y de una escrita y será concedido solo en el efecto devolutivo.

“Artículo 58.- El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia se limitará a las cuestiones de derecho. Deberá fundarse en motivos derivados de la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia, de irregularidades del procedimiento ante el mismo que lesionen los intereses de la parte recurrente, así como de la violación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Primera Instancia.

La imposición y la cuantía de las costas no constituirán por sí mismas un motivo de interposición del recurso de casación”¹⁸⁸.

“Artículo 59.- El procedimiento ante el Tribunal de Justicia en un recurso de casación contra una resolución del Tribunal de Primera Instancia constará de una fase escrita y una fase oral. El Tribunal de Justicia, después de haber oído al abogado general y a las partes, podrá pronunciarse sin fase oral, en las condiciones determinadas por el reglamento de procedimiento”¹⁸⁹.

“Artículo 60.- El recurso de casación no tendrá efecto suspensivo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 242 y 243 del Tratado CE o en los artículos 157 y 158 del Tratado CEEA.

No obstante lo dispuesto en el artículo 244 del Tratado CE y en el artículo 159 de Tratado CEEA, las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia que anulen un reglamento sólo surtirán efecto a partir de la expiración del plazo contemplado en el primer párrafo del artículo 56 del presente Estatuto o, si se hubiera interpuesto un recurso de casación durante dicho plazo, a partir de la desestimación del recurso, sin perjuicio del derecho que asista a cada parte a plantear ante el Tribunal de Justicia una demanda, en virtud de los artículos 242 y 243 del Tratado CE o de los artículos 157 y 158 del Tratado CEEA, con la finalidad de conseguir la suspensión de los efectos del reglamento anulado o la adopción de cualquier otra medida provisional”¹⁹⁰.

“Artículo 61.- Cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal de Primera Instancia. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio,

¹⁸⁸ Estatuto del Tribunal.

¹⁸⁹ Estatuto del Tribunal.

¹⁹⁰ Estatuto del Tribunal.

cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que este último resuelva.

En caso de devolución, el Tribunal de Primera Instancia estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del Tribunal de Justicia.

Cuando se estime un recurso de casación interpuesto por un Estado miembro o una institución de las Comunidades que no haya intervenido en el litigio ante el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia, si lo estima necesario, podrá indicar cuáles son los efectos de la resolución del Tribunal de Primera Instancia anulada que deben considerarse como definitivos respecto de las partes en el litigio¹⁹¹.

2.5.- Del Tribunal de Cuentas

A efectos de hacer un símil con una institución ecuatoriana, podríamos pensar en la Contraloría General de la Nación, como el equivalente al Tribunal de Cuentas.

Con sede en Luxemburgo, es una institución igualmente con independencia, y verifica y controla el correcto y adecuado uso de los fondos de la UE. Además, los llamados auditores, están también encargados de recomendar el mejor uso de los fondos públicos, a efectos de obtener mejores resultados.

Fue creado en 1977 y está integrado por un delegado de cada uno de los países miembros, quienes duran seis años e, igualmente, deben de contar con el visto bueno del PE para su designación. En virtud del Tratado de Amsterdam, pueden recurrir, inclusive, hasta el Tribunal de Justicia, a efectos de defender sus atribuciones.

2.6.- Del Comité Económico y Social Europeo

Al igual que la CAN¹⁹², la UE también tiene órganos consultivos. Así, este Comité, es una especie de asesor a quien se consulta, respecto de temas importantes. Dentro del mismo convergen, con especial grado de madurez, empresarios, sindicatos, consumidores y ecologistas, quienes en número de 222 –aumentará con la inclusión de los nuevos miembros–, como queda dicho, dan soporte en la toma de nuevas decisiones dentro de la UE.

¹⁹¹ Estatuto del Tribunal.

¹⁹² Recordemos que la CAN tiene los Consejos Consultivos: Empresarial Andino; y, Laboral Andino. En adición, los indicados en la Disposición final única de la Decisión 471.

Son también, órganos de consulta para el Consejo y la Comisión, en temas económicos e, igualmente, en lo referente a energía atómica –EURATOM-¹⁹³.

2.7.- Del Comité de las Regiones

Creado por el Tratado de la Unión Europea, se encuentra integrado por representantes locales y regionales, quienes tienen voz -222 que subirán en virtud de la incorporación de nuevos Estados-, como órgano consultor del Consejo y de la Comisión. Toman decisiones o, mejor dicho, emiten dictámenes, en temas como: salud, empleo, transporte, etc.

Son nombrados por el Consejo a propuesta de los Estados miembros y duran 4 años en funciones.

2.8.- Del Banco Europeo de Inversiones

Con sede en Luxemburgo y, actuando como banca de segundo piso, al no ser una banca realmente comercial, otorga créditos, con tasas preferenciales de interés, a países con menor grado de desarrollo y a empresas en procesos de reconversión. Su función social, no sólo está dada por tasas de interés preferenciales, sino también, por el enfoque de sus proyectos, al direccionar los mismos básicamente a: enlaces ferroviarios, carreteras, aeropuertos, proyectos de tipo ambiental, etc.

2.9.- Del Banco Central Europeo

Con sede en Frankfurt, es el encargado de la política monetaria –fijación de tasas de interés por ejemplo, así como de controlar los precios de los productos, a efectos que la economía de los países no sea afectada por la inflación- de la UE. Su gestión corre a cargo de un Presidente y de un Consejo de Dirección, quienes trabajan muy de cerca con los bancos centrales de los países miembros. Adquirió mucha mayor importancia una vez que entró en circulación el Euro.

2.10.- Del Defensor del Pueblo

Elegido por el PE, luego de cada elección parlamentaria y por el mismo lapso de duración de la legislatura, como su nombre lo indica, es quien protege los intereses de los ciudadanos, en sus relaciones con la UE y, por tanto, con sus países.

¹⁹³ Comunidad Europea de la Energía Atómica. 1957.

3.- Jerarquía Constitucional del Tratado de la UE y Naturaleza Jurídica del mismo

A diferencia de lo que ocurre en la CAN¹⁹⁴, el Tratado de la UE sí reviste, de alguna forma, visos de constitucionalidad, en lo que a jerarquía normativa se refiere. Esto no es malo en principio, mas bien, proyecta un altísimo grado de madurez por parte de la UE, el haber llegado a tal desarrollo integracionista.

Entre las características de los actos normativos comunitarios, existen dos principios de especial atención: el primero, el de aplicabilidad directa, el cual hace que las normas comunitarias se incorporen en forma automática al ordenamiento jurídico nacional de los estados miembros, sin necesidad de acto interno del estado que la recibe como suyo; y, segundo, la primacía de las mismas frente a las normas internas de los estados miembros, cualquiera que sea el rango de las mismas. Respecto del principio de la aplicabilidad directa a criterio del autor no es necesario mayor estudio pero, de la supremacía sí.

En efecto, la supremacía de las normas comunitarias, sobre la de cualquier rango, merece una atenta revisión, ya que esa supremacía nace por disposición jurisprudencial especialmente. Quizás, la génesis de esta supremacía y su fundamento doctrinario está dado por la sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, Rec. P. 1141 y ss. especialmente p. 1158 a 1160¹⁹⁵.

Otro tema importante y que ya ha sido discutido por la autoridad jurisdiccional, es la primacía sobre las normas en el tiempo. En primer término, ya la jurisprudencia comunitaria dejó en claro la primacía sobre leyes anteriores, pero luego se generó otro nuevo problema, la primacía sobre leyes posteriores. Bueno, ya existen precedentes jurisprudenciales, en el sentido de preferir a la norma comunitaria, incluso sobre la ley posterior. No obstante, en el caso que señalamos a continuación, el Tribunal indicó que si bien prevalecía la norma comunitaria, sí era necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional del país de la norma impugnada. Veamos:

“...El Tribunal Constitucional Italiano, sobre la base de una tradición dualista bien arraigada, inició su jurisprudencia con la sentencia No. 14, del 7 de marzo de 1964, Costa/Enel (II Foro italiano, 1964, I, 465), que excluye la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley posterior. Las sentencias de 27 de diciembre de 1973, Frontini (Sentencia No. 183 del 27 de diciembre de

¹⁹⁴ Así el Tribunal Andino de Justicia quiera decirnos lo contrario en algunos fallos expedidos por ellos.

¹⁹⁵ Citada por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez en su obra “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales”.

1973, II Foro Italiano, 1974, I, 315) y del 30 de octubre de 1975, Industrie Chimiche dell'Italia Centrale (ICIC) (Sentencia No. 232, II Foro Italiano 1975, I, p. 2661) modificaron radicalmente este enfoque al reconocer la primacía del Derecho Comunitario sobre la ley interna en atención a la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto del ordenamiento italiano, a la aplicabilidad directa de determinadas normas comunitarias y, tratándose de una ley posterior, a la incompetencia del legislador nacional. Ahora bien el Tribunal Constitucional consideró en esta sentencia que el ordenamiento jurídico vigente no confiere al juez italiano el poder de no aplicar las leyes internas posteriores incompatibles con normas comunitarias, sino que tal inaplicación exige una previa declaración de inconstitucionalidad, reservada al Tribunal Constitucional, el cual constatará que, al dictar normas incompatibles con el Derecho Comunitario, el legislador viola el artículo 11 de la Constitución, en virtud del cual Italia se ha adherido a la Comunidad. Este aspecto de la sentencia Frontini, que condujo a un conflicto radical con la jurisprudencia del TJCE que en la sentencia Simmenthal (sent. del 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec. p. 629), fue rectificado por el Tribunal Constitucional italiano años después en la sentencia Granital (Sentencia No. 170/84, II Foro Italiano de 1984, p. 2062), que, si bien se apoya en un razonamiento diferente al de la jurisprudencia del TJCE, converge con ésta en cuanto al reconocimiento no solo de la primacía del Derecho Comunitario, sino también de las consecuencias de dicha primacía para el juez ordinario, al que ahora se reconoce como competente para aplicar la norma comunitaria en perjuicio de la ley interna, anterior o posterior, hasta el punto que la cuestión de inconstitucionalidad de la ley posterior incompatible con el Derecho Comunitario se declara inadmisibile...”¹⁹⁶.

“...La actitud del Consejo Constitucional ha resultado determinante para el giro jurisprudencial del Tribunal de Casación (sentencia “Cafés Jacques Vabre” del 24 de mayo de 1975, RGDIP 1976, pp. 960-964) y el mucho más tardío del Consejo de Estado (sentencia Nicolo, del 20 de octubre de 1989, RGDIP 1989, pp. 1041-1042), que finalmente han consagrado la competencia de los tribunales para garantizar la primacía de los Tratados y del Derecho Comunitario sobre la ley interna posterior. Vid. L. Favoreu, « La prise in compte du Droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » y J. P. COSTA, « La prise in compte du Droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », en

¹⁹⁶ Nota citada por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez en su obra “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales”.

L'Internationalité dans les institutions ed le Droit-Études offertes á Alain Plantey Pedone, Paris, 1995, pp. 33-44 y 45-47...¹⁹⁷.

“...El Tribunal Constitucional Español ha reconocido sin dificultad alguna de orden jurídico constitucional la aplicabilidad directa de normas comunitarias (vid. Sentencia 79/92, del 28 de mayo, fundamento 3, BJC 1992, 134, pp. 53-76; sentencia de la Sala 2 del Tribunal Constitucional 130/1995, del 11 de septiembre, BJC 174, 1995, pp. 13-ss) y su primacía sobre el derecho interno de rango infraconstitucional...”¹⁹⁸.

“...El Tribunal Constitucional ha reconocido la inaplicabilidad de la normativa interna sobre establecimiento de extranjeros a los trabajadores turcos amparados por el acuerdo de asociación CEE-Turquía y la decisiones del Consejo de Asociación cuyo efecto directo ha sido reconocido por el TJCE (sentencias del 22 de febrero de 1996, asunto 95/19/0424, y del 25 de junio de 1996, asunto 96/09/0088)...”¹⁹⁹.

Pero, cosa rara, será muy difícil tener un nivel de precisión de la naturaleza jurídica del Tratado. Es más, creo es equivocado hablar de tal condición porque ni siquiera tiene personalidad jurídica lo que, solo nos llevaría a pensar, simple y sencillamente, en un ente etéreo que al amparo de un Tratado existe, lo cual hace especialmente complicado la instrumentación de acuerdos ya que, al no haber un ente como tal que con personería jurídica –nacido como consecuencia de la personalidad jurídica-, pueda celebrar convenios o ejecutar actos con plena libertad y total validez, sin la necesidad de obligar a los países miembros a ratificar dichos instrumentos, será difícil legitimar su intervención en los diferentes actos que ejecute.

Sobre este particular el ex presidente francés Valéry Giscard D'Estaing, presentó una propuesta al Consejo Europeo reunido en Salónica el 19 y 20 de junio de 2003. En resumen, el proyecto proponía:

- Elección del Presidente del Consejo Europeo por mayoría calificada, para un mandato de dos años y medio renovable.

¹⁹⁷ Nota citada por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez en su obra “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales”.

¹⁹⁸ Parte pertinente de la nota de página número 59 citada por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez en su obra “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales”.

¹⁹⁹ Nota citada por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez en su obra “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales”.

- Elección del Presidente de la Comisión por el Parlamento, por mayoría simple, previa propuesta del Consejo Europeo, tomando en cuenta para tal fin los resultados de las elecciones del parlamento.
- Creación del puesto de Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, vinculado al Consejo Europeo y, al mismo tiempo, Vicepresidente de la Comisión.
- Incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Tratado.
- Atribución de personalidad jurídica a la Unión Europea.
- Ampliación del voto por mayoría calificada en el Consejo.
- Fortalecimiento del poder legislativo y presupuestario del Parlamento Europeo.
- Una formulación más clara del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados Miembros.
- Otorgamiento de un papel a los Parlamentos nacionales a la hora de velar por el cumplimiento del principio de subsidiaridad.

4.- Del Acervo Comunitario

Expresión muy utilizada en el lenguaje comunitario, constituye todo el ordenamiento jurídico de la UE, entiéndase: Tratados, Protocolos Modificatorios y/o de Adhesión, Decisiones, Regulaciones, Resoluciones, etc., los que deberán, necesariamente, ser aceptados por todos los países, incluso antes de adherirse formalmente al Tratado.

5.- Del Euro

Sin lugar a dudas, el mayor grado de integración y madurez política y económica de la UE, está dada por la aplicación de una moneda común, por todos los escenarios que una operación de tal magnitud implica. Desde políticas fiscales y monetarias comunitarias, hasta discursos nacionalistas, al pensar que la soberanía de los países que la acogen podrían haberse visto afectadas.

Y es así que, desde el 1 de enero de 2002, cerca de 300 millones de europeos utilizan el euro en sus operaciones comerciales. Antes existía la denominación, pero recién en esta fecha es que circula físicamente la moneda en la UE.

Es en 1970 cuando se comienza a discutir la posibilidad de unificar las políticas económicas, cuando se presenta el llamado informe Werner²⁰⁰. Luego, con la creación del Sistema Monetario Europeo, creado para reducir los diferenciales cambiarios en Europa, al tratar de que no sean superiores entre 2.25 % y 6% es que de alguna forma se da impulso a la idea de la unificación monetaria, aunque falla-

²⁰⁰ Llamado así por el apellido del Primer Ministro de Luxemburgo.

ron al poco tiempo, por la debilidad que muchas monedas europeas tenían frente al dólar.

Luego, la Comisión presidida por Jacques Delors, puso a consideración del Consejo en 1989 un plan, el mismo que luego de cumplir con un proceso, debía dar origen a la Unión Económica Monetaria. Este plan, institucionalizado en el Tratado de Maastricht en 1992, establecería una serie de parámetros con los que tenían que cumplir los países que querían acogerse a la moneda común, estos son:

- Reducción de la tasa de inflación.
- Reducción de las tasas de interés.
- Déficit presupuestario no mayor al 3% del PIB.
- Deuda pública no mayor al 60% del PIB.
- Estabilidad cambiaria.

Existen países que se han acogido a la cláusula *opting out*²⁰¹, a efectos de no incorporar como moneda con poder liberatorio al Euro. Estos son, Dinamarca²⁰², Reino Unido y Suecia.

Podríamos pensar en las etapas del Euro, como las siguientes:

- 1. Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992.-** Reemplazo de las monedas nacionales por una moneda única, bajo las condiciones señaladas líneas atrás.
- 2. Creación del Instituto Monetario Europeo, enero de 1994.-** Con procedimientos de Supervisión económica.
- 3. Calificación de 11 países para el Euro, mayo de 1998.-** Entre el 1 y 3 de mayo de 1998, en Bruselas, se decide que 11 países califican para el Euro, estableciendo tipos de cambio bilaterales, irrevocables y definitivos entre ellos.
- 4. Nacimiento del Euro, 1 de enero de 1999.-** Los 11 países calificados adoptan el Euro, estos son: Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia. Grecia lo incorporaría el 1 de enero de 2001. Luego, el 1 de enero de 2002, sería introducido físicamente el Euro con la acuñación de monedas e impresión de billetes. Se estableció un plazo hasta el 28 de febrero de 2002 para el retiro

²⁰¹ Cláusula que permite no acogerse al euro, a pesar de reunir los requisitos necesarios para tal fin.

²⁰² Dinamarca incluso por Referéndum.

de las monedas sustituidas, para desde esa fecha solo el Euro tener poder liberatorio en la llamada “zona del Euro”.

Su partida de nacimiento fue el Ecu, aunque sólo como unidad de valor, ya que no circuló físicamente.

A la fecha de redacción del presente capítulo, el tipo de cambio frente al dólar es 1,27²⁰³.

En estos días se está discutiendo el ingreso de Turquía a la UE²⁰⁴.

6.- CONCLUSIÓN:

Inmejorable ejemplo de integración comercial y humana²⁰⁵.

Nota:

En 2006 Bulgaria y Rumania ingresaron como miembros de la UE, por lo que serán ya 27 países quienes integran dicho bloque.

²⁰³ 1 de agosto de 2006, a las 15h35.

²⁰⁴ 6 de octubre de 2005, a las 12h04.

²⁰⁵ Este año se dieron dos acontecimientos que podrían hacer si bien no tambalear, por lo menos sí sudar y poner las barbas en remojo a la UE, como las negativas en Francia (aproximadamente el 55% dijo que no) y Holanda de aprobar la Constitución de la Unión Europea. No obstante, en Luxemburgo (aproximadamente el 56.52 dijo que sí), sí se aprobó la Constitución. Estos hechos se dieron luego en sendas consultas populares realizadas en dichos países. Esto es importante, ya que se requiere que veinticinco países aprueben la Constitución para que entre en vigencia el 1 de noviembre de 2006, ya lo han hecho trece.

CAPÍTULO V: DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

1.- Antecedentes, Generalidades y Objetivos

Génesis de la OMC fue el GATT,²⁰⁶ allá por el año de 1948. Arrancó con una quizás poco eficiente y ágil presencia en la ciudad de la Habana en Cuba (1948), pasando a Marrakech (1994) luego y sucesivamente a Ancey (Francia), Torquay (Reino Unido), Tokio (Japón), Punta del Este (Uruguay), Montreal (Canadá) y finalmente en Bruselas (Bélgica), igualmente pasando, por el fallido intento de crear la Organización Internacional de Comercio (OIC) en 1948, proyecto muy ambicioso, ya que no solo determinaría importante pautas de índole comercial, sino también, de empleo, inversiones, etc.

Sí podemos pensar que se trata, de un acto normativo, de alcance mundial, donde se fijan especialísimas pautas de comercio, para facilitar la transferencia de un país a otro de personas, cosas, servicios, intangibles, etc., a efectos de impulsar más todavía, el intercambio comercial, el cual desde el inicio del GATT allá por 1947 y 1948, se ha incrementado en cerca de 30 veces. Sí existía, eso sí, el compromiso de reducir aranceles, pero en el marco general, no como consecuencias de preferencias arancelarias, como en efecto se lo hizo, al otorgarse cerca de 45.000 concesiones arancelarias, que representaban aproximadamente la quinta parte del comercio mundial y, justamente, esas concesiones a las que el autor se refiere, son las que dan origen al GATT, que entró en vigencia en enero de 1948, originalmente integrado por 23 países.

Inicialmente, cuando se hablaba de la OIC, la intención era más bien incorporar o adherir la misma a lo que se conocía como las “instituciones del Breton Woods”, cuales eran, el Banco Mundial²⁰⁷ y el Fondo Monetario Internacional. En realidad la OIC era un brazo de la ONU pero, la carta de la Habana, que dio origen a la OIC, no tuvo el eco esperado por parte de los órganos legislativos de los países que debían adherirse, ya que no se consiguieron los votos necesarios en todos los Congresos para tal fin. Es más y cosa rara ya que Estados Unidos fue uno de los países que más impulso dio al proyecto, el Congreso Americano fue el que más se opuso a la Declaración de la Habana, lo que dio como resultado la muerte de la OIC. Y, si bien siempre se pensó en el GATT como un ente provisional, mantuvo plena vigencia hasta que en 1995 se convierte en la Organización Mundial de Comercio.

²⁰⁶ General Agreement of Tariffs and Trade (Acuerdo General Sobre Tarifas y Comercio).

²⁰⁷ Cuyo nombre correcto es Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF.

Se definen entre los propósitos de la organización, los siguientes:

- Libertad de circulación.
- Foro de negociaciones comerciales.
- Foro para la solución de diferencias

En lo que a toma de decisiones se refiere, la OMC siempre ha querido que todos los temas tratados sean resueltos por unanimidad. Cosa que no siempre es fácil, por lo tanto, llegado un momento se deberá decidir por la mayoría de votos emitidos, en una toma de decisión bajo la premisa de un país un voto.

Pero, también, para ciertos temas, existe un quórum decisorio. Estos, son:

1. La decisión de adoptar una interpretación de cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales podrá tomarse por mayoría de tres cuartas partes de los miembros de la OMC.
2. Por igual mayoría, la Conferencia Ministerial podrá decidir eximir de una obligación impuesta por un acuerdo multilateral a un determinado miembro.
3. Las decisiones de enmienda de las disposiciones de los Acuerdos Multilaterales, podrán adoptarse por aprobación de todos los miembros o por mayoría de dos tercios, según la naturaleza de la disposición de que se trate. Ahora bien, estas enmiendas únicamente surtirán efecto para los miembros de la OMC que las acepten.
4. La Decisión de admitir a un nuevo miembro se adoptará por mayoría de dos tercios en la Conferencia Ministerial, o en el Consejo General en el período entre Conferencias.

2.- Principios del Sistema de Comercio

2.1.- Trato no discriminatorio: 208

Como queda dicho, el concepto de No Discriminación, nace del principio del Trato de Nación Más Favorecida, en virtud del cual, si otorgamos una ventaja a un país, ésta se entiende extendida a los demás países. Este concepto, podría hacernos creer en el error de que significa, más bien, que se debe tratar con especial favoritismo a un país, lo cual daría como resultado, que otros estarán en desventaja. No, como ya lo hemos explicado en capítulos anteriores, lo que quiere decir es que

²⁰⁸ Principio de la Nación Más Favorecida.

debe existir un trato igualitario y, por tanto, no discriminatorio, entre los países miembros.

El trato discriminatorio, no sólo se da cuando un país, por ejemplo, otorga preferencias a un miembro de la OMC y no da igual tratamiento a otro igual miembro de la OMC. También se da, cuando hay reglas diferentes en materia de inversión extranjera, propiedad intelectual, normas de origen. Esto es, la discriminación no solo se puede dar respecto de tangibles o mercancías, sino también, respecto de intangibles como servicios, patentes de invención, etc.

“Artículo IX

Marcas de origen

1. En lo que concierne a la reglamentación relativa a las marcas, cada parte contratante concederá a los productos de los territorios de las demás partes contratantes un trato no menos favorable que el concedido a los productos similares de un tercer país²⁰⁹ (lo subrayado es mío).

“Artículo XIII

Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas

1. Ninguna parte contratante impondrá prohibición ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otra parte contratante o a la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país o a la exportación del producto similar destinado a cualquier tercer país.

2. Al aplicar restricciones a la importación de un producto cualquiera, las partes contratantes procurarán hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que las distintas partes contratantes podrían esperar si no existieran tales restricciones y, con este fin, observarán las disposiciones siguientes:

a) Siempre que sea posible, se fijarán contingentes que representen el monto global de las importaciones autorizadas (estén o no repartidos entre

²⁰⁹ GATT.

los países abastecedores), y se publicará su cuantía, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 de este artículo;

b) Cuando no sea posible fijar contingentes globales, podrán aplicarse las restricciones mediante licencias o permisos de importación sin contingente global;

c) Salvo a los efectos de aplicación de contingentes asignados de conformidad con el apartado d) de este párrafo, las partes contratantes no prescribirán que las licencias o permisos de importación sean utilizados para la importación del producto de que se trate procedente de una fuente de abastecimiento o de un país determinado;

d) Cuando se reparta un contingente entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique las restricciones podrá ponerse de acuerdo sobre la repartición del contingente con todas las demás partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento del producto de que se trate. En los casos en que no pueda razonablemente aplicarse este método, la parte contratante interesada asignará, a las partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento de este producto, partes proporcionales a la contribución aportada por ellas al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un período representativo anterior, teniendo debidamente en cuenta todos los factores especiales que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto. No se impondrán condiciones ni formalidades que impidan a cualquier parte contratante utilizar íntegramente la parte del volumen o del valor total que le haya sido asignada, a reserva de que la importación se efectúe en el plazo prescrito para la utilización del contingente.

3. a) Cuando se concedan licencias de importación en el marco de restricciones a la importación, la parte contratante que aplique una restricción facilitará, a petición de toda parte contratante interesada en el comercio del producto de que se trate, todas las informaciones pertinentes sobre la aplicación de esta restricción, las licencias de importación concedidas, durante un período reciente y la repartición de estas licencias entre los países abastecedores, sobre entendiéndose que no estará obligada a revelar el nombre de los establecimientos importadores o abastecedores.

b) En el caso de restricciones a la importación que entrañen la fijación de contingentes, la parte contratante que las aplique publicará el volumen o valor total del producto o de los productos cuya importación sea autorizada durante un período ulterior dado, así como cualquier cambio sobre-

venido en dicho volumen o valor. Si uno de estos productos se halla en camino en el momento de efectuarse la publicación, no se prohibirá su entrada. No obstante, se podrá computar este producto, dentro de lo posible, en la cantidad cuya importación esté autorizada durante el período correspondiente y, si procede, en la cantidad cuya importación sea autorizada durante el período o períodos ulteriores. Además, si una parte contratante exime habitualmente de dichas restricciones a los productos que, en un plazo de treinta días contados desde la fecha de esta publicación, son retirados de la aduana a la llegada del extranjero o a la salida del depósito aduanero, se considerará que este procedimiento se ajusta plenamente a las prescripciones de este apartado.

c) Cuando se trate de contingentes repartidos entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique la restricción informará sin demora a todas las demás partes contratantes interesadas en el abastecimiento del producto de que se trate acerca de la parte del contingente, expresada en volumen o en valor, que haya sido asignada, para el período en curso, a los diversos países abastecedores, y publicará todas las informaciones pertinentes a este respecto.

4. En lo que concierne a las restricciones aplicadas de conformidad con el apartado d) del párrafo 2 de este artículo o del apartado c) del párrafo 2 del artículo 11, la elección, para todo producto, de un período representativo y la apreciación de los factores especiales que influyan en el comercio de ese producto serán hechas inicialmente por la parte contratante que aplique dichas restricciones. No obstante, dicha parte contratante, a petición de cualquier otra parte contratante que tenga un interés substancial en el abastecimiento del producto, o a petición de las PARTES CONTRATANTES, entablará consultas lo más pronto posible con la otra parte contratante o con las PARTES CONTRATANTES acerca de la necesidad de revisar el porcentaje establecido o el período de referencia, apreciar de nuevo los factores especiales implicados o suprimir las condiciones, formalidades u otras disposiciones prescritas unilateralmente sobre la asignación de un contingente apropiado o su utilización sin restricciones.

5. Las disposiciones de este artículo se aplicarán a todo contingente arancelario instituido o mantenido por una parte contratante; además, en la medida de lo posible, los principios de este artículo serán aplicables también a las restricciones a la exportación²¹⁰.

²¹⁰ GATT.

“Artículo XIV

Excepciones a la regla de no discriminación:

1. Toda parte contratante que aplique restricciones en virtud del artículo 12 o de la sección B del artículo 18 podrá, al aplicar estas restricciones, apartarse de las disposiciones del artículo 13 en forma que produzca efectos equivalentes al de las restricciones impuestas a los pagos y transferencias relativos a las transacciones internacionales corrientes que esta parte contratante esté autorizada a aplicar entonces en virtud del artículo 8 o del artículo 14 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, o en virtud de disposiciones análogas de un acuerdo especial de cambio celebrado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 15.

2. Toda parte contratante que aplique restricciones a la importación en virtud del artículo 12 o de la sección B del artículo 18 podrá, con el consentimiento de las PARTES CONTRATANTES, apartarse temporalmente de las disposiciones del artículo 13 en lo que concierne a una parte poco importante de su comercio exterior, si las ventajas que obtengan la parte contratante o las partes contratantes interesadas son substancialmente superiores a todo daño que se pueda originar al comercio de otras partes contratantes.

3. Las disposiciones del artículo 13 no impedirán a un grupo de territorios que posean en el Fondo Monetario Internacional una parte común, aplicar a las importaciones procedentes de otros países, pero no a sus propios intercambios, restricciones compatibles con las disposiciones del artículo 12 o de la sección B del artículo 18, a condición de que dichas restricciones sean compatibles en todos los demás aspectos con las disposiciones del artículo 13.

4. Las disposiciones de los artículos 11 a 15 o de la sección B del artículo 18 del presente Acuerdo no impedirán a ninguna parte contratante que aplique restricciones a la importación compatibles con las disposiciones del artículo 12 o de la sección B del artículo 18, aplicar medidas destinadas a orientar sus exportaciones de tal modo que le proporcionen un suplemento de divisas que podrá utilizar sin apartarse de las disposiciones del artículo 13.

5. Las disposiciones de los artículos 11 a 15 o de la sección B del artículo 18 del presente Acuerdo no impedirán a ninguna parte contratante la aplicación de:

a) restricciones cuantitativas que tengan un efecto equivalente al de las restricciones de cambio autorizadas en virtud del apartado b) de la sección 3 del artículo 7 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; o

b) restricciones cuantitativas establecidas de conformidad con los acuerdos preferenciales previstos en el Anexo A del presente acuerdo, hasta que se conozca el resultado de las negociaciones mencionadas en dicho anexo”²¹¹.

2.2.- Un Comercio más libre

Este concepto, en la línea de una seria eliminación de barreras, sean arancelarias y/o paraarancelarias, que afecten el desenvolvimiento normal del tráfico de mercancías de un país a otro.

Es común, que ciertos países exijan autorizaciones previas, licencias, certificados, en fin, una serie de documentos, que convierten en una real tramitología la gestión del comercio exterior. Esto, también lo quiere eliminar la OMC.

“Artículo VIII

Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación*

1. a) Todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean, distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos a que se refiere el artículo 3, percibidos por las partes contratantes sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas, se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación.

b) Las partes contratantes reconocen la necesidad de reducir el número y la diversidad de los derechos y cargas a que se refiere el apartado a).

c) Las partes contratantes reconocen también la necesidad de reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y la exportación.

²¹¹ GATT.

2. Toda parte contratante, a petición de otra parte contratante o de las PARTES CONTRATANTES, examinará la aplicación de sus leyes y reglamentos, teniendo en cuenta las disposiciones de este artículo.

3. Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular, 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 fácilmente y que haya sido cometido manifiestamente sin intención fraudulenta o sin que constituya una negligencia grave.

4. Las disposiciones de este artículo se harán extensivas a los derechos, cargas, formalidades y prescripciones impuestas por las autoridades gubernamentales o administrativas, en relación con la importación y la exportación y con inclusión de los referentes a:

- a) las formalidades consulares, tales como facturas y certificados consulares;
- b) las restricciones cuantitativas;
- c) las licencias;
- d) el control de los cambios;
- e) los servicios de estadística;
- f) los documentos que han de presentarse, la documentación y la expedición de certificados;
- g) los análisis y la inspección;
- h) la cuarentena, la inspección sanitaria y la desinfección²¹².

“Artículo XI*

Eliminación general de las restricciones cuantitativas

²¹² GATT.

1. 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.

2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a los casos siguientes:

a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora;

b) Prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional;

c) Restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cualquiera que sea la forma bajo la cual se importe éste*, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto:

i) restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado; o,

ii) eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado, poniendo este sobrante a la disposición de ciertos grupos de consumidores del país, gratuitamente o a precios inferiores a los corrientes en el mercado; o,

iii) restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en su totalidad o en su mayor parte, del producto importado, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.

Toda parte contratante que, imponga restricciones a la importación de un producto en virtud de las disposiciones del apartado c) de este párrafo, publicará el total del volumen o del valor del producto cuya importación se autorice durante un período ulterior especificado, así como todo cambio que se produzca en ese volumen o en ese valor. Además, las restricciones que se impongan en virtud del inciso i) anterior no deberán tener como consecuencia la reducción de la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones. Al determinar esta relación, la parte contratante tendrá en cuenta la proporción o la relación existente durante un período representativo anterior y todos los factores especiales* que hayan podido o puedan influir en el comercio del producto de que se trate²¹³.

2.3.- Seguridad Jurídica

Traducida en que sean previsibles todos y cada uno de los actos que tienen relación con el comercio exterior, a efectos de que no se establezcan, en forma arbitraria, obstáculos que den como resultado restricciones de comercio exterior.

2.4.- Competitividad

Tendiente a la eliminación de políticas que, llegado un momento, puedan generar distorsiones comerciales o, peor todavía, competencia desleal, de forma tal que se deberán dirigir las operaciones de comercio en el sentido de que se eliminen subsidios o prácticas de precios irregulares, ya que generan un desbalance de competitividad entre los actores del comercio exterior, llámense países o empresas.

“Artículo VI

Derechos antidumping y derechos compensatorios

1. Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional. A los efectos de aplicación del presente artículo, un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido

²¹³ GATT.

en el mercado de un país importador a un precio inferior a su valor normal, si su precio es:

a) menor que el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador; o,

b) a falta de dicho precio en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es:

i) menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o,

ii) menor que el costo de producción de este producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.

Se deberán tener debidamente en cuenta, en cada caso, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras que influyan en la comparabilidad de los precios.*

2. Con el fin de contrarrestar o impedir el dumping, toda parte contratante podrá percibir, sobre cualquier producto objeto de dumping, un derecho antidumping que no exceda del margen de dumping relativo a dicho producto. A los efectos de aplicación de este artículo, se entiende por margen de dumping la diferencia de precio determinada de conformidad con las disposiciones del párrafo 1.

3. No se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto.

4. Ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto de derechos antidumping o de

derechos compensatorios por el hecho de que dicho producto esté exento de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando esté destinado al consumo en el país de origen o en el de exportación, ni a causa del reembolso de esos derechos o impuestos.

5. Ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto simultáneamente de derechos antidumping y de derechos compensatorios destinados a remediar una misma situación resultante del dumping o de las subvenciones a la exportación.

6. a) Ninguna parte contratante percibirá derechos antidumping o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrase de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

b) Las PARTES CONTRATANTES podrán autorizar a cualquier parte contratante, mediante la exención del cumplimiento de las prescripciones del apartado a) del presente párrafo, para que perciba un derecho antidumping o un derecho compensatorio sobre la importación de cualquier producto, con objeto de compensar un dumping o una subvención que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción en el territorio de otra parte contratante que exporte el producto de que se trate al territorio de la parte contratante importadora. Las PARTES CONTRATANTES, mediante la exención del cumplimiento de las prescripciones del apartado a) del presente párrafo, autorizarán la percepción de un derecho compensatorio cuando comprueben que una subvención causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción de otra parte contratante que exporte el producto en cuestión al territorio de la parte contratante importadora.*

c) No obstante, en circunstancias excepcionales, en las que cualquier retraso podría ocasionar un perjuicio difícilmente reparable, toda parte contratante podrá percibir, sin la aprobación previa de las PARTES CONTRATANTES, un derecho compensatorio a los fines estipulados en el apartado b) de este párrafo, a reserva de que de cuenta inmediatamente de esta medida a las PARTES CONTRATANTES y de que se suprima rápidamente dicho derecho compensatorio si éstas desaprueban la aplicación.

7. Se presumirá que un sistema destinado a estabilizar el precio interior de un producto básico o el ingreso bruto de los productores nacionales de un producto de esta clase, con independencia de las fluctuaciones de los precios de exportación, que a veces tiene como consecuencia la venta de este producto para la exportación a un precio inferior al precio comparable pedido por un producto similar a los compradores del mercado interior, no causa un daño importante en el sentido del párrafo 6, si se determina, mediante consulta entre las partes contratantes que tengan un interés substancial en el producto de que se trate:

a) que este sistema ha tenido también como consecuencia la venta del producto para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido por el producto similar a los compradores del mercado interior, y

b) que este sistema, a causa de la reglamentación efectiva de la producción o por cualquier otra razón, se aplica de tal modo que no estimula indebidamente las exportaciones ni ocasiona ningún otro perjuicio grave a los intereses de otras partes contratantes”²¹⁴.

“Artículo XVI*

Subvenciones

Sección A - Subvenciones en general

1. Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las PARTES CONTRATANTES la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante o las otras partes contratantes interesadas, o con las PARTES CONTRATANTES, la posibilidad de limitar la subvención.

²¹⁴ GATT.

Sección B - Disposiciones adicionales relativas a las subvenciones a la exportación*.

2. Las partes contratantes reconocen que la concesión, por una parte contratante, de una subvención a la exportación de un producto puede tener consecuencias perjudiciales para otras partes contratantes, lo mismo si se trata de países importadores que de países exportadores; reconocen asimismo que puede provocar perturbaciones injustificadas en sus intereses comerciales normales y constituir un obstáculo para la consecución de los objetivos del presente Acuerdo.

3. Por lo tanto, las partes contratantes deberían esforzarse por evitar la concesión de subvenciones a la exportación de los productos primarios. No obstante, si una parte contratante concede directa o indirectamente, en la forma que sea, una subvención que tenga por efecto aumentar la exportación de un producto primario procedente de su territorio, esta subvención no será aplicada de manera tal que dicha parte contratante absorba entonces más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto de referencia, teniendo en cuenta las que absorbían las partes contratantes en el comercio de este producto durante un período representativo anterior, así como todos los factores especiales que puedan haber influido o influir en el comercio de que se trate.*

4. Además, a partir del 1 de enero de 1958 o lo más pronto posible después de esta fecha, las partes contratantes dejarán de conceder directa o indirectamente toda subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario y que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar. Hasta el 31 de diciembre de 1957, ninguna parte contratante extenderá el campo de aplicación de tales subvenciones existente el 1 de enero de 1955 instituyendo nuevas subvenciones o ampliando las existentes.*

5. Las PARTES CONTRATANTES efectuarán periódicamente un examen de conjunto de la aplicación de las disposiciones de este artículo con objeto de determinar, a la luz de la experiencia, si contribuyen eficazmente al logro de los objetivos del presente Acuerdo y si permiten evitar realmente que las subvenciones causen un perjuicio grave al comercio o a los intereses de las partes contratantes²¹⁵.

²¹⁵ GATT.

2.5.- Trato de Nación Más Favorecida

Bajo este concepto, estudiado ya en algunos capítulos de esta obra, tomando en cuenta el grado de desarrollo de los países, se expiden normas que protejan o, de alguna forma, pongan en igualdad de condiciones, a los países que tienen un menor grado de desarrollo, frente a los países con un grado de industrialización y tecnología superior.

Artículo I

Trato general de la nación más favorecida

“1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no implicarán, con respecto a los derechos o cargas de importación, la supresión de las preferencias que no excedan de los niveles prescritos en el párrafo 4 y que estén comprendidas en los grupos siguientes:

a) preferencias vigentes exclusivamente entre dos o más de los territorios especificados en el Anexo A, a reserva de las condiciones que en el se establecen;

b) preferencias vigentes exclusivamente entre dos o más territorios que el 1 de julio de 1939 estaban unidos por una soberanía común o por relaciones de protección o dependencia, y que están especificados en los Anexos B, C y D, a reserva de las condiciones que en ellos se establecen;

c) preferencias vigentes exclusivamente entre los Estados Unidos de América y la República de Cuba;

d) preferencias vigentes exclusivamente entre países vecinos enumerados en los Anexos E y F.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las preferencias entre los países que antes formaban parte del Imperio Otomano y que fueron separados el 24 de julio de 1923, a condición de que dichas preferencias sean aprobadas de acuerdo con las disposiciones del párrafo 5 (1) del artículo 25, que se aplicarán, en este caso, habida cuenta de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 29.

4. En lo que se refiere a los productos que disfruten de una preferencia en virtud del párrafo 2 de este artículo, el margen de preferencia, cuando no se haya estipulado expresamente un margen máximo de preferencia en la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo, no excederá:

a) para los derechos o cargas aplicables a los productos enumerados en la lista indicada, de la diferencia entre la tarifa aplicada a las partes contratantes que disfruten del trato de nación más favorecida y la tarifa preferencial fijadas en dicha lista; si no se ha fijado la tarifa preferencial, se considerará como tal, a los efectos de aplicación de este párrafo, la vigente el 10 de abril de 1947, y, si no se ha fijado la tarifa aplicada a las partes contratantes que disfruten del trato de nación más favorecida, el margen de Preferencia no excederá de la diferencia existente el 10 de abril de 1947 entre la tarifa aplicable a la nación más favorecida y la tarifa preferencial;

b) para los derechos o cargas aplicables a los productos no enumerados en la lista correspondiente, de la diferencia existente el 10 de abril de 1947 entre la tarifa aplicable a la nación más favorecida y la tarifa preferencial.

En lo que concierne a las partes contratantes mencionadas en el Anexo G, se substituirá la fecha del 10 de abril de 1947, citada en los apartados a) y b) del presente párrafo, por las fechas correspondientes indicadas en dicho anexo²¹⁶.

(1) En la edición anterior se dice erróneamente "del apartado a) del párrafo 5.

²¹⁶ GATT

3.- De las Rondas

Podríamos pensar en las Rondas como en los actos a través de los cuales se estructura y/o se expide, la normativa legal de la OMC. En un principio, las rondas se centraron, básica y quizás hasta única y exclusivamente, en todo lo referente a la reducción de aranceles. Posteriormente, a mediados de los 60 en la Ronda Kennedy se establece un acuerdo sobre Dumping y Desarrollo.

Luego, a mediados de los 70 la Ronda de Tokio fue el primer intento en revisar todo lo referente a prácticas restrictivas al comercio no arancelarias. Esta ronda duró de 1973 a 1979, participaron 102 países. Esta Ronda redujo sustancialmente los aranceles aproximadamente en un tercio de su porcentaje ad-valorem, dando como resultado un descenso de 4.7% del arancel promedio de los productos industriales. Bueno, pero también fracasó en algunos temas esta Ronda, como por ejemplo en la imposibilidad de modificar el Acuerdo sobre Salvaguardias, así como, tampoco logró solucionar una serie de problemas que existía en el comercio de productos agropecuarios.

Y, definitivamente, como la más larga 1986-1994, más importante y fundadora de la OMC aparece la Ronda de Uruguay, la más recordada y la octava Ronda celebrada dentro del marco del GATT.

En la Ronda de Uruguay participaron 123 países y es considerada como la mayor negociación comercial que se haya dado en el planeta hasta la fecha, dando origen, entre otras cosas, a la mayor reforma del sistema de comercio mundial y, como ya lo hemos comentado, a la OMC.

Entre otros temas, en esta Ronda se trató:

- Acuerdo sobre un conjunto de reducciones de los derechos de importación aplicables a los productos tropicales, básicamente exportados por países en vías de desarrollo.
- Normas para la solución de diferencias.
- Obligatoriedad de presentar informe periódicos sobre las políticas comerciales del GATT.
- Propiedad Intelectual.
- Concesiones en materia de acceso a mercados, con el objeto de mejorar la situación de los países en desarrollo.
- Servicios marítimo
- Medio ambiente
- Telecomunicaciones
- Servicios Financieros

- Textiles y vestidos
- Salvaguardias
- Normas de origen
- Contratación pública
- Solución de diferencias
- Agricultura

En relación a la correcta terminología que debemos utilizar para distinguir o diferenciar el GATT de la OMC, podemos tomar como referencia el presente texto.

“...La OMC sustituyó al GATT como organización internacional, pero el Acuerdo General sigue existiendo como Tratado General de la OMC sobre el comercio de mercancías, actualizado como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Los juristas especializados en comercio internacional distinguen entre el GATT de 1994, las partes actualizadas del GATT y el GATT de 1947, el acuerdo inicial que sigue constituyendo el núcleo del GATT de 1994. ¿Resulta confuso? Para la mayoría de nosotros basta con referirse simplemente al GATT...”²¹⁷.

Y, en el mismo orden, entre otras, éstas serían las principales diferencias entre el GATT y la OMC:

“...- El GATT tuvo un carácter Ad-Hoc y provisional. El acuerdo nunca fue ratificado por los parlamentos de los miembros, y no contenía ninguna disposición sobre la creación de una organización.

- La OMC y sus Acuerdos tienen un carácter permanente. Como organización internacional, la OMC tiene una sólida base jurídica porque sus miembros han ratificado los Acuerdos de la OMC, y éstos estipulan el modo de funcionamiento de la OMC.

- La OMC tiene “miembros”. El GATT tenía “partes contratantes”, lo que subraya el hecho de que oficialmente el GATT era un texto jurídico.

- El GATT se ocupaba del comercio de mercancías. La OMC abarca también los servicios y la propiedad intelectual.

- El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC es más rápido y más automático que el antiguo sistema del GATT. Sus decisiones no pueden ser objeto de trabas...²¹⁸.

4.- Temas que trata la OMC

4.1.- Mercancías

Tema de inicio de la OMC, tratado entre 1947 y 1994, en la línea de reducciones tarifarias del universo arancelario, barreras al comercio para arancelarias y trato no discriminatorio.

4.2.- Servicios

En esta línea, los bancos, las compañías de seguro, las empresas de telecomunicaciones, entre otros negocios se benefician de un comercio más libre y equitativo, al haber hecho extensivo también a los servicios, los beneficios de los que antes solo gozaban las mercancías.

4.3.- Propiedad Intelectual

Bajo el convenio TRIPS (ADPIC en español) se fortalecen las protecciones de los titulares, creadores de obras o derechos intelectuales, tales como: marcas, patentes, derechos de autor, programas de ordenador, etc.

4.4.- Solución de Diferencias

En base a esto, los países someten sus disputas comerciales a un panel de la OMC, en forma tal que se ha delegado a ellos, la resolución de este tipo de controversias. Entre las discusiones más importantes podemos mencionar las cuotas al Banano; las diferencias entre USA y la UE; entre otras.

4.5.- Examen de políticas comerciales

Este mecanismo, tiene como finalidad promover la transparencia de las políticas comerciales que hay en cada país. Siendo, obligación de los miembros, el someterse en forma periódica al mismo.

²¹⁸ OMC, 2 edición revisada, julio de 2000.

4.6.- Normas de Origen

Reglas para la calificación del origen de las mercaderías, a efectos de la aplicación o no de preferencias arancelarias.

Entre otros temas muy importantes.

5.- Miembros Adherentes y Observadores

Podemos hablar de miembros y observadores, siendo poseedores de esta última calificación, los países que se encuentran en proceso de adhesión a la OMC. Todos estos países, deben de adecuar su normativa legal en el ámbito comercial, en forma tal que puedan, en efecto, ser calificados como miembros de la organización.

En primer término, el gobierno del país cuya adhesión solicita, deberá informar a la OMC, de sus políticas comerciales y económica, que tengan directa relación con los Acuerdos OMC.

En Segundo término, se procede con conversaciones bilaterales entre el aspirante y distintos países ya miembros. Son de tipo bilateral, ya que por tener intereses diferentes, debe quedar en claro qué quieren hacer y a qué quieren aspirar. Dentro de estas conversaciones se discutirán temas arancelarios, acceso a mercados, así como políticas de bienes y servicios.

En tercer término, finalizado el examen del adherente y concluidas las negociaciones bilaterales, se pulen las condiciones de la adhesión, en lo que se conoce como “Protocolo de Adhesión”, dejando en claro los compromisos asumidos, en las llamadas “listas”.

Finalmente, se pone a consideración del Consejo General o de la Conferencia Ministerial de la OMC, todo el expediente del país adherente, dentro del cual constarán: el informe, el protocolo, las listas (compromisos). Luego se necesitará el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros, para su incorporación.

Al 1 de agosto de 2006, los miembros de la OMC son:

País	Fecha de ingreso a la OMC
Albania	8 de septiembre de 2000
Alemania	1 de enero de 1995
Angola	23 de noviembre de 1996
Antigua y Barbuda	1 de enero de 1995
Argentina	1 de enero de 1995

País	Fecha de ingreso a la OMC
Armenia	5 de febrero de 2003
Australia	1 de enero de 1995
Austria	1 de enero de 1995
Bahrein, Reino de	1 de enero de 1995
Bangladesh	1 de enero de 1995
Barbados	1 de enero de 1995
Bélgica	1 de enero de 1995
Belice	1 de enero de 1995
Benin	22 de febrero de 1996
Bolivia	12 de septiembre de 1995
Botswana	31 de mayo de 1995
Brasil	1 de enero de 1995
Brunei Darussalam	1 de enero de 1995
Bulgaria	1 de diciembre de 1996
Burkina Faso	3 de junio de 1995
Burundi	23 de julio de 1995
Camerún	13 de diciembre de 1995
Canadá	1 de enero de 1995
Chad	19 de octubre de 1996
Chile	1 de enero de 1995
China	11 de diciembre de 1995
Chipre	30 de julio de 1995
Colombia	30 de abril de 1995
Comunidades Europeas	1 de enero de 1995
Congo	27 de marzo de 1997
Corea, República de	1 de enero de 1995
Costa Rica	1 de enero de 1995
Cote D'Ivoire	1 de enero de 1995
Croacia	30 de noviembre de 2000
Cuba	20 de abril de 1995
Dinamarca	1 de enero de 1995
Djibouti	31 de mayo de 1995
Dominica	1 de enero de 1995
Ecuador	21 de enero de 1996
Egipto	30 de junio de 1995
El Salvador	7 de mayo de 1995
Emiratos Arabes Unidos	10 de abril de 1996
Eslovenia	30 de julio de 1995
España	1 de enero de 1995

País	Fecha de ingreso a la OMC
Estados Unidos de América	1 de enero de 1995
Estonia	13 de noviembre de 1999
Ex República Yugoslava de Macedonia	4 de abril de 2003
Fiji	4 de enero de 1996
Filipinas	1 de enero de 1995
Finlandia	1 de enero de 1995
Francia	1 de enero de 1995
Gabón	1 de enero de 1995
Gambia	23 de octubre de 1996
Georgia	14 de junio de 2000
Ghana	1 de enero de 1995
Granada	22 de febrero de 1996
Grecia	1 de enero de 1995
Guatemala	21 de julio de 1995
Guinea	25 de octubre de 1995
Guinea Bissau	31 de mayo de 1995
Guayana	1 de enero de 1995
Haití	30 de enero de 1996
Honduras	1 de enero de 1995
Hong Kong, China	1 de enero de 1995
Hungría	1 de enero de 1995
India	1 de enero de 1995
Indonesia	1 de enero de 1995
Irlanda	1 de enero de 1995
Islandia	1 de enero de 1995
Islas Salomón	26 de julio de 1996
Israel	21 de abril de 1995
Italia	1 de enero de 1995
Jamaica	9 de marzo de 1995
Japón	1 de enero de 1995
Jordania	11 de abril de 2000
Kenya	1 de enero de 1995
Kuwait	1 de enero de 1995
Lesotho	31 de mayo de 1995
Letonia	10 de febrero de 1999
Liechtenstein	1 de septiembre de 1995
Lituania	31 de mayo de 2001
Luxemburgo	1 de enero de 1995

País	Fecha de ingreso a la OMC
Madagascar	17 de noviembre de 1995
Macao, China	1 de enero de 1995
Malasia	1 de enero de 1995
Malawi	31 de mayo de 1995
Maldivas	31 de mayo de 1995
Malí	31 de mayo de 1995
Malta	1 de enero de 1995
Marruecos	1 de enero de 1995
Mauricio	1 de enero de 1995
Mauritania	31 de mayo de 1995
México	1 de enero de 1995
Moldova	26 de julio de 2001
Mongolia	29 de enero de 1997
Mozambique	26 de agosto de 1995
Myanmar	1 de enero de 1995
Namibia	1 enero de 1995
Nepal	23 de abril de 2004
Nicaragua	3 de septiembre de 1995
Nigeria	1 de enero de 1995
Níger	13 de diciembre de 1996
Noruega	1 de enero de 1995
Nueva Zelandia	1 de enero de 1995
Omán	9 de noviembre de 2000
Países Bajos: Holanda y Antillas Holandesas	1 de enero de 1995
Pakistán	1 de enero de 1995
Panamá	6 Septiembre de 1997
Papua Nueva Guinea	9 de junio de 1996
Paraguay	1 de enero de 1995
Perú	1 de enero de 1995
Polonia	1 de julio de 1995
Portugal	1 de enero de 1995
Qatar	13 de enero de 1996
Reino Unido	1 de enero de 1995
República Centro Africana	31 de mayo de 1995
República Checa	1 de enero de 1995
República Democrática del Congo	1 de enero de 1997
República Dominicana	9 de marzo de 1995
República Eslovaca	1 de enero de 1995

País	Fecha de ingreso a la OMC
República Kirguisa	20 de diciembre de 1998
Rumania	1 de enero de 1995
Rwanda	22 de mayo de 1996
Saint Kitts y Nevis	21 de febrero de 1996
Santa Lucía	1 de enero de 1995
San Vicente y las Granadinas	1 de enero de 1995
Senegal	1 de enero de 1995
Sierra Leona	23 de julio de 1995
Singapur	1 de enero de 1995
Sri Lanka	1 de enero de 1995
Sudáfrica	1 de enero de 1995
Suecia	1 de enero de 1995
Suiza	1 de julio de 1995
Suriname	1 de enero de 1995
Swazilandia	1 de enero de 1995
Tailandia	1 de enero de 1995
Taipei Chino	1 de enero de 2002
Tanzania	1 de enero de 1995
Togo	31 de mayo de 1995
Trinidad y Tobago	1 de marzo de 1995
Túnez	29 de marzo de 1995
Turquía	26 de marzo de 1995
Uganda	1 de enero de 1995
Uruguay	1 de enero de 1995
Venezuela	1 de enero de 1995
Zambia	1 de enero de 1995
Zimbabwe	5 de marzo de 1995

Al 1 de agosto de 2006, los países que tienen calidad de observadores de la OMC son:

Afganistán
Andorra
Arabia Saudita
Argelia
Azerbaiyán
Bahamas
Belarús
Bhutan

Bosnia y Herzegovina
Cabo Verde
Camboya
Etiopía
Guinea Ecuatorial
Iraq
Kazajstán
Libia
Montenegro
República Democrática Popular de Laos
República Libanesa
Rusia, Federación de
Samoa
Santa Sede
Santo Tomé y Príncipe
Serbia
Seychelles
Sudán
Tayikistán
Tonga
Ucrania
Uzbekistán
Vanuatu
Viet Nam
Yemen

Con excepción de la Santa Sede, estos países deben iniciar sus negociaciones de adhesión en un plazo de cinco años, luego de ser calificado como observador.

También existen organizaciones que tienen la calidad de observadores, éstas son:

Naciones Unidas UN
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Fondo Monetario Internacional FMI
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación FAO
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos OCDE
Banco Mundial ²¹⁹ .

“Artículo XXVI

Aceptación, entrada en vigor y registro

El presente Acuerdo llevará la fecha de 30 de octubre de 1947.

2. El presente Acuerdo estará abierto a la aceptación de toda parte contratante que el 1o. de marzo de 1955 era parte contratante o estaba en negociaciones con objeto de adherirse a él.

3. El presente Acuerdo, establecido en un ejemplar en el idioma inglés y otro en el idioma francés, ambos textos auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia certificada conforme a cada gobierno interesado.

4. Cada gobierno que acepte el presente Acuerdo deberá depositar un instrumento de aceptación en poder del Secretario Ejecutivo (5) de las PARTES CONTRATANTES, quien informará a todos los gobiernos interesados sobre la fecha de depósito de cada instrumento de aceptación y la fecha en que el presente Acuerdo entrará en vigor de conformidad con las disposiciones del párrafo 6 del presente artículo.

5. a) Cada gobierno que acepte el presente Acuerdo, lo aceptará en nombre de su territorio metropolitano y de los demás territorios que represente internacionalmente, con excepción de los territorios aduaneros distintos que notifique al Secretario Ejecutivos (5) de las PARTES CONTRATANTES en el momento de su propia aceptación.

b) Todo gobierno que haya transmitido al Secretario Ejecutivo (5) la citada notificación, de conformidad con las excepciones previstas en el apartado a) de este párrafo, podrá, en cualquier momento, notificarle que su aceptación se aplicará en adelante a un territorio aduanero distinto precedentemente exceptuado; esta notificación surtirá efecto a contar del trigésimo día que siga a aquel en que haya sido recibida por el Secretario Ejecutivo (5).

²¹⁹ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

c) Si un territorio aduanero, en nombre del cual una parte contratante haya aceptado el presente Acuerdo, goza de una autonomía completa en sus relaciones comerciales exteriores y en todas las demás cuestiones que son objeto del presente Acuerdo, o si adquiere esta autonomía, será considerado parte contratante tan pronto como sea presentado por la parte contratante responsable mediante una declaración en la que establecerá el hecho a que se hace referencia más arriba.

6. El presente Acuerdo entrará en vigor, entre los gobiernos que lo hayan aceptado, el trigésimo día que siga a aquel en que el Secretario Ejecutivo (5) de las PARTES CONTRATANTES haya recibido los instrumentos de aceptación de los gobiernos enumerados en el Anexo H, cuyos territorios representen el ochenta y cinco por ciento del comercio exterior total de los territorios de los gobiernos mencionados en dicho anexo, calculado basándose en la columna apropiada de los porcentajes que figuran en él. El instrumento de aceptación de cada uno de los demás gobiernos entrará en vigor el trigésimo día que siga al de depósito.

7. Las Naciones Unidas están autorizadas para registrar este Acuerdo tan pronto como entre en vigor²²⁰.

6.- Funciones de la OMC²²¹

El propósito primordial de la OMC es contribuir a que las corrientes comerciales circulen con fluidez, libertad, equidad. Para lograr ese objetivo, la OMC se encarga de:

- Administrar los Acuerdos comerciales.
- Servir de foro para negociaciones comerciales
- Resolver diferencias comerciales
- Examinar las políticas comerciales nacionales
- Ayudar a los países en desarrollo con las cuestiones de política comercial, prestándoles asistencia técnica y organizando programas de formación
- Cooperar con otras organizaciones internacionales.

²²⁰ GATT.

²²¹ www.wto.org

7.- Estructura

7.1.- **La Conferencia Ministerial**

Es el máximo organismo y se reúne por lo menos dos veces al año.

7.2.- **El Consejo General**

Jerárquicamente el segundo órgano de la OMC, el cual está integrado por los Embajadores y Jefes de Delegaciones en Ginebra, el mismo que se reúne las veces que sea necesario. Sus sesiones se verifican, bajo tres diferentes formas: como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales, como Órgano de Solución de Diferencias y como Consejo General, en forma simultánea y deben rendir informes a la Conferencia Ministerial.

7.3.- **El Consejo del Comercio de Mercancías; El Consejo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; y, el Consejo de Comercio del Comercio de Servicios**

Estos tres Consejos, de igual rango jerárquico, siguen en importancia en la pirámide de los órganos de la OMC, y de éstos dependen comités, según la materia de que se trate.

7.3.1.- **Consejo de Comercio de Mercancías**

Dentro de este Consejo existen los siguientes comités:²²²

- Acceso a Mercados
- Agricultura
- Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
- Obstáculos Técnicos al Comercio
- Subvenciones y Medidas Compensatorias
- Prácticas Antidumping
- Valoración en Aduana
- Normas de Origen
- Licencias de Importación
- Inversiones relacionadas con el Comercio
- Salvaguardias
- Textiles
- Empresas comerciales del Estado

²²² También llamados órganos de cuarto nivel.

7.3.2.- El Consejo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Dentro del cual se ventilan todas las propuestas tendentes a unificar la normativa mundial en: marcas, nombres comerciales, lemas comerciales, derechos de autor, patentes de invención, etc.

7.3.3.- El Consejo de Comercio de Servicios

Regula todo lo referente a servicios, tales como: banca, finanzas, seguros, etc.

8.- Otros Comités, Subcomités y Grupos de Trabajo

En adición existen otros tales como:

- Comercio y Medio Ambiente *
- Comercio y Desarrollo *
- Países en Vías de Desarrollo **
- Acuerdos Comerciales Regionales *
- Restricciones por Balanza de Pagos *
- Presupuestos Financieros y Administrativos *
- Adhesiones ***
- Relación entre Comercio e Inversiones ***
- Interacción entre Comercio y Política de Competencia ***
- Transparencia de la Contratación Pública ***
- Comercio, Deuda y Finanzas ***
- Comercio y Transferencia de Tecnología ***

- * Comités; ** Subcomités; y, *** Grupos de Trabajo.

9.- De la Secretaría

Bajo el mando de un Director General, tiene su sede en Ginebra y en la misma trabajan cerca de 600 personas. Entre las funciones de la Secretaría encontramos:

- Brindar apoyo técnico a los distintos Consejos y Comités y a las Conferencias Ministeriales.
- Ofrecer asistencia técnica a los países en desarrollo.
- Analizar el Comercio Mundial
- Dar publicidad de los temas relacionados a la OMC.
- Asistencia legal en procedimientos de solución de diferencias.
- Asesoría a los países que se quieren adherir a la organización.

- Administrar los Acuerdos comerciales de la OMC.
- Foro de negociaciones comerciales.
- Supervisa políticas comerciales nacionales.
- Asistencia técnica a países en desarrollo.

Contando, además, con cuatro Directores adjuntos, bajo el siguiente esquema de temas a su cargo:

Director General adjunto (1).-

División de Desarrollo: comercio y desarrollo, países menos adelantados, regionalismo.

División de Relaciones Exteriores: relaciones con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

División de Informática.

División de Textiles.

División de Comercio y Finanzas: MIC, balanza de pagos, relaciones con el FMI y el Banco Mundial, etc.

Director General Adjunto (2).-

División de Adhesiones.

División de Propiedad Intelectual: ADPIC, competencia y contratación pública.

División de Servicios Lingüísticos y Documentación.

División de Estadística.

División de Cooperación Técnica.

División de comercio y Medio Ambiente: comercio, medio ambiente, obstáculos técnicos al comercio, etc.

División de Formación.

Director General Adjunto (3).-

División de Agricultura y Productos Básicos: agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, etc.

División del Consejo: Consejo General, Órgano de Solución de Diferencias, etc.

División de Estudios y Análisis Económicos.

División de Normas: medidas antidumping, subvenciones, salvaguardias, comercio de Estado, aeronaves civiles, etc.

División de Examen de Políticas Comerciales.

Director Adjunto (4).-

División de Finanzas y Servicios Generales: asuntos presupuestarios, financieros y administrativos.

División de Asuntos Jurídicos: solución de diferencias, etc.

División de Acceso a los Mercados: Consejo del Comercio de Mercancías, acceso a los mercados, valoración en aduana, medidas no arancelarias, licencias de importación, normas de origen, inspección previa a la expedición.

División de Personal.

Comercio de Servicios: AGCS, etc.

10.- CONCLUSIÓN

Extraordinario Foro que busca, de tiempo en tiempo, determinar políticas de comercio, a efectos de asegurar una competencia transparente entre todos los actores del comercio exterior mundial. Principalmente, ha tenido una importante actividad, resolviendo conflictos de comercio.

Nota:

En 2006 ya ingresó Vietnam a la OMC.

CAPÍTULO VI: DEL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS

1.- Antecedentes, Generalidades y Cumbres:

Otro sueño integracionista, es el del “Área de Libre Comercio de las Américas”, cuyo objeto es el de crear una zona de libre comercio, en todo el continente, desde Alaska hasta Tierra de Fuego. Este sueño comenzó allá por el año de 1994 – diciembre-, con la primera Cumbre celebrada en Miami, en donde 34 países del continente americano, comenzaron a esbozar lo que podría ser el ALCA. La idea, en su momento y de alguna forma lo sigue siendo ahora, era que para el año 2005, pudiera estar ya funcionando sin problema, este Acuerdo de Comercio.

Entre los años 1994 a 1998 se dio lo que se llama como “fase preparatoria”, en donde se designaron 12 temas –se integró igual número de grupos-, vinculados a lo comercial, que se debían de tener en cuenta, para desarrollarlos en el marco de las negociaciones. En este período, se llevaron a cabo cuatro reuniones: Denver, junio de 1995; Cartagena, marzo de 1996; Bello Horizonte, mayo de 1997; y, San José, marzo de 1998.

La segunda Cumbre celebrada en Santiago de Chile, fue en abril de 1998, podríamos pensar en esta cumbre como realmente el inicio formal de las negociaciones tendentes a la instrumentación y organización del ALCA. Mención especial en esta Cumbre, fue la decisión de los Jefes de Estado, en el sentido que cualquier intento de crear esta Zona de Libre Comercio, debía estar siempre enmarcado en los principios de la OMC, lo cual es muy bueno, ya que de esta forma se evita un problema que ya existe entre países que forman parte de diferentes bloques de comercio, cuál es, el de poder determinar que Tratado y/o Acuerdo es el que prevalece en caso de contradicción. Llamaron a esto “compromiso único” o “single undertaking”. En adición, esbozaron las primeras ideas a efectos de que el acuerdo tome en cuenta a los países con menor grado de desarrollo, temas ambientales, condiciones de trabajo, entre otros compromisos.

La tercera Cumbre celebrada en Québec, fue en abril de 2001, quizás lo más importante de esta Cumbre, fue la decisión de los Ministros de publicar, el primer borrador del Acuerdo, en los cuatro idiomas oficiales, hecho que se verificó en la página web del ALCA el 3 de julio de 2001. También se definieron fechas límites para la implementación del Acuerdo.

2.- Desempeño de las Negociaciones

Se ha querido democratizar, en gran medida, el desarrollo de las negociaciones, a efectos de que los dignatarios del ALCA, por la vía de la alternabilidad, represen-

ten a la mayor cantidad de países. Igual sucede con las sedes de las reuniones Ministeriales y las Cumbres. La Presidencia de las Negociaciones, por ejemplo, rota cada 18 meses aproximadamente o cada vez que termina una reunión Ministerial.

Veamos el siguiente cuadro:

PERÍODO	PRESIDENCIA	VICEPRESIDENCIA
1-may-1998 al 31-oct-1999	Canadá	Argentina
1-nov-1999 al 30-abr-2001	Argentina	Ecuador
1-may-2001 al 31-oct-2002	Ecuador	Chile

Al final de las negociaciones existirán dos Copresidencias a cargo de Brasil y Estados Unidos de América.

3.- Grupos de Trabajo y Comités

Los Grupos de Trabajo que se han creado, son:

- Acceso a mercados
- Inversión
- Servicios
- Compras del Sector Público
- Solución de Controversias
- Agricultura
- Derechos de Propiedad Intelectual²²³
- Subsidios, Antidumping y Derechos Compensatorios
- Políticas de Competencia

Los Comités:

- Consultivo sobre Economías más pequeñas
- Representantes Gubernamentales sobre la participación de la sociedad civil
- Expertos del sector público y privado sobre comercio electrónico
- Técnico de Asuntos Institucionales sobre la estructura del ALCA
- Medidas de Facilitación de Negocios relacionadas con temas aduaneros

²²³ El autor de esta obra fue designado por la Corporación de Promoción de Exportaciones y las Cámaras de la Producción, como su representante ante este Grupo.

4.- Objetivos generales y principios

Este acuerdo, cuyo fin primordial es el de crear una zona de libre comercio en el continente americano, comienza su texto normativo (en el llamado Tercer Borrador del Acuerdo) con una muy importante reflexión, a efectos de unificar y uniformar, de alguna manera, el texto de su normativa, con la ya establecida en el GATT.

5.- Suscriptores del Acuerdo

Los países suscriptores del ALCA son:

Los Gobiernos de Antigua y Barbuda, República Argentina, Mancomunidad de las Bahamas, Barbados, Belice, República de Bolivia, República Federativa de Brasil, Canadá, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, Mancomunidad de Dominica, República del Ecuador, República de El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, República de Guatemala, República Cooperativa de Guyana, República de Haití, República de Honduras, Jamaica, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República de Paraguay, República de Perú, República Dominicana, Federación de San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, República de Surinam, República de Trinidad y Tobago, República Oriental del Uruguay, República Bolivariana de Venezuela.

6.- CONCLUSIÓN

Largo camino por recorrer.

TÍTULO II: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS AL COMERCIO

CAPÍTULO I: GENERALIDADES, CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

1.- Introducción

Como lo analizamos páginas atrás, existen barreras arancelarias y paraarancelarias, dentro del comercio exterior y, dentro de las referidas barreras encontramos las medidas de salvaguardias, las mismas que, adoptadas en forma correcta, constituyen una herramienta, de corte completamente legal y legítimo, que puede ser utilizada por los países, a efectos de proceder con la defensa de su industria y administrar en forma adecuada su comercio exterior.

Estas medidas, de conformidad con la legislación nacional, deben ser interpuestas ante el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones:

“Art. 11.- Son deberes y atribuciones del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI:

j) Imponer temporalmente derechos compensatorios, antidumping o aplicación de medidas de salvaguardia para corregir prácticas desleales y situaciones anómalas en las importaciones que lesionen a la producción nacional con observancia de las normas y procedimientos de la OMC;”²²⁴ (lo subrayado es mío).

Podríamos encontrar en esta atribución que, dicho sea de paso es legal, una especie de clara referencia a un determinado cuerpo normativo (OMC), lo que, en mi criterio es un error, porque lo que debió decir la citada norma es algo así como “...con observancia de las normas y procedimientos aplicables al régimen legal dentro del cual se ampara la solicitud de salvaguardia...”.

Digo esto, porque, como veremos en el presente título, hay diferentes cuerpos normativos, cada uno de ellos de especiales características, que regulan todo lo referente a las medidas de salvaguardia. ¿Qué pasa, si, por ejemplo, la salvaguardia la pedimos de conformidad con las normas de la CAN? ¿Podría alguien decir que, como la Ley indica que debemos remitirnos a los procedimientos de la OMC, mal podríamos aplicar una salvaguardia CAN? Otros dirán, que la normativa CAN está por encima de la legislación nacional, incluso sobre las leyes orgánicas.

²²⁴ Ley de Comercio Exterior e Inversiones.

Esto es, estamos dando paso a discusiones que no deberían existir, por el simple y sencillo hecho, de haber de alguna forma “limitado” la aplicación de esta clase de medidas, a determinada normativa comunitaria (OMC) cuando, insisto, como vamos a estudiar, existen por lo menos tres diferentes cuerpos legales (en principio similares, pero con efectos diferentes) como lo son los que tienen relación con OMC, ALADI y CAN.

Esto, sin hacer referencia todavía a la legislación nacional sobre medidas de salvaguardia existentes en el llamado Texto Unificado de Legislación del MICIP²²⁵, el cual es muy parecido, casi igual, al de la OMC. Y, además, con la discusión que existe en la actualidad, no en el sentido de qué prevalece entre una Ley nacional y un Tratado, ya que de conformidad con el artículo 163²²⁶ éstos prevalecen sobre aquélla, sino y lo que es más difícil determinar, entre diferentes Tratados, cuál de ellos es el que prevalece. Creo la solución es el que prevalece el Tratado posterior sobre el anterior.

Lamentablemente, en la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, no se hace referencia a la naturaleza jurídica del COMEXI o a su personalidad jurídica, que tal parece no la tiene. Lo cual, es un grave error del legislador, ya que omitió esta importante calificación de un “órgano” que, con las atribuciones que tiene, se convierte en el rector de las políticas de comercio exterior de nuestro país.

El COMEXI se encuentra integrado de la siguiente manera:

- El Presidente de la República o su representante, quien lo presidirá.
- El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad.
- El Ministro de Economía y Finanzas.
- El Ministro de Relaciones Exteriores.
- El Ministro de Agricultura y Ganadería.
- El Ministro de Turismo.
- El Presidente de la Federación Ecuatoriana de Exportadores FEDEXPORT.
- El Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Industrias del Ecuador o su representante.
- El Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador o su representante.
- El Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Agricultura del Ecuador o su representante.
- Un delegado de los sectores agropecuarios, acuicultor y pesquero de productos de exportación a nivel nacional.

²²⁵ MICIP: Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad.

²²⁶ Ver Título I, Capítulo I, 5.3; Título I, Capítulo IV, 3; y, Título III.

En los párrafos siguientes, al hacer referencia a las diferentes medidas de salvaguardia, así como, a sus clases, tomando en cuenta el órgano comunitario del cual emanan, haremos mención al proceso que deben de seguir para ser aprobadas, ratificadas, focalizadas o revocadas.

2.- Concepto

Podemos encontrar muchos conceptos de salvaguardia, entre los principales, los siguientes:

“...Medida aplicable en frontera, generalmente de naturaleza arancelaria, impuesta temporalmente sobre aquellos bienes que causan o amenazan causar daño grave a una industria nacional que produce una mercancía idéntica o similar. Su objetivo es proporcionar tiempo a la industria afectada para que efectúe un proceso de ajuste. Se impone normalmente después de una investigación que procura determinar si el daño grave o amenaza de daño son causados a la industria nacional como resultado de un aumento súbito de las importaciones...”²²⁷.

“Salvaguardia: Medida excepcional de carácter transitorio, que se aplica mediante un incremento arancelario o una restricción cuantitativa, a las importaciones de producto al territorio nacional, que hayan experimentado o que podrían experimentar aumentos en cantidades tales, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, o que se realicen en condiciones tales que causen o amenacen causar daño grave a la rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”²²⁸.

“...Medida de recargo arancelario o equivalente que un país está autorizado a aplicar a un producto o varios similares, para contrarrestar competencia desleal de empresas o de gobiernos, que cause o amenace causar perjuicios graves a determinadas actividades productivas. Tiene carácter transitorio, no debe ser discriminatoria y rige siempre que no signifique reducción del consumo habitual en el país importador...”²²⁹.

“...Toda medida excepcional de carácter transitorio, aplicable mediante un incremento arancelario o una restricción cuantitativa, destinada a proteger a

²²⁷ Tomado del Diccionario de Términos de Comercio preparado por: Organización de Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

²²⁸ Artículo 252 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003.

²²⁹ LUNA OSORIO, Luis, Diccionario de Términos de Economía Internacional; 2004.

una rama de la producción comunitaria contra el aumento significativo de determinadas importaciones en cantidades y condiciones tales que causen o amenacen causar un daño grave a dicha rama de la producción de la Comunidad Andina...²³⁰.

Para el autor, un concepto adecuado puede ser el siguiente:

“...Medida de tipo legal, de carácter transitorio, que administrando el comercio exterior, tiene como fin, regularizar la importación de productos, cuya presencia está o puede estar amenazando causar un daño a una rama de la producción; o cuando, motivos de orden macroeconómico, cambiarios o importaciones simuladas, hacen necesaria su aplicación. La indicada medida podrá consistir en un recargo arancelario o en la fijación de cupos y deberá respetar la corriente de comercio...”.

Como podrán apreciar, sin falsas modestias, considero que se trata de un concepto claro y, lo que es más importante, una definición que toma en cuenta algunas características de esta medida. Siendo, quizás, la principal, que se trata de una medida de tipo legal, de lo contrario, estaríamos hablando de lo que en doctrina de comercio exterior se llama “Voluntary Export Restraints VERs”, esto es, restricciones al comercio exterior, que son tomadas sin fundamento causal ni legal alguno.

Importante es indicar, que para la aplicación de esta clase de medidas, el daño a la rama de la producción nacional, debe ser consecuencia del incremento de las importaciones, es decir, hay una relación causa efecto. En buen romance, de conformidad con las normas que en la actualidad administran el comercio exterior de bienes y servicios, no se pueden aplicar medidas restrictivas, sino al amparo de norma expresa y, siempre y cuando, los presupuestos se verifiquen, esto es, existan causa que justifiquen la expedición de la medida.

3.- Clases de Medidas de Salvaguardia

Existen muchos criterios para determinar, en forma general, los tipos de salvaguardias que pueden darse. El autor las divide en:

- Órgano Comunitario del cual nace: OMC, ALADI y CAN
- Universo de productos: Generales y Específicas
- Categorías de productos: Agropecuarias, específicas
- Categoría económica: Cambiaria, Programa de Liberación y Balanza de Pagos.

²³⁰ Artículo 7 de la Decisión 452.

Para el desarrollo de este tema, preferimos estudiarlas, de acuerdo al Órgano Comunitario del cual emana, por lo que procederemos en el sentido indicado.

4.- Legitimación y Requisitos de aplicabilidad

La primera reflexión que, necesariamente, debemos hacer, es que siendo la medida de salvaguardia, una herramienta o instrumento de tipo legal, deben existir ciertos presupuestos y /o condiciones, que sustenten la necesidad de la aplicación de una medida de esa naturaleza. Estas son, básicamente, las siguientes:

4.1.- Incremento de las importaciones

Para que se pueda interponer este recurso, es necesario, que se haya verificado un real y significativo incremento de las importaciones, del producto cuya protección se quiere obtener en virtud de la medida de salvaguardia. Esto se verifica, tomando en cuenta la partida arancelaria del producto, de la base de datos del Banco Central del Ecuador o, también, de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Pero aquí, existe un serio problema, cuya solución esperamos conseguirla, con la propuesta de la nueva “Ley de Comercio Exterior Administrado” que proponemos en esta obra. Ya que, se puede dar el caso, como existe uno muy serio en los actuales momentos, que existan importaciones simuladas o disfrazadas, que justifiquen en el fondo, no en la forma, la aplicación de este tipo de medidas.

Me refiero por ejemplo a la solicitud de una aplicación de medida de salvaguardia solicitada por la Asociación de Plásticos, que se presentó ante el COMEXI el 6 de diciembre de 2002, como consecuencia del grave daño que, a la industria nacional, estaba y sigue haciendo la importación de frutas provenientes de Chile ya que, dicha fruta, viene embalada en gavetas plásticas que luego es revendida dentro del mercado informal. Muchos pensarán que es un acto legítimo revender la fruta, pero en la forma en que se lo hace no, por:

- Su venta se la realiza sin facturación y por tanto sin el pago del Impuesto al Valor Agregado.
- Lo que se está importando realmente no es fruta en continentes plásticos, sino gavetas plásticas dentro de las cuales hay fruta.

Y, estas dos reflexiones, son realmente importantes, ya que si en el proceso interno de comercialización de las gavetas, no se pagan los impuestos, estamos cometiendo un fraude fiscal pero, por último, ese caso no es el que nos interesa, porque nuestro enfoque no es dentro del ámbito tributario, sino, dentro una operación de comercio exterior. Y, he aquí el problema, como la fruta viene declarada como tal,

esto es, dentro de la partida arancelaria correspondiente a la fruta, no existen estadísticas de importación de las gavetas. De existir estadísticas de importación de gavetas, habría ya una contundente prueba, del incremento desproporcionado de las importaciones de gavetas, lo cual haría muy viable la aplicación de la medida.

Pero, alguien que conozca de comercio exterior me dirá, que una solución podría ser la aplicación de la “Norma para la Interpretación del Arancel”²³¹, que permite segregarse el arancel del producto principal, del arancel del continente, si es que éste último, puede ser reutilizado en forma sucesiva. Esta segregación, tendría como resultado, el poder aplicar por separado las tarifas del arancel al contenido (fruta) y al continente (gaveta plástica). Pero, lamentablemente, en este caso, no es una solución, ya que el continente, esto es, la gaveta, también se encuentra amparada dentro del Acuerdo Comercial que tenemos con Chile, por lo que tampoco la misma pagaría arancel.

Esta solución hubiera sido a lo mejor buena, si se la hubiera tomado hace tres años cuando se presentó la solicitud de salvaguardia. Ya que, de haberse hecho, en estos tres años, ya habría una estadística de importación de gavetas plásticas, lo que ayudaría y sustentaría en gran medida la aplicación de la salvaguardia, ya que existiría un record estadístico, que probaría el serio incremento en la importación de dicho producto. A la fecha,²³² habría ya la intención de expedir la Resolución que segregue el arancel de la gaveta y el de la fruta. Ojalá, ya que esta decisión fue tomada hace por lo menos dos años por el COMEXI y no se dictó nunca la Resolución pertinente.

4.2.- Daño o Amenaza de Daño

Al hablar de daño, nos estamos refiriendo a un daño real y ya existente, esto es a uno ya ocasionado. Y, al referirnos a una “amenaza”, nos referimos a una, si bien no existente, sí sería e inminente, mas no a una posibilidad que quede claro.

Pero, importante es indicar, que este daño, o amenaza de daño, tiene que ser como consecuencia del incremento de las importaciones. Esto es, hay una relación de causa-efecto. Ya que, el día de mañana, determinado sector de la producción puede estar pasando por un momento crítico, como consecuencia de un problema que no es de comercio exterior, como lo podrían ser, altos costos de energía eléctrica, altas tasas de interés, un régimen impositivo exagerado o un mal manejo administrativo o financiero. Como verán, ninguno de estos problemas tiene, en lo absoluto

²³¹ Regla 5 b) de las "Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común Andina-NANDINA 2002", contenida en el Decreto 2429, RO. (suplemento) 547 de abril 3/2002.

²³² 8 de octubre de 2005.

que ver, con el comercio exterior, por lo que mal podría aplicarse una medida de salvaguardia, por dichos motivos. Insisto, solo se la podrá tomar, en base a un problema de comercio exterior. Incluso cuando estudiemos en los siguientes párrafos las medidas de salvaguardia cambiaria, la del programa de liberación y la de balanza de pagos, veremos que detrás de ellas hay también un problema de comercio exterior.

Importante es indicar que hemos hecho referencia a dos conceptos (daño y amenaza) porque por ejemplo, la normativa andina se refiere a daño; y la de la OMC a daño y/o a amenaza, así como a su gravedad.

Analicemos estos conceptos:

“Daño: la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia normal que sufra la producción nacional de las mercaderías de que se trate, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias”²³³.

“Daño grave: El menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional”²³⁴.

“Daño Grave: es el menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional, como resultado de la competencia desleal...”²³⁵.

“...Se entenderá por daño grave, un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional...”²³⁶.

“g) Daño grave, al menoscabo general significativo de la situación de una determinada rama de la producción de la Comunidad...”²³⁷.

“h) Amenaza de daño grave, a la clara inminencia de un daño grave. La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave se basará en

²³³ Artículo 252 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003.

²³⁴ Artículo 252 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo No. 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003.

²³⁵ LUNA OSORIO, Luis, Diccionario de Términos de Economía Internacional; 2004.

²³⁶ Artículo 4.1.a del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC.

²³⁷ Artículo 7 de la Decisión 452.

hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas...”²³⁸

“i) Perturbación, cualquier menoscabo de la situación de una rama de la producción de la Comunidad Andina...”²³⁹

Francamente, los conceptos antes transcritos, no me satisfacen. Respecto del concepto del economista Luis Luna Osorio, profesional a quien aprecio y respeto, no me gusta por su referencia a la competencia desleal. Ya que, de esta forma, estaría limitando (si tuviéramos que referirnos a su concepto para la aplicación o no de una medida de salvaguardia) la aplicación de esta medida, a la existencia de una acción dolosa, lo cual puede no ocurrir, ya que se podría tratar, sin problema alguno, de una operación comercial legítima, pero que no obstante, está causando un daño. Y, en el caso del concepto OMC, lo veo como un concepto o enunciado de tipo muy general, sin darnos premisas, reales, como sí lo hace por ejemplo, la normativa nacional. Veamos:

“Art. 313.- Factores.- En la investigación, para la determinación si el aumento de las importaciones de un determinado producto o grupo de productos ha causado o amenaza causar daño grave a la producción nacional de bienes similares, se deberá tomar en cuenta todos los factores de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de la rama de la producción afectada, en particular:

- a) El ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto, en términos absolutos y relativos en relación con la producción y consumo nacionales;
- b) La parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento;
- c) El precio de las importaciones, especialmente con el fin de determinar si se ha registrado precios considerablemente inferiores al precio corriente del producto nacional similar o directamente competidor;
- d) El examen de las repercusiones sobre la rama de producción nacional de los productos similares o directamente competidores, evidenciadas en los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad, las ganancias y pérdidas y el empleo; y,

²³⁸ Artículo 7 de la Decisión 452.

²³⁹ Artículo 7 de la Decisión 452.

e) Otros factores que, aunque no estén relacionados con la evolución de las importaciones, tengan una relación de causalidad con el daño o la amenaza de daño a las rama de la producción nacional de que se trate”²⁴⁰.

4.3.- No discriminatoria

Una de las características fundamentales de una medida de esta naturaleza, es la no discriminación. Esto es, el Estado que autorice la aplicación de la salvaguardia, no puede decir, por ejemplo, si se trata de una medida obtenida al amparo de normas de CAN, que la misma sólo será aplicable a la República de Venezuela. No, en lo absoluto, autorizada la medida por el órgano nacional competente, en nuestro caso el COMEXI, la misma entrará en vigencia para todos los países miembros de la Comunidad Andina. Lo que sí puede pasar luego es que, una vez que la misma suba en consulta a la Secretaría de la Comunidad Andina en Lima, sea ratificada, derogada o modificada y, esta reforma, podrá consistir en lo que se denomina “focalización”, es decir, en dirigir la aplicación de la medida a un determinado país de la CAN y no a todos. Pero, esta atribución, no es del órgano nacional que concede la medida, sino de la Secretaría General de la CAN.

La única excepción es con China que, mientras no esté del todo en la OMC, sino en trámite de adhesión, si se puede aplicar una salvaguardia OMC solo a dicho país. En la actualidad hay dos medidas solicitadas: una para textiles y otra para griferías.

4.4.- Transitoriedad y Temporalidad

Otra característica fundamental de esta medida, es la transitoriedad. Mal podría fijarse una medida de salvaguardia ad-indefinitum, básicamente, porque el objetivo de la medida es la de ser una solución a un determinado y puntual problema, que es transitorio y en forma transitoria. Por tanto, siempre tendrá una fecha fatal. Dependiendo de la norma que se quiera aplicar, podría ir de meses hasta máximo 10 años, que es el tiempo mayor permitido en la normativa OMC, ya que establece la posibilidad de aplicar medidas por cuatro años, prorrogables por cuatro más, y dos más si es un país en desarrollo quien la solicita.

El Tribunal Andino de Justicia se ha pronunciado sobre la transitoriedad de este tipo de medidas y ha dicho:

“...De modo emergente deberá entenderse que para la suspensión de las medidas correctivas, el mismo artículo 80 ha previsto un procedimiento muy

²⁴⁰ Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003.

claro, que concilia el interés comunitario, inherente a los grandes fines de la integración subregional, con el interés particular de cada uno de los Países Miembros del Acuerdo. En efecto, no hay óbice para que el país perjudicado pueda por sí mismo suspender las medidas conforme a sus mejores intereses y la realidad de su economía, respecto del país que devaluó, pero para el caso de que no lo haga, y cuando hayan desaparecido las causales que justificaron la aprobación de las medidas de emergencia, el país que devaluó puede pedir en cualquier tiempo a la Junta que se pronuncie y adopte una resolución y suspenda las medidas a pedido de parte, o niegue la suspensión, caso éste en que a dicho país el artículo 80 le reconoce el derecho de recurrir ante la Comisión, es decir, que en el caso de autos, la República del Ecuador tiene libre su derecho para solicitar, en su momento, la suspensión de las medidas de salvaguardia...²⁴¹.

4.5.- Exclusión para la aplicación de estas medidas

No siempre podemos aplicar estas medidas, así se cumplan los requisitos señalados líneas atrás, estos son, el incremento en las importaciones y el daño a la industria local. Por ejemplo, no son aplicables las mismas (me refiero en el caso de la CAN), a los productos que se encuentren incluidos en programas especiales de integración industrial. O, por ejemplo, a países en vías de desarrollo. Igual, para el caso de la salvaguardia agropecuaria CAN, que sólo podrá ser aplicada a Ecuador y Bolivia, previo pronunciamiento de la Secretaría General de la CAN, en el sentido de que las distorsiones y/o perjuicio provienen de estos países.

Estas características y/o requisitos, como los queramos llamar, serán estudiados a profundidad, cuando revisemos los diferentes tipos de cláusulas de salvaguardia, en el capítulo siguiente.

4.6.- Afectación al comercio regular

Se puede fijar una medida, pero no, prohibir la importación de un producto. En tal virtud, es importante indicar, que tomando en cuenta la medida que se quiere aplicar, se deberá respetar lo que en doctrina se llama “corrientes de comercio”. Así por ejemplo, si se trata de una salvaguardia específica, se deberá respetar el promedio de importación de los productos sancionados de los últimos tres años; si se trata de una medida al amparo del programa de liberación el promedio de los últimos doce meses; y, si se trata de la cambiaria, no disminuir las importaciones que existían antes de la devaluación.

²⁴¹ Proceso No. 2-N-86. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

4.7.- Forma de aplicación de la medida

Esta clase de medida puede ser establecida y/o fijada, sea mediante el pago de un arancel ad-valórem adicional; o, también, mediante la fijación de cupos. Vía Decisión 371 –Sistema Andino de Franja de Precios-, se pueden imponer también medidas correctivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la citada Decisión. Su texto dice:

“Artículo 16.- Cuando ocurran importaciones de un producto del Sistema, procedente de un País Miembro que aplique a dicho producto gravámenes totales inferiores a los que aplica el País Miembro importador, se considerará que dichas importaciones causan distorsiones en la competencia y perturbaciones a la producción nacional del País Miembro.

1.- En esos casos, el País Miembro importador podrá aplicar derechos correctivos automáticos a las importaciones procedentes del País Miembro exportador...

2.- Si el País Miembro exportador no importa el producto en cuestión desde terceros países, pero sí importa insumos del mismo, pertenecientes al sistema, con gravámenes totales inferiores a los que se aplica al País Miembro importador, éste podrá solicitar a la Junta, el establecimiento de medidas provisionales, que tengan como efecto equilibrar las condiciones de competencia”.

4.8.- Legitimación Activa

No cualquiera puede solicitar una medida de salvaguardia. Como tampoco lo puede hacer solamente una compañía. La misma, debe ser solicitada por una Cámara de la Producción, Asociación, la rama de la producción²⁴².

²⁴² Se llama Rama de la Producción Nacional el conjunto de los productores de productos similares o directamente competidores que operen en el país o aquellos cuya producción conjunta de productos similares o directamente competidores constituyan una proporción importante de la producción total de esos productos en el país. Concepto dado por el Decreto Ejecutivo 3497. Ver nota de página número 6.

CAPÍTULO II: MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA COMUNIDAD ANDINA

PARÁGRAFO I.- MEDIDAS DE SALVAGUARDIA PARA PAÍSES CAN

La normativa andina establece cinco diferentes tipos de salvaguardia, a saber: agropecuaria, balanza de pagos, programa de liberación, específica y cambiaria.

1.- Agropecuaria

1.1.- Generalidades y legitimación

En virtud de esta medida, se pueden aplicar reglas de esta naturaleza, a productos de origen agrícola, cuando las importaciones de los referidos productos, estén des-nivelando los precios de los mismos productos elaborados en el país que solicita la medida.

Parecería ser que en este tipo de salvaguardia, no es importante el incremento en las importaciones y el daño a la rama de la producción nacional, ya que no lo dice en forma expresa. Pero, basta que indique la norma respectiva, que uno de los motivos es para nivelar los precios del producto importado, para creer que aquellos presupuestos sí son importantes.

Pero, cuál es el fin de la aplicación de esta medida. Uno ya lo indicamos en el párrafo precedente, esto es, nivelar los precios y, el segundo es, la limitación de las importaciones, hasta los niveles necesarios para cubrir el déficit de producción interna. La norma pertinente dice:

“Art. 90.- Cualquier país miembro podrá aplicar, en forma no discriminatoria, al comercio de productos incorporados a la lista a que se refiere el artículo 92, medidas destinadas a:

- a) Limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficits de producción interna; y,
- b) Nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional.

Para la aplicación de dichas medidas, cuando sea del caso, los Países Miembros ejecutarán acciones por intermedio de agencias nacionales existentes, destinadas al suministro de productos alimenticios, agropecuarios y agroindustriales”²⁴³.

²⁴³ Decisión 563.

1.2.- Condiciones

Como queda dicho, igual se deberá verificar un incremento en las importaciones y que, el mismo, afecte a la rama de la producción nacional.

En el mismo orden, hay una limitación muy especial e importante, respecto de a qué países se puede o no aplicar la medida. Y, en efecto, como consecuencia del principio ya estudiado en esta obra del “Trato de la Nación Menos Favorecida”, no se pueden aplicar salvaguardias a Ecuador y Bolivia, excepto, si las importaciones provienen de dichos países y el perjuicio es, en efecto, sustancial.

1.3.- Aprobación en consulta

Como veremos al revisar este trabajo, aprobada la medida por parte del órgano nacional competente, la Resolución debe de ir a consulta. Y, en este especial caso, podríamos pensar de una doble consulta, ya que no sólo debe ser autorizada su aplicación por parte de la Secretaría General sino que, en adición, debe ser puesta en conocimiento de la Comisión, para que ésta, finalmente, decida lo pertinente. Este es el único caso en que otro órgano que no sea la Secretaría General, aprueba o no, estas medidas. Aprobación que tiene una muy especial particularidad, ya que, en este caso, la aprobación que dé la CAN no solo que debe ser por mayoría absoluta, sino también, no debe existir voto negativo, lo cual otorga una especie de capacidad de veto. Lamentablemente este derecho de veto, de lo que sé, no fue utilizado por el Gobierno Ecuatoriano, cuando se trató de defender la salvaguardia agropecuaria que autorizó el COMEXI, mediante Resolución 194, la misma que fuera publicada en el Registro Oficial número 126 del julio de 2003.

Las normas que establecen la necesidad de ir a la Comisión y el derecho de Veto son:

“Art. 91.- El país que imponga las medidas de que trata el artículo anterior dará cuenta inmediata a la Secretaría General, acompañando un informe sobre las razones en que se ha fundado para aplicarlas.

A Bolivia y Ecuador sólo podrá aplicarlas en casos debidamente calificados y previa comprobación por la Secretaría General de que los perjuicios provienen sustancialmente de sus importadores. La Secretaría General deberá pronunciarse obligatoriamente dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción del informe y podrá autorizar su aplicación.

Cualquier País Miembro que se considere perjudicado por dichas medidas podrá presentar sus observaciones a la Secretaría General.

La Secretaría General analizará el caso y propondrá a la Comisión las medidas de carácter positivo que juzgue convenientes a la luz de los objetivos señalados en el artículo 87.

La Comisión decidirá sobre las restricciones aplicadas y sobre las medidas propuestas por la Secretaría General...²⁴⁴.

“Art. 26.- La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Se exceptúan de esta norma general:

a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo...²⁴⁵.

“15. Aprobar las medidas a que se refiere el último inciso del Artículo 91”²⁴⁶.

2.- Balanza de Pagos²⁴⁷

2.1.- Generalidades y legitimación

Quizás el indicador más importante de un país, es el de su balanza de pagos. Dentro de ella, forman parte las balanzas: comercial, de inversiones, de remesas, deuda, etc. En buen romance, es verificar la importación y exportación de los productos que forman parte de la misma. Como queda dicho, balanza comercial no es lo mismo que balanza de pagos. Aquélla es un indicador de ésta y/o forma parte de ésta.

“...BALANZA DE PAGOS: Registro de pago que refleja en forma sistemática y consolidada, las transacciones realizadas en un período determinado, generalmente un año, por los residentes de un país con los del resto del mundo. Se subdivide en dos grandes rubros: la cuenta corriente y la cuenta de capital. El resultado neto final de la relación entre ellas refleja el aumento o la disminución de la Reserva Monetaria Internacional. Sus principales cuentas son: balanza comercial, balanza de servicios y renta, transferencia unila-

²⁴⁴ Decisión 563.

²⁴⁵ Decisión 563.

²⁴⁶ Anexo I de la Decisión 563.

²⁴⁷ En adición a las normas que constan en la Decisión 563, existe la Decisión 389 que regula también todo lo referente a esta medida por esta especial causa.

terales, como parte de la cuenta corriente; Inversión directa, deuda externa, atrasos y otros capitales, en la Cuenta de Capital.

Las exportaciones y las importaciones de bienes y servicios, así como las transferencias unilaterales, se registran en la cuenta corriente. Todos los cambios en los activos nacionales en el extranjero y de los activos extranjeros en el país se registran en la cuenta de capital, la discrepancia estadística se registra en la cuenta de capital. Cada cuenta principal está subdividida adicionalmente en subcuentas, cada una de las cuales abarca una clase amplia de transacciones internacionales...²⁴⁸.

En tal virtud, se establece la posibilidad de que se pueda interponer, una medida de esta naturaleza, teniendo como origen la protección de las cifras macro económicas de un País Miembro, por supuesto, siempre y cuando, el daño que hayan sufrido las cifras, sea consecuencia de las importaciones.

“Art. 95.- Un País Miembro que haya adoptado medidas para corregir el desequilibrio de su balanza de pagos global, podrá extender dichas medidas, previa autorización de la Secretaría General, con carácter transitorio y en forma no discriminatoria, al comercio intrasubregional de productos incorporados al Programa de Liberación.

Los Países Miembros procurarán que la imposición de restricciones en virtud de la situación de balanza de pagos no afecte, dentro de la subregión, al comercio de los productos incorporados al Programa de Liberación.

Cuando la situación contemplada en el presente artículo exigiere providencias inmediatas, el País Miembro interesado podrá, con carácter de emergencia, aplicar las medidas previstas, debiendo en este sentido comunicarlas de inmediato a la Secretaría General, la que se pronunciará dentro de los treinta días siguientes, ya sea para autorizarlas, modificarlas o suspenderlas.

Si la aplicación de las medidas contempladas en este artículo se prolongase por más de un año, la Secretaría General propondrá a la Comisión, por iniciativa o a pedido de cualquier País Miembro, la iniciación inmediata de negociaciones a fin de procurar la eliminación de las restricciones adoptadas²⁴⁹.

²⁴⁸ DICCIONARIO DE TÉRMINOS DE ECONOMÍA INTERNACIONAL; Luis Luna Osorio. 2004.

²⁴⁹ Decisión 563.

2.2.- Requisitos

En primer término, debe de haber un desequilibrio en la balanza de pagos del país que solicite la medida, en forma tal que se haga estrictamente necesaria su aplicación. Importante es indicar, que si bien se trata de una de las salvaguardias de tipo general, ya que no va dirigida directamente a un producto o grupo de productos, pueden ser objeto de depuración, las partidas arancelarias respecto de las cuales se solicita su aplicación. Y, esto tiene plena razón y fundamento, ya que de ser una medida de general aplicación, al universo arancelario, podría caerse en el error de aplicar la misma a materias primas que se requieran para operaciones de manufactura en nuestro país, lo que equivaldría, en buen romance, a encarecer materias primas que son usadas en nuestros procesos de manufactura.

Pero, cuáles son las condiciones que se deberían de dar para aplicar una medida de esta naturaleza, entre otras las siguientes:

- Una balanza comercial drásticamente deficitaria
- Reducción importante de la Reserva Monetaria
- Reducción del medio circulante
- En el caso del Ecuador un motivo puede ser la dolarización que es una camisa de fuerza para la emisión de billetes
- Debe ser transitoria.- No se la puede fijar sin límite de tiempo ni por un tiempo que la convierta en permanente.*
- No discriminatoria.- se aplicará a todos los países andinos, luego podrá ser focalizada a un país o grupo de países si lo considera necesario la Secretaría General
- No afectar al comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

* De la lectura del artículo 95 de la Decisión 563 se podría entender que el plazo será de un año, luego de lo cual necesariamente se deberá procurar eliminar las restricciones establecidas en virtud de la medida.

La solicitud de la medida deberá contener:

- Un informe sobre la situación y perspectivas de la balanza de pagos.
- Las medidas adoptadas para restablecer el equilibrio de su balanza de pagos.
- Las razones por las cuales hace extensivas las medidas correctivas al comercio intrasubregional.

- De ser el caso, un informe sobre los préstamos de apoyo a la balanza de pagos que hubiere solicitado²⁵⁰.

2.3.- Aprobación en Consulta

La premisa general, en el caso de las salvaguardias de la CAN, es que una vez aprobadas por el COMEXI, deben de ir en consulta a la Secretaría General, a efectos de que sea autorizada, modificada o suspendida. En el caso de la medida estudiada en este párrafo, sólo si es necesario, establecer medidas de orden inmediato, el país las puede aplicar y luego elevar en consulta la medida. De lo contrario, debe de ser primero consultada la medida a la Secretaría General y luego de autorizada, aplicada por el país solicitante.

3.- Programa de Liberación

3.1.- Generalidades y Legitimación

Como estudiamos en líneas atrás, el Programa de Liberación tienen como fin primordial, la creación de un mercado común, eliminando restricciones, de cualquier tipo (arancelarias y/o paraarancelarias) que de alguna forma afecten al comercio exterior andino²⁵¹.

Pero, puede suceder, que este comercio libre de gravámenes y restricciones, cause o amenace causar un daño a un País Miembro, por ejemplo, por el ingreso de determinadas mercaderías que afecten, en alguna medida, los indicadores macroeconómicos de un País Miembro o determinada rama de la producción. Bajo estas premisas, se podrá solicitar la aplicación de una medida de salvaguardia, nacidas por el cumplimiento del Programa de Liberación.

“Art. 96.-Si el cumplimiento del Programa de Liberación del Acuerdo causa o amenaza causar prejuicios graves a la economía de un País Miembro o a un sector significativo de su actividad económica, dicho país podrá, previa autorización de la Secretaría General, aplicar medidas correctivas de carácter transitorio y en forma no discriminatoria. Cuando fuere necesario, la Secretaría General deberá proponer a la Comisión medidas de cooperación colectiva destinadas a superar los inconvenientes surgidos.

La Secretaría General deberá analizar periódicamente la evolución de la situación con el objeto de evitar que las medidas restrictivas se prolonguen

²⁵⁰ Artículo 2 de la Decisión 389.

²⁵¹ Título I, Capítulo I, 9.

más allá de lo estrictamente necesario o considerar nuevas fórmulas de cooperación si fuere procedente.

Cuando los perjuicios de que trata este artículo sean tan graves que exijan providencias inmediatas, el País Miembro afectado podrá aplicar medidas correctivas provisionalmente y con carácter de emergencia, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.

Dichas medidas deberán causar el menor perjuicio posible al Programa de Liberación y, mientras se apliquen en forma unilateral, no podrán significar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate, con respecto al promedio de los doce meses anteriores.

El País Miembro que adopte las medidas deberá comunicarlas inmediatamente a la Secretaría General y ésta se pronunciará sobre ellas dentro de los treinta días siguientes, ya sea para autorizarlas, modificarlas o suspenderlas²⁵².

3.2.- Requisitos

- Una balanza comercial drásticamente deficitaria
- Reducción importante de la Reserva Monetaria
- Reducción del medio circulante
- En el caso del Ecuador un motivo puede ser la dolarización que es una camisa de fuerza para la emisión de billetes
- Debe ser transitoria.- No más allá del tiempo estrictamente necesario
- No discriminatoria.- se aplicará a todos los países andinos, luego podrá ser focalizada a un país o grupo de países si lo considera necesario la Secretaría General
- No afectar al comercio de los productos incorporados al programa de liberación, debiendo respetarse por lo menos el promedio de importación de los últimos doce meses²⁵³.

3.3.- Aprobación en Consulta

La premisa general, en el caso de las salvaguardias de la CAN, es que una vez aprobadas por el COMEXI, deben de ir en consulta a la Secretaría General, a efectos de que sea autorizada, modificada o suspendida. En el caso de la medida estudiada en este parágrafo, sólo si es necesario, establecer medidas de orden inmedia-

²⁵² Decisión 563.

²⁵³ Artículo 3 de la Decisión 389.

to, el país las puede aplicar y luego elevar en consulta la medida. De lo contrario, debe de ser primero consultada la medida a la Secretaría General y luego de autorizada, aplicada por el país solicitante.

4.- Específica

4.1.- Generalidades y Legitimación

Puede darse el caso, que la importación de determinado producto, esté afectando a una rama de la producción nacional. En este caso, no se toman en cuenta parámetros como los enunciados en las medidas estudiadas, sino los que estudiaremos a continuación y la puede solicitar el país y /o la rama de la producción afectada.

4.2.- Requisitos

En este punto es importante hacer un estudio diferente, de las causas que pueden generar la aplicación de esta clase de medidas, para lo cual el autor considera pertinente transcribir la norma andina que establece la posibilidad de aplicación de esta medida:

“Art. 97.- Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General...”

El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días, siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años²⁵⁴.

²⁵⁴ Decisión 563.

4.2.1.- Cantidades

Debe existir un incremento en las importaciones, el cual debe ser realmente importante y no un simple aumento. Siempre será subjetivo indicar cuándo hay y cuándo no un incremento considerable, pero un termómetro puede ser un crecimiento escalonado y continuo, digamos de por lo menos un 20% durante los últimos cuatros años. Insisto, siempre habrá subjetividad.

4.2.2.- Condiciones

Esta es una condición que debe ser estudiada con mucha profundidad ya que, bajo la misma, lo importante es la forma en cómo se perfecciona la importación. Ya que, llegado un momento, puede haber una importación que produzca un daño a la rama de la producción nacional, vinculada con el comercio exterior, pero que tenga origen o causa no en un tema estrictamente de comercio exterior, sino por ejemplo, aduanero o de precios.

4.2.2.1.- Aduanero

Si el día de mañana, ingresa vía contrabando una ingente cantidad de productos, mal puede pensarse que la salvaguardia podría ser la solución para este problema, porque no se trata de un problema de comercio exterior, sino aduanero, cuya solución no puede ni debe ser la aplicación de una medida de esta naturaleza.

4.2.2.2.- Precios

Puede darse el caso, que la importación de productos se dé en condiciones tales, que sea su precio el que esté afectando a la rama de la producción nacional. En este caso, tampoco la aplicación de esta medida puede ser la solución, sino por ejemplo, una acción de Dumping, figura completamente legal, pero con una estructura diferente y con parámetros diferentes, la cual es Tratado en el marco de la Comunidad Andina en la Decisión 456.²⁵⁵

4.2.2.3.- Simulación:

Puede darse el caso, por ejemplo, que las importaciones no reflejen realmente el acto del importador o, también, que se genere un nuevo negocio, que pudiendo ser lícito o ilícito, no deja de ser simulado, como el caso al que nos referimos en párrafo anterior en esta obra²⁵⁶.

²⁵⁵ Registro Oficial No. 269; 3 de septiembre de 1999.

²⁵⁶ Título II, Capítulo I, 1.4.1.

Podríamos hablar de variados casos, a efectos de determinar cuáles son las condiciones que podrían ser tomadas en cuenta, como causa de afectación o daño, para el ejercicio del derecho a aplicar una medida de esta naturaleza.

4.2.3.- Perturbación

En este punto es importante indicar, que la perturbación debe ya de existir. Esto es, no se trata de una amenaza o de una posible acción dañina, debe haberse ya verificado el daño a la rama de la producción nacional. Diferente es el caso de la salvaguardia por Programa de Liberación, en la cual es suficiente la amenaza de daño para aplicarla y no el daño ya verificado.

Cuando hablamos de perturbación, cabe tomar en cuenta algunos parámetros que nos pueden servir de base, para analizar que, en efecto, se ha generado un daño. Entre otros, estos pueden ser:

- Pérdida de participación de mercado²⁵⁷
- Pérdidas financieras
- Disminución de uso de capacidad instalada
- Reducción de masa laboral
- Disminución de inversiones en nuevos equipos.

En fin, diferentes parámetros, que nos ayuden a determinar que una industria o determinada rama de la producción, se encuentran afectadas. Pero, en este punto, hay una reflexión que reviste vital importancia, esta es, que haya una relación causa efecto entre la importación del producto y el daño a la producción nacional. Ya que, por ejemplo, si determinada rama de la producción nacional, se encuentra afectada por otros motivos que no sean éstos, mal podría aplicarse una medida de esta naturaleza. Veamos, si el día de mañana alguna rama de la producción pierde competitividad o sus indicadores caen, tiene pérdidas financieras, etc. y los motivos de estos problemas por ejemplo son: un inadecuado manejo administrativo financiero, altas tasas de interés, una crisis bancaria, altos costos de materias primas o insumos; estos, son motivos que nada tienen que ver con operaciones de comercio exterior, por lo tanto, de ser estas las causas de una crisis en una industria, mal podrá ser aplicada esta medida de protección, es decir, mal podría ser aplicada una salvaguardia.

²⁵⁷ Market Share

4.2.4.- No discriminatoria

En su origen será no discriminatoria, esto es, aprobada por el COMEXI se aplicará todos los Países Miembros. Pero, ubicado el país que origine la perturbación, será direccionada y/o focalizada a éste solamente la medida.

4.2.5.- Provisional

Deberá durar lo estrictamente necesario. Terminado el problema que generó su aplicación, debe ser dejada sin efecto la medida.

4.2.6.- Aprobación en Consulta

Como tantas veces hemos comentado, éstas deberán ir en Consulta a la Secretaría General para autorizarlas, modificarlas o suspenderlas. Y, una forma de modificación puede ser focalizar a determinado país la aplicación de la medida; reducir el grupo de productos sobre las cuales se otorgó originalmente; reducir el recargo arancelario; aumentar el cupo de importación; entre otros.

5.- Cambiaria

5.1.- Generalidades y legitimación

Tomando en cuenta a un Ecuador dolarizado, este tipo de salvaguardia, genera una atención especial, puesto que, al tener nuestro país una moneda dura, que de paso no es nuestra, sin poder o capacidad de devaluación, las depreciaciones cambiarias de los Países de la Subregión, podrían poner al Ecuador en un menor grado de competitividad, al no poder devaluar su moneda y fortalecer sus exportaciones, con la única salvedad de las exportaciones a la Unión Europea, que sí podrían ser más competitivas tantas y cuantas veces el dólar se deprecie frente al Euro.

5.2.- Requisitos

Se discute mucho sobre la aplicación de esta medida, en el sentido de que si debe ser dictada cuando en forma expresa se devalúa una moneda, o en los casos, en los que suceden las llamadas “devaluaciones competitivas”, esto es, pérdidas de valor de una moneda que se da independientemente de que el gobierno lo disponga, sino por cualquier otro motivo, especialmente la oferta y demanda de divisas.

En nuestro criterio, no es importante distinguir si se trata de una medida dictada o no en forma expresa. Lo importante es, sencillamente, que la moneda de un País Miembro haya perdido valor y genere, por tanto, un diferencial de tipo cambiario.

Es más, por lo menos en el Ecuador, las devaluaciones oficiales terminaron a inicios de los años 90s cuando la Junta Monetaria decidía devaluar el Sucre. Luego, sencillamente, el Sucre perdió valor, sin que medie un acto expreso y directo del Gobierno Central. Por excepción se devaluó el sucre en el Gobierno del Presidente Mahuad, poco antes de la crisis bancaria.

Podríamos pensar, como único requisito, “que se alteren las condiciones normales de competencia” para proceder con la aplicación de una medida de esta naturaleza.

Deberá ser transitoria, esto es, durar el tiempo de la perturbación y no podrá significar una reducción de los niveles de importación existentes antes de la devaluación.

“Art. 98.- Si una devaluación monetaria efectuada por uno de los Países Miembros altera las condiciones normales de competencia, el país que se considere perjudicado podrá plantear el caso a la Secretaría General, la que deberá pronunciarse breve y sumariamente. Verificada la perturbación por la Secretaría General, el país perjudicado podrá adoptar medidas correctivas de carácter transitorio y mientras subsista la alteración, dentro de las recomendaciones de la Secretaría General. En todo caso, dichas medidas no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación...”²⁵⁸.

5.3.- Aprobación en Consulta

Sólo podrá ser aplicada previo dictamen favorable de la Secretaría General.

5.4.- Antecedentes Jurisprudenciales

En efecto se han dado y podemos citar el siguiente fallo del Tribunal Andino de Justicia:

“...Colombia considera que la fijación del 16 de agosto de 1986 “como fecha límite para poder aplicar la salvaguardia por devaluación monetaria desvirtúa la razón de ser las cláusulas de salvaguardia y de la integración comercial entre los Países Miembros pues, si a pesar de subsistir el fenómeno de la devaluación venezolana, la Junta no se pronunciare o no pudiera pronunciarse sobre la prórroga del plazo, el país tendría que levantar las medidas correctivas impuestas, quedando entonces a merced de importaciones que podrían resultar masivas, irracionales y ruinosas.”

²⁵⁸ Decisión 563.

En criterio de Colombia “las devaluaciones que viene registrando el Bolívar venezolano han alterado sustancialmente las condiciones de competencia”. Esta situación –dice Colombia- no se ha corregido en el curso de los últimos meses y que, por el contrario, se ha tornado más crítica, lo que la obligó a invocar la cláusula de salvaguardia por devaluación monetaria. Este País Miembro considera “que la fijación del plazo no sólo es incompatible con la agudización de la devaluación, o por lo menos, con las medidas cambiarias que recientemente adoptó Venezuela, sino que viola por varias razones el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, entre otras, por una aplicación contraria a la letra y al espíritu del inciso primero del artículo 80 del Acuerdo de Cartagena...”.

En criterio de Colombia, la Junta dio una aplicación contraria a la letra y al espíritu del inciso 1 del artículo 80 del Acuerdo, cuando fijó un plazo a las medidas cuando éstas “deben cubrir el período mientras subsista la alteración (se subraya), con lo cual se precisa que el plazo no lo fija el País Miembro que aplica la salvaguardia, ni la Junta, sino la presencia y duración de la alteración de las condiciones de competencia, es decir, una realidad objetiva existente en un período determinado.

Dice la Junta que “las condiciones normales de competencia entendidas como las condiciones dadas por un relativo equilibrio de las tasas de cambio de los países, pueden alterarse a consecuencia de las devaluaciones monetarias siendo entonces necesario precisar los alcances de la alteración, mediante la apreciación de la profundidad de los efectos de la variación. Ante este evento –argumenta la Junta- “la llamada cláusula de salvaguardia monetaria se da como un instrumento comunitario, de excepción y defensa para afrontar los problemas derivados de políticas no armonizadas, permitiendo al país afectado tomar medidas, dentro de determinados límites y condiciones, respecto a los productos y al país en que se origina la alteración de las condiciones de competencia, con miras al gradual reacomodo a la nueva situación de competencia, independientemente de si la situación anterior comportaba o no condición de equilibrio”.

DECLARA: Cuarto: Que las medidas correctivas adoptadas por la República de Colombia y autorizadas por la Junta mediante la Resolución 252, podrán permanecer en vigencia mientras subsista la alteración, sin perjuicio de que se aplique lo dispuesto por los incisos 2 y 3 del artículo 80 del Acuerdo. Cesada la perturbación la República de Colombia deberá levantar las medidas de salvaguardia...²⁵⁹.

²⁵⁹ Proceso No. 1-N-86. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

6.- Revisión por parte de la Secretaría General:

Como hemos indicado al inicio del presente trabajo, los actos normativos a través de los cuales se manifiesta la Secretaría General, son las Resoluciones.²⁶⁰ Y, es importante hacer esta reflexión ya que, como hemos revisado, siempre, tarde o temprano, la aplicación de medidas de salvaguardias hecha por un País Miembro, irán en consulta a la Secretaría General. Y, digo, tarde o temprano, ya que en algunos casos es previo el dictamen de la Secretaría General y, en otros, posterior.

Pero, qué sucede cuando la medida es elevada en consulta a la Secretaría General. Puede ser autorizada, suspendida o modificada. Y, nuevamente, preguntémonos, qué pasa si la Resolución en virtud de la cual se eleva en consulta la medida a la Secretaría General, no es del agrado de un País Miembro, de la rama de la producción o de un tercero que tenga legítimo interés. En este caso, la normativa andina, nos da las herramientas necesarias para poder impugnar dicha Resolución y, el mecanismo, es el llamado Recurso de Reconsideración.

“Art. 37.- Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes”²⁶¹.

Este recurso, tiene como fin, que la autoridad de la cual emana el acto recurrido, esto es, la Secretaría General, reconsidere su decisión, cuyo resultado, como queda dicho, puede ser en efecto un cambio de criterio del original, así como, el desechar el recurso y ratificar el contenido del acto. De lo que he visto, en mi experiencia, en muy pocas ocasiones la Secretaría General ha cambiado de opinión lo cual quiere decir, o que “no se equivoca en sus resoluciones”, o que difícilmente cambia de parecer. Sin querer parecer injusto con la Secretaría General, en los Recursos de Reconsideración que he patrocinado, no he visto apertura por parte de la Secretaría General para que acepte que se ha equivocado en sus apreciaciones.

El tiempo dentro del cual debe ser presentado el Recurso es el de 45 días siguientes –calendario, a menos que se haga expresa referencia a que serán días hábiles-²⁶² a la notificación que se impugna y, resuelta la Reconsideración, no se podrá intentar nuevamente este Recurso, esto es, Reconsideración de la Reconsidera-

²⁶⁰ Artículo 29 de la Decisión 563.

²⁶¹ Decisión 425.

²⁶² Artículo 30 de la Decisión 425.

ción²⁶³, así como tampoco podrá intentarse una acción ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras esté pendiente el Recurso de Reconsideración interpuesto²⁶⁴.

La interposición del Recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, a menos que la ejecución del mismo ocasione un daño irreparable, que no pueda ser subsanado por la Resolución definitiva. La Secretaría General de considerarlo pertinente podrá solicitar una caución para el fin anotado. También se podrá pedir la suspensión, si el recurso se basa en algunas de las causales de nulidad de pleno derecho²⁶⁵.

“Art. 12.- Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento”²⁶⁶.

Claro, esto no enerva la posibilidad que tiene un País Miembro y/o un particular, para acudir luego al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a interponer una acción de Nulidad, en los términos que constan en el párrafo 5.5.1 del Capítulo I correspondiente al Título I.

PARÁGRAFO II: MEDIDAS DE SALVAGUARDIA PARA TERCEROS PAÍSES

1.- Generalidades y Ámbito de Aplicación

Dentro de la normativa CAN existe, adicionalmente, la Decisión 452²⁶⁷, la misma que regula todo lo referente a la imposición de este tipo de medidas pero, en este particular caso, a la aplicación de salvaguardias por parte de países CAN a terceros países, esto es, a no Andinos.

²⁶³ Artículo 44 de la Decisión 425.

²⁶⁴ Artículo 43 de la Decisión 425.

²⁶⁵ Artículo 41 de la Decisión 425.

²⁶⁶ Decisión 425.

²⁶⁷ “Normas para la Adopción de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países no Miembros de la Comunidad Andina”.

“Art. 1.- La presente Decisión establece las normas para la aplicación de medidas de salvaguardia, destinadas a proteger a una rama de la producción de la Comunidad Andina, cuando ésta se viera perjudicada por importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina²⁶⁸ (lo subrayado es mío).

De la lectura, revisión y estudio de esta Decisión se puede entender una directa inclinación o sometimiento a las normas OMC. En principio es bueno, pero el no ser un fiel sometimiento motiva que se den contradicciones y, como hemos comentado en algunas páginas de esta obra, estas contradicciones generan problemas de aplicación de normas ya que, llegado un momento, podrían existir dudas respecto de qué norma prevalece, tema que será motivo de otro trabajo.

Esta decisión será aplicable a las siguientes medidas de salvaguardia:

- Artículo XIX del Gatt.
- Las de transición aplicables a los productos comprendidos en el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos de la OMC.
- Las aplicables a países no miembros de la OMC
- Otras de carácter comunitario²⁶⁹.

2.- Legitimación y Condiciones

Podrán solicitar este tipo de medidas las empresas que constituyan una proporción importante de la rama de la producción, quienes deberán acudir a la Secretaría General. Se requiere que las importaciones causen o amenacen causar daño, esto es, no es una medida solo de carácter correctivo, sino también preventiva²⁷⁰.

Para poder determinar si, en efecto, el incremento de las importaciones está causando o amenaza causar un daño, entre otros, estos factores serán importantes termómetros:

- El ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto de que se trate en términos absolutos y relativos.
- La parte del mercado absorbida por las importaciones en aumento.
- Cambios en el nivel de producción y ventas.
- La productividad, la utilización de la capacidad instalada y el empleo.

²⁶⁸ Decisión 452.

²⁶⁹ Artículo 2 de la Decisión 452.

²⁷⁰ Artículo 3 de la Decisión 452.

- Las ganancias o pérdidas²⁷¹.

La solicitud debe reunir con los siguientes requisitos:

“...a) Identificación (nombre, dirección, telefax, teléfono y dirección electrónica) de las partes interesadas conocidas. Las empresas productoras solicitantes deberán aportar información que permita establecer que constituyen proporción importante de la rama de la producción de la Comunidad Andina;

b) Descripción detallada del producto objeto de la solicitud y, de ser el caso, de sus productos similares o directamente competidores, clasificación arancelaria, características técnicas y usos; así como una breve descripción del proceso productivo, e identificación de sus principales insumos y materias primas, precisando su origen;

c) Información relativa al aumento de las importaciones comunitarias (volumen, precio y país de origen) del producto a ser investigado, tanto en términos absolutos, como en relación con el total de las importaciones y con la producción de la Comunidad Andina, para los treinta y seis últimos meses para los que se disponga de estadísticas;

d) Evidencias que permitan presumir la existencia de un daño grave o amenaza de daño grave causado por las importaciones del producto objeto de la solicitud, realizadas en los últimos treinta y seis meses, respecto de los cuales exista información disponible, tales como:

- Descripción del daño o amenaza de daño.

- Información mensual relativa a producción, ventas en el mercado comunitario y de exportación, capacidad instalada y utilizada, productividad, empleo, inventarios de las empresas productoras, exportadoras e importadoras, del producto o productos similares o directamente competidores.

- Estructura de costos de producción de las empresas productoras del producto o productos similares o directamente competidores, especificando la participación de los insumos y materias primas importados respecto del costo total.

²⁷¹ Artículo 5 de la Decisión 452.

- Estados de pérdidas y ganancias de las empresas productoras del producto o productos similar(es) o directamente competidor(es), incluyendo informe contable de la línea de producción de los referidos productos.
 - Precios mensuales del producto subregional y del importado.
 - Cualquier otra información que apoye la aplicación de la medida de salvaguardia.
- e) Cuando sea el caso, información sobre la amenaza de daño, conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la presente Decisión;
- f) Un programa de reajuste que razonablemente muestre la posibilidad de colocar a la rama de la producción de la Comunidad Andina en mejores condiciones de competitividad frente a las importaciones.

De solicitarse una medida de salvaguardia provisional, deberán adjuntarse a la solicitud los elementos que permitan presumir la existencia de circunstancias críticas en las que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable a la rama de la producción comunitaria.

Recibida la solicitud, la Secretaría General procederá a comunicarla a los Países Miembros²⁷².

3.- Duración

Podrán durar tres años prorrogables por tres más.

4.- Salvaguardia de Transición

Esta medida se refiere a los productos comprendidos en el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos de la OMC que no hayan sido integrados al GATT 1994. No serán tratadas porque solo estaban vigentes estas normas hasta el 31 de diciembre de 2004.

5.- Países no OMC

Se podrán aplicar medidas de esta naturaleza pero, en este especial caso, no serán aplicables las normas referente a: discriminación de la medida; consultas; notificaciones; países en desarrollo; liberalización de la medida; prórrogas; y, compensación comercial²⁷³.

²⁷² Artículo 11 de la Decisión 452

²⁷³ Artículo 54 de la Decisión 452.

CAPÍTULO III: MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN ALADI

En el marco de este Sistema de Integración encontramos dos tipos de salvaguardia, a saber: balanza de pagos global y la específica.

1.- Balanza de Pagos

1.1.- Generalidades, legitimación y condiciones

Como indicamos en similar medida en el capítulo precedente, se aplica ésta, cuando se quiere restringir importaciones, para corregir desequilibrios. Como ocurre con esta clase de medidas, la misma debe ser de carácter transitorio y no discriminatoria, conceptos que ampliamente hemos ya estudiado líneas atrás²⁷⁴.

Esta clase de medidas no podrá ser aplicada a países en vías de desarrollo y el lapso durante el cual puede ser aplicada es de un año, prorrogable por un año más, previa consulta a los demás países miembros.

“PRIMERO.- Los países miembros podrán aplicar medidas de salvaguardia, con carácter transitorio y en forma no discriminatoria, con la finalidad de suspender total o parcialmente el cumplimiento de los compromisos asumidos en cualquiera de los mecanismos del Tratado de Montevideo de 1980:

a) Siempre que fuera preciso restringir sus importaciones para corregir desequilibrios de su balanza de pagos global... ”²⁷⁵.

1.2.- Aprobación en Consulta

Aplicada la medida por el país importador, éste se encuentra obligado a notificar al Comité de Representantes, dentro de los siguientes siete días de fijada la medida. En la referida notificación, el país que aplicó la medida, está obligado a informar acerca de las mismas, así como, de la justificación de los elementos que llevaron a su aplicación, los cuales deberán determinar, que se produjo, en efecto, un desequilibrio en su balanza y, lo más importante, la incidencia que tiene la importación del producto castigado con la medida, en la perturbación en su balanza.

²⁷⁴ Título II, Capítulo I, 1.4.3. y 1.4.4.

²⁷⁵ Resolución No. 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

“...Con el objeto de facilitar la consulta a que se refiere el párrafo anterior, el país importador deberá suministrar a los demás países una descripción detallada de las medidas destinadas a corregir la situación planteada, así como los elementos de juicio que permitan apreciar el desequilibrio de su balanza de pagos global y la incidencia que la importación de los productos negociados pudiera tener sobre dicho desequilibrio...”²⁷⁶.

2.- Específica

2.1.- Generalidades, legitimación y condiciones

De igual forma se puede establecer esta clase de medida, a un producto específico, cuando éste se encuentre causando o amenace causar un perjuicio, a la rama de la producción nacional. Sobre este tema será importante tener en cuenta que las importaciones deben ser de tal naturaleza, que afecten, en efecto, directamente a la rama local, esto es, lo que tantas veces hemos ya mencionado, que la perturbación y/o el daño a la producción sea causa directa del incremento de las importaciones y no otro motivo.

“PRIMERO.- Los países miembros podrán aplicar medidas de salvaguardia, con carácter transitorio y en forma no discriminatoria, con la finalidad de suspender total o parcialmente el cumplimiento de los compromisos asumidos en cualquiera de los mecanismos del Tratado de Montevideo de 1980:

b) Cuando la importación de uno o varios productos originarios de la región se realice en cantidades o en condiciones tales, que cause o amenace causar perjuicios graves a los productores nacionales de mercaderías similares o directamente competitivas”²⁷⁷.

Esta medida podrá tener una duración de hasta un año, pudiendo ser prorrogada por un año más, bajo la premisa de que se iniciarán las negociaciones con los demás países, a efectos de fijar los términos bajo los cuales se mantendrá su aplicación.

“SEXTO.- Las cláusulas de salvaguardia invocadas de conformidad con lo establecido en el artículo primero, literal b) podrán tener un año de duración, pudiendo ser prorrogadas por un nuevo período, igual y consecutivo, en las condiciones previstas en el artículo octavo...”²⁷⁸.

²⁷⁶ Artículo CUARTO de la Resolución 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

²⁷⁷ Resolución 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

²⁷⁸ Resolución 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

“OCTAVO.- Siempre que el país importador estime necesario mantener la aplicación de las cláusulas de salvaguardia por un nuevo período de conformidad con lo establecido en el artículo sexto, deberá iniciar negociaciones con los restantes países signatarios con la finalidad de acordar los términos y condiciones en que continuará su aplicación. Dichas negociaciones se iniciarán con sesenta días de anticipación al vencimiento del plazo invocado originalmente, debiendo concluirse antes de su finalización. Su resultado será comunicado al Comité de Representantes.

Si existiera acuerdo entre las partes, las cláusulas de salvaguardia continuarán aplicándose en las condiciones que resulten del referido acuerdo. En caso contrario, el país importador podrá continuar aplicándolas por un nuevo período, asumiendo el compromiso de mantener el cupo establecido en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior hasta que finalice la prórroga o, en su defecto, iniciar los procedimientos para el retiro del producto objeto de la salvaguardia de conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo en que haya sido negociado. Tratándose del Acuerdo de Alcance Regional No. 4 que establece la preferencia arancelaria regional, el país importador deberá incluir dicho producto en sus respectiva lista de excepciones, sin que ellos signifique modificar los parámetros establecidos en el referido Acuerdo para la configuración de dichas listas”²⁷⁹.

A diferencia de otros procesos de integración, en este especialísimo caso, sí se permite la aplicación de esta clase de medidas, incluso a países en vías de desarrollo, si se comprueba que las perturbaciones se originan en importaciones de dichos países. No obstante, se definirá un cupo libre de salvaguardia. Esto aplica también, a todos los países a los que se aplique la medida, ya que no se puede afectar a las corrientes de comercio, por lo que igualmente se deberá fijar un cupo libre de salvaguardia. Este cupo puede ser en volumen o en valor.

2.2.- Aprobación en Consulta

Al igual que en el caso de la medida que se aplique por desequilibrios en balanza de pagos, en este caso, también debe ser informada la aplicación de la misma al Comité de Representantes, con las justificaciones de rigor.

3.- Irretroactividad de la medida

Las medidas de salvaguardia aplicables al amparo de la Resolución 70, esto es, a las que nos referimos en el presente capítulo, tienen unas características muy espe-

²⁷⁹ Resolución 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

ciales, no encontradas en otras normas similares, cual es la de que, aplicada la medida, ésta no afecta a las mercaderías embarcadas a la fecha de su adopción. Veamos por qué.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley Orgánica de Aduanas, los tributos aplicables a la importación de un producto, son los vigentes a la fecha de su Declaración a Consumo, es decir, al momento de nacionalizar la mercadería. Por lo que si, por ejemplo, el día 9 de octubre de 2005, se aplica una medida de salvaguardia y el producto fue embarcado, el 6 de octubre, mal podría, una vez que llegue el producto al Ecuador, que puede ser mucho después del 9 de febrero, ser aplicable el recargo arancelario de la medida de salvaguardia, una vez que se haga la declaración a consumo. Veamos que dice el texto del artículo 15 de la Ley Orgánica de Aduanas citado:

“Art. 15.- Los impuestos al comercio exterior aplicables para el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera son los vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo.

Con sujeción a los Convenios Internacionales y cuando las necesidades del país lo requieran, el Presidente de la República, mediante Decreto y previo dictamen favorable del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI, establecerá, reformará o suprimirá los aranceles, tanto en su nomenclatura como en sus tarifas”²⁸⁰.

De la lectura de la norma citada, podría entenderse que, en efecto, los impuestos aplicables son los de la declaración a consumo, pero podría ser injusto que un empresario (grande, mediano o pequeño, esto es lo de menos) cierre una negociación, conociendo que la importación de determinado producto le costará US \$10.00 por tonelada y que, una vez llegado el mismo al país, efecto de la aplicación de la medida, le cueste US \$ 10.35. Esto es muy diferente de los normales incrementos de impuestos²⁸¹ que se dan en nuestro país. Digamos que el día de mañana el Impuesto al valor Agregado sube de 12% a 16%, pues cuando hagamos nuestras adquisiciones sabremos que es del 16%, pero cuando instrumentamos una importación, cuyo trayecto puede demorar un par de meses, conociendo que el arancel es por ejemplo 5%, si resulta un problema que al llegar al país ya no sea sino de 7.5%. En buena hora, insisto, solo la normativa ALADI, estableció en forma inteligente, que esta medida no podría aplicar si el producto fue ya embarcado. Que dice su texto.

²⁸⁰ Ley Orgánica de Aduanas.

²⁸¹ No obstante, en el Proyecto de Ley que proponemos, establecemos la seguridad jurídica tributaria, al indicar que los tributos a liquidar en una nacionalización de mercaderías serán los vigentes al momento de embarque de la misma, salvo que el cambio o reforma favorezca al importador.

“UNDÉCIMO.- La aplicación de las cláusulas de salvaguardia previstas en el presente capítulo no afectará las mercaderías embarcadas a la fecha de su adopción...”²⁸².

En mi experiencia profesional en el área del comercio exterior y la integración, tuve un caso muy similar. El COMEXI aplicó una medida de salvaguardia a las oleaginosas y, el producto, no sólo que ya había sido embarcado, sino que ya había llegado al Puerto Marítimo en el Ecuador. La autoridad aduanera quería liquidar los impuestos aplicables a la importación, incluyendo la medida de salvaguardia. Tuve que acudir al COMEXI y obtener una Resolución interpretativa, en el sentido de que la medida dictada no podría ser aplicable a esta importación. En buena hora la autoridad aduanera aceptó la nueva Resolución del COMEXI. De lo contrario me hubiera tocado pagar y luego iniciar un Reclamo de Pago Indebido e inclusive ir al Tribunal Distrital de lo Fiscal. Hoy quizás me hubiera pasado eso, ya que tengo otro caso en que la autoridad aduanera no quiere entender o no entiende lo referente a normas de origen y no acepta que un producto producido en uno cualquiera de los países de la CAN mantienen su origen, así venga de un tercer país. Es más, hay norma expresa que lo permite, pero tozudamente la autoridad aduanera, en base a algún informe de un limitado abogado, detiene esto en forma poco inteligente.

4.- Supletoriedad de la Resolución 70

Importante es indicar, que las normas establecidas en la Resolución 70 son de carácter supletorio. Y, prevalecerán sobre éstas, las que los países negocien en Acuerdos de Alcance Parcial.

“DECIMOTERCERO.- El presente régimen se aplicará con carácter general a los acuerdos de alcance regional que se celebren a partir de la presente Resolución y tendrá carácter de supletorio respecto de los acuerdos de alcance parcial en los que no se adopten normas específicas en materia de cláusulas de salvaguardia, salvo decisión en contrario de sus signatarios”²⁸³.

²⁸² Resolución No. 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia.

²⁸³ Resolución No. 70 de ALADI, Régimen Regional de Salvaguardia

CAPÍTULO IV: MEDIDAS DE SALVAGUARDIA Y/O RESTRICTIVAS DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

1.- Principio de Intercambio Comercial y Excepciones a la Regla

Como hemos estudiado en el presente trabajo²⁸⁴, siempre, el Tratado de Libre Comercio y/o un Bloque de Integración, lo que busca es la eliminación de barreras y un mayor impulso del comercio. En este punto, el GATT, ha establecido, si bien la posibilidad de que se apliquen medidas de salvaguardia, un primer principio es el de “Eliminación General de las Restricciones Cuantitativas”, esto es, que solo en temas muy especiales, se puedan imponer restricciones.

Veamos:

“Artículo XI Eliminación general de las restricciones cuantitativas

- 1.- 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 sea aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.
- 2.- Las disposiciones del párrafo uno de este artículo no se aplicarán a los siguientes casos:
 - a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora;
 - b) Prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional;
 - c) Prohibiciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cualquiera que sea la forma bajo la cual se importe éste, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto:

²⁸⁴ Título I, Capítulo I, 9.

- i. restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser sustituido directamente por el producto importado; o,
- ii. eliminar un sobrante temporal del producto nacional o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser sustituido directamente por el producto importado, pendiendo este sobrante a la disposición de ciertos grupos de consumidores del país, gratuitamente o a precios inferiores a los corrientes en el mercado; o,
- iii. restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en su totalidad o en su mayor parte, del producto importado, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.

Toda parte contratante que imponga restricciones a la importación de un producto en virtud de las disposiciones del apartado c) de este párrafo, publicará el total del volumen o del valor del producto cuya importación se autorice durante un período ulterior especificado, así como todo cambio que se produzca en ese volumen o en ese valor. Además, las restricciones que se impongan en virtud del inciso 1 anterior no deberán tener como consecuencia la reducción de la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones. Al determinar esta relación, la parte contratante tendrá en cuenta la proporción o la relación existente durante un período representativo anterior y todos los factores especiales que hayan podido o puedan influir en el comercio del producto de que se trate²⁸⁵.

Insisto, como verán, la primera premisa es no detener el comercio pero, en la normativa OMC, existen dos diferentes tipos de salvaguardias, a las que podríamos calificar como generales, en virtud de la cual se puede restringir el paso de productos, éstas son: 1.- Balanza de Pagos; 2.- Específica; y, 2.- Ayuda para Desarrollo Económico.

²⁸⁵ GATT.

2.- Generalidades, Legitimación y Condiciones

Encontramos en esta clase de medidas, los dos requisitos principales, que siempre deben darse, para que se pueda aplicar, estos son: incremento de las importaciones en condiciones que causen o amenacen causar daño; y, la no discriminación, esto es, se aplica la medida independientemente del país del cual provenga el producto. Y, como consecuencia de estas dos, hay una tercera, cual es la relación causa efecto entre ellas. Es decir, el daño que sufra la rama de la industria local, deberá ser generado por el incremento en las importaciones, tal como lo hemos comentado con insistencia en capítulos anteriores.

Un tema muy importante que trata la normativa OMC es que, no solo es considerado miembro un país, sino una unión aduanera, cosa que no sucede en otros de los casos que estamos estudiando, lo cual es correcto, ya que, tomando en cuenta que la OMC es el mayor acuerdo comercial y, dentro de ésta, se encuentran otros bloques (CAN, UE, ALADI, CARICOM, etc...) es correcto que llegado un momento sea una unión aduanera²⁸⁶ la que quiera aplicar este tipo de medidas y no sólo un país:²⁸⁷

“Artículo 2

Condiciones

1.- Un miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce similares productos o directamente competidores.

2.- Las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda”²⁸⁸.

²⁸⁶ Quizás la principal característica de una unión aduanera es que los países que integran la misma tiene un Arancel Externo Común. Por ejemplo la CAN.

²⁸⁷ Una unión aduanera podrá aplicar una medida de salvaguardia, como entidad única o en nombre de un Estado miembro. Cuando una unión aduanera aplique una medida de salvaguardia como entidad única, todos los requisitos para la determinación de la existencia o amenaza de daño grave de conformidad con el presente Acuerdo se basarán en las condiciones existentes en la unión aduanera considerada en su conjunto. Cuando se aplique una medida de salvaguardia en nombre de un Estado miembro, todos los requisitos para la determinación de la existencia o amenaza de daño grave se basarán en las condiciones existentes en este Estado miembro y la medida se limitará a éste. Ninguna disposición del presente Acuerdo prejuzga la interpretación de la relación que existe entre el artículo XIX y el párrafo 8 del artículo XXIV del GATT DE 1994.

²⁸⁸ Acuerdo OMC sobre salvaguardias.

3.- Requisitos y características generales de las medidas de salvaguardia

3.1.- Daño inminente o amenaza de daño

Una característica muy importante, dentro del estudio de las medidas de salvaguardia, en el presente caso (OMC) es que no solamente se puede solicitar la aplicación de esta clase de medidas, una vez que el daño esté causado. No, la misma puede ser aplicada, así las circunstancias que se encuentran presentes en la distorsión comercial, sean potenciales. Lo cual es plenamente válido y correcto, porque este tipo de medidas no solo debe de ser correctiva, sino y quizás lo más importante, preventiva²⁸⁹.

Aquí volvemos a pensar en lo que sucede con las importaciones simuladas. Puede ser que, en efecto exista daño, pero a lo mejor al ser simulada la importación, las condiciones para la aplicación de este tipo de medidas no se dan en forma expresa y directa, por lo que siempre será necesario que el estudio del órgano encargado de determinar si existen o no los presupuestos sean realmente profundos. Y, en el caso, de que la autoridad competente diga que sólo puede aplicar este tipo de medidas, si los presupuestos son claros (no simulados) pues deberá reformarse la normativa²⁹⁰, a efectos de que estas distorsiones comerciales, puedan ser en efecto correcta y válidamente corregidas.

En el apartado 1.4.2. hemos hecho referencia al daño pero, como en este especial caso, el concepto de amenaza es importante, transcribimos la parte pertinente de la normativa legal aplicable:

“b) se entenderá por amenaza de daño grave la clara inminencia de un daño grave, de conformidad con las disposiciones del párrafo 2. La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas...”²⁹¹.

Y, que es lo inminente:

“...Que amenaza o está para suceder prontamente...”²⁹².

Esto es, se trata de un peligro realmente cierto y que está por darse, por ejemplo:

²⁸⁹ Ver artículo 2.1. del Acuerdo sobre salvaguardias de la OMC copiado en el punto 4.2. de este capítulo.

²⁹⁰ En la presente obra ofrecemos como valor agregado especial, un proyecto de “Ley de Prácticas Restrictivas al Comercio”.

²⁹¹ Artículo 4.1. del Acuerdo Sobre Salvaguardias de la OMC.

²⁹² Diccionario De La Real Academia De La Lengua Española; vigésima segunda edición.

- Que un país vecino o no, esté desarrollando una actividad industrial en forma agresiva y que elabore productos, que tradicionalmente o no, se estén importando en el Ecuador.
- Que un país vecino o no, haya dictado políticas de incentivo a las exportaciones y que elabore productos, que tradicionalmente o no, se estén importando en el Ecuador.
- La celebración de acuerdos comerciales con países con los que no existía dicho nexo y que se encuentren en los presupuestos anteriores.
- La existencia de contenedores listo para embarque, en el país o puerto de origen y que dicha exportación esté destinada al Ecuador.
- En fin, cualquier hecho cierto que se considere una amenaza.

3.2.- Relación causa efecto

Como hemos estudiado a lo largo de esta obra, el detrimento a la rama de la producción nacional²⁹³, tiene que estar vinculada en forma directa, con la importación. Esto es, no puede ser que, la industria local se encuentre afectada, por ejemplo por:

- Tasa de interés
- Alto costo de energía eléctrica
- Problemas laborales
- Mal manejo administrativo-financiero
- Contrabando
- Control de precios
- Etc.

El problema de la industria, debe ser, consecuencia de las importaciones, esto es, un problema de índole estrictamente de comercio exterior. Y, aquí es importante, que quede claro, que el contrabando, no entra en este tipo, porque no se trata de un problema de comercio exterior, sino aduanero.

Esta premisa ha sido estudiada abundantemente en diversos párrafos en la presente obra.

²⁹³ "...Para determinar la existencia de daño, se entenderá por rama de la producción nacional el conjunto de los productores de los productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Miembro o aquellos cuya producción conjunta de productos similares o directamente competidores constituya una proporción importante de la producción nacional total de esos productos...". Artículo 4.1. c) del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

3.3.- Fijación de contingente

Como lo estudiamos en párrafos anteriores²⁹⁴, siempre, se debe de respetar la corriente de comercio y no aplicar medidas de esta naturaleza que sean tan drásticas que se eliminen las importaciones. Esto es, la medida correctiva, no podrá ser tal, que lo que se consiga es que se elimine la importación del producto al cual se quiere aplicar la salvaguardia, sino, única y exclusivamente, la regulación de dicha importación, a través de los mecanismos que la ley establece para administrar el comercio. Por lo tanto, salvo que el daño sea de tal envergadura que requiera una protección especial, se deberán respetar los promedios de las importaciones de los últimos tres años y, sobre el excedente, se aplicaría la medida de salvaguardia.

“Artículo 5

Aplicación de medidas de salvaguardia

1. Un Miembro sólo aplicará medidas de salvaguardia en la medida necesaria para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Si se utiliza una restricción cuantitativa, esta medida no reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un período reciente, que será el promedio de las importaciones realizadas en los tres últimos años representativos sobre los cuales se disponga de estadística, a menos que se dé una justificación clara de la necesidad de fijar in nivel diferente para prevenir o reparar el daño grave. Los miembros deberán elegir las medidas más adecuadas para el logro de estos objetivos²⁹⁵.

3.4.- Medidas provisionales

Puede darse el caso que la demora en las investigaciones que tiene que darse, previo a la aplicación de una medida de salvaguardia sea tal, que el daño pueda ser irreversible o que, por la naturaleza de la investigación, torne no ágil la obtención de información, en ese caso, al momento de abrir el proceso de investigación, puede la autoridad competente (de la experiencia nacional el Consejo de Comercio Exteriores e Inversiones COMEXI, previo informe favorable del Subsecretario de Comercio Exterior),²⁹⁶ disponer la aplicación de medidas de salvaguardias provi-

²⁹⁴ Título II. Capítulo I, 1.4.6.

²⁹⁵ Artículo 5.1. del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

²⁹⁶ El texto del literal j) del artículo 11 de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones dice: “...Son deberes y atribuciones del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI: j) Imponer temporalmente derechos compensatorios, anti-dumping o aplicación de medidas de salvaguardia para corregir prácticas desleales y situaciones anómalas en las importaciones que lesionen a la producción nacional con observancia de las normas y procedimientos de la OMC...” El texto del artículo 330 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003 dice: “Publicaciones: Si procede el inicio de la investigación, la autoridad

sionales al tiempo de iniciar el proceso de investigación²⁹⁷. E, importante es indicar, que se pueden dar dos presupuestos:

- Que luego de la investigación se determine que no cabe la aplicación de medidas de salvaguardia definitivas. En este caso, la autoridad aduanera (en nuestro caso la Corporación Aduanera Ecuatoriana) deberá devolver al importador lo cobrado por la medida provisional;
- Que luego, en efecto, se establezca una medida de salvaguardia definitiva, pero que sea menor a la provisional. Sucede lo mismo que en el presupuesto anterior; y,
Que se dicte una medida de salvaguardia definitiva superior a la provisional. Pero, en este caso, no tendrá derecho la autoridad aduanera al cobro de la diferencia, porque mal puede tener efecto retroactivo la medida de salvaguardia definitiva.

“Artículo 6

Medidas de salvaguardia provisionales

En circunstancias críticas, en las que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable, un Miembro podrá adoptar una medida de salvaguardia provisional en virtud de una determinación preliminar de la existencia de pruebas claras de que el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave. La duración de la medida provisional no excederá de 200 días²⁹⁸, y durante ese período se cumplirán las prescripciones pertinentes de los artículos 2 a 7 y 12. Las medidas de esa índole deberán adoptar la forma de incremento de los aranceles, que se reembolsarán²⁹⁹ con prontitud si en la investigación poste-

investigadora procederá a publicar en el Registro Oficial la resolución de apertura de la investigación expedida por el Subsecretario de Comercio Exterior e Integración del MICIP, igual procedimiento deberá seguirse cuando, la autoridad investigadora llegue a establecer medidas provisionales y definitivas. Además, dichas resoluciones se publicarán en un diario de amplia circulación en el Ecuador, a fin de que puedan informarse todos los interesados”.

²⁹⁷ Resolución del COMEXI número 205, publicada en el Registro Oficial número 159, correspondiente al 1 de septiembre de 2003.

²⁹⁸ El texto del artículo 324 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003 dice: “...De su duración.- Las medidas de salvaguardia provisionales tendrán una duración máxima de 200 días y podrán ser suspendidas antes de su fecha de expiración, solamente en el caso de que se haya expedido la resolución definitiva”.

²⁹⁹ El texto del artículo 325 del Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo No. 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003 dice: “...Monto.- El monto de las medidas provisionales deberá ser cancelado por el importador, o garantizado su pago, mediante depósito en efectivo o fianza.

rior a que se refiere el párrafo 2 del artículo 4 no se determina que el aumento de las importaciones ha causado o amenazado causar un daño grave a una rama de producción nacional. Se computará como parte del período inicial y de las prórrogas del mismo a que se hace referencia en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 7 la duración de esas medidas provisionales”³⁰⁰.

“Art. 322.- De las medidas provisionales.- Durante el trámite de la investigación y en circunstancias críticas en la que cualquier demora entrañaría un perjuicio grave, se podrá aplicar una medida de salvaguardia provisional; para lo cual la autoridad investigadora, elaborará un informe técnico preliminar que contenga todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que permitan evaluar la pertinencia de la aplicación de la medida y su posible impacto sobre el mercado doméstico.

Dicho informe preliminar se basará en la existencia de pruebas claras de que el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave a la producción nacional y será presentado con la recomendación respectiva al COMEXI para la aprobación correspondiente. La medida provisional deberá ser adoptada mediante resolución del COMEXI, dentro de los quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha en que la autoridad investigadora haya presentado su recomendación”³⁰¹.

3.5.- Medidas Definitivas y su duración

Como hemos estudiado, con las investigaciones hechas, se llega a la conclusión inequívoca de que existe una afectación al comercio, se deberán aplicar las medidas definitivas, las cuales podrán ser de índole cuantitativo y/o cualitativo. Esto es, podrán consistir en la fijación de un contingente o en la aplicación de una tarifa Ad-Valorem sobre el arancel.

Las indicadas medidas podrán tener una duración de 4+4+2. Esto es, el tiempo de duración de la salvaguardia será de cuatro años, prorrogables por cuatro más y en

Cuando una medida de salvaguardia definitiva sea superior a la medida provisional que se hubiere pagado o afianzado, no habrá lugar al cobro del excedente. En caso de que fuere menor, se procederá a la devolución de los derechos provisionales recaudados en exceso del monto fijado por una medida definitiva.

En el supuesto que no se estableciera una medida de salvaguardia definitiva, se ordenará con prontitud la devolución de la totalidad del monto pagado o se devolverá a los importadores la fianza otorgada por el monto de los derechos provisionales impuestos...”

³⁰⁰ Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

³⁰¹ Texto Unificado de Legislación del MICIP. Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial 744, del 14 de enero de 2003.

tratándose de países en desarrollo (cuando son ellos los que la solicitan no a ellos a quienes se les aplica) dos años adicionales. Por supuesto, la duración de la medida siempre va ligada con la causa de la misma. Es decir, que si llegado un momento, el motivo que dio origen a la aplicación de la misma, deja de existir antes de estos 4+4+2 deberá la misma quedar sin efecto.

De igual forma, no podrá aplicarse una medida de salvaguardia, cuando se traten de países en vía de desarrollo y la importación sea ínfima.

“Artículo 7

Duración y examen de las medidas de salvaguardia

...1.- Un miembro aplicará medidas de salvaguardia únicamente durante el período que sea necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Este período no excederá de cuatro años, a menos que se prorrogue de conformidad con el párrafo 2.

2.- Podrá prorrogarse el período mencionado en el párrafo 1 a condición de que las autoridades competentes del Miembro importador hayan determinado, de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 2, 3,4 y 5 que la medida de salvaguardia sigue siendo necesaria para prevenir o reparar el daño grave y que hay pruebas de que la rama de la producción está en proceso de reajuste. Y a condición de que se observen las disposiciones pertinentes de los artículos 8 y 12.

3.- El período total de aplicación de una medida de salvaguardia, con inclusión del período de aplicación de cualquier medida provisional, del período de aplicación inicial y de toda prórroga del mismo, no excederá de ocho años³⁰².

“Artículo 9

Países en desarrollo Miembros

1.- No se aplicarán medidas de salvaguardia contra un producto originario de un país en desarrollo Miembro cuando la parte que corresponda a éste en las importaciones realizadas por el Miembro Importador del producto considerado no exceda del 3 por ciento, a condición de que los países en desarrollo Miembros con una participación en las importaciones menor del 3 por ciento no representen en conjunto más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto en cuestión.

³⁰² Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

2.- Todo país en desarrollo Miembro tendrá derecho a prorrogar el período de aplicación de una medida de salvaguardia por un plazo de hasta dos años más allá del período máximo establecido en el párrafo 3 del artículo 7. No obstante lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 7³⁰³, un país en desarrollo Miembro tendrá derecho a volver a aplicar una medida de salvaguardia a la importación de un producto que haya estado sujeto a una medida de esa índole, adoptada después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, después de un período igual a la mitad de aquel durante el cual se haya aplicado anteriormente tal medida, a condición de que el período de no aplicación sea como mínimo de dos años³⁰⁴.

3.6.- Negociaciones y Consultas

Al igual que en otros cuerpos normativos, se debe de proceder a notificar al Comité de Salvaguardias³⁰⁵ de la OMC, no sólo la aplicación de esta clase de medidas, sino inclusive, la apertura de una investigación y hasta la aplicación de medidas provisionales. El Comité determinará lo pertinente.

“...1.- Todo Miembro hará inmediatamente una notificación al Comité de Salvaguardias cuando:

- a) Inicie un proceso de investigación relativo al daño grave o a la amenaza de daño grave y a los motivos del mismo;
- b) Constate que existe daño grave o amenaza de daño grave a causa del aumento de las importaciones; y,
- c) Adopte la decisión de aplicar o prorrogar una medida de salvaguardia...”.

³⁰³ “...No volverá a aplicarse ninguna medida de salvaguardia a la importación de un producto que haya estado sujeto a una medida de esa índole, adoptada después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, hasta que transcurra un período igual a aquel durante el cual se haya aplicado anteriormente tal medida, a condición de que el período de no aplicación sea como mínimo de dos años...”.

³⁰⁴ Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

³⁰⁵ El texto del artículo 13 del Acuerdo Sobre Salvaguardias de la OMC dice “1. En virtud del presente acuerdo se establece un Comité de Salvaguardias, bajo la autoridad del Consejo del Comercio de Mercancías, del que podrán formar parte todos los Miembros que indiquen su deseo de participar en él...”. Este Comité tiene funciones de vigilancia.

TÍTULO III: COMENTARIO RESPECTO DE LA PRELACIÓN DE LOS TRATADOS SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.- Supremacía Constitucional

Como comentamos líneas atrás, existe en mi criterio, una inadecuada interpretación, en el sentido de que los Tratados y/o Convenios Internacionales (entre los que se encuentran las Decisiones de la CAN) están por encima de la Constitución. Esto, ha hecho, que no solo otros autores, sino magistrados (Tribunal Andino de Justicia) digan, cada vez y cuando, que existe una preeminencia de los indicados actos normativos lo cual, por lo menos en el Ecuador, no se puede dar.

La Constitución de nuestro país, en su artículo 163, en forma expresa, determina el nivel de gradación que tienen los Tratados Internacionales, cuál es, el de prevalecer incluso sobre nuestras leyes. No dice, en ninguna parte de la Constitución, que estos Tratados prevalecen sobre ésta.

“Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados³⁰⁶ en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

Por su parte, el artículo 272 de la Constitución dice:

“Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones”.

Las dos normas citadas, son las que establecen la gradación (pirámide de Kelsen) de las normas en el Ecuador y ninguna de ellas hace referencia a que un Tratado y/o Convenio Internacional está por encima de la Constitución. Es más, tanto un Tratado y/o Convenio Internacional no están por encima de la Constitución que, previo a su aprobación, se requiere un dictamen del Tribunal Constitucional; ¿y, para que se requiere un dictamen? Pues para conocer si el Tratado y/o Convenio a aprobar guarda o no relación con la Constitución ¿y, cuándo es importante la jerarquía de las normas? Solo cuando existe contradicción. Y, tanto no puede estar por encima de nuestra Constitución un Tratado que, en el caso de que se requiera

³⁰⁶ Se usa en forma equivocada la palabra promulgación, lo correcto es publicación. Promulgar es el acto por el cual el Presidente de la República sanciona una ley.

una reforma constitucional para que sea aprobado un Tratado, primero debe darse la reforma y luego la aprobación. Esto ratifica que la Constitución prevalece hasta sobre los Tratados.

“Art. 162.- La aprobación de los Tratados y Convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un Tratado o Convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”³⁰⁷.

Sin perjuicio del breve análisis jurídico hecho, el Tribunal Andino de Justicia, ha expedido, de tiempo en tiempo, algunos fallos en el sentido de que las Decisiones de la CAN están por encima de cualquier norma de carácter local, entre otros argumentos, en base a una disposición que obliga a los países a no expedir actos normativos contrarios a los de la CAN lo cual, es perfectamente válido en tratándose de leyes y normas inferiores, pero, por ningún concepto, respecto de la Constitución. Una disposición en la que se basa el Tribunal Andino de Justicia es el artículo 4 de la Decisión 472 que dice:

“Art. 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación”.

Insisto, esta disposición no puede ser válida para nuestra Constitución. Si para leyes y normas de inferior jerarquía y, de darse el caso, el Ecuador podría ser objeto de una acción de incumplimiento por parte de la Secretaría General de la CAN o de un País Miembro si expide una norma que vaya en contar de una Decisión.

Respecto a la supremacía de la norma comunitaria sobre la legal nacional (principio con el que sí estamos de acuerdo) existen muchos fallos del Tribunal Andino de Justicia, a saber:

“...No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho

³⁰⁷ Constitución Política de la República del Ecuador.

interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas pecuniarías de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay –se ha dicho– una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (“preemption”). La norma interna, sin embargo, podrá continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él...”³⁰⁸.

“...Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de éstas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias a favor del derecho de integración”. Asimismo, en la citada sentencia se dice: “En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria”...”³⁰⁹. Este principio de desplazamiento de la norma nacional como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior –que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales del derecho– es precisamente la norma comunitaria...”³⁰⁹.

“...Sostuvo el Tribunal en el mencionado Proceso No. 2-IP-90, Gaceta Oficial No. 69 del 11 de octubre de 1990, lo siguiente: “El Derecho de la Integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros ...”. El legislador queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Común vigente en su territorio así sea con el pretexto de

³⁰⁸ Proceso No. 2-IP-88. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

³⁰⁹ Proceso No. 5-IP-89. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II.

reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ... El Derecho de la Integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan solo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias...” “...Los Países Miembros, en consecuencia, conservan su competencia para legislar en esta materia, sobre aspectos no regulados por el Derecho de la Integración, o para desarrollar o complementar los que no hayan sido regulados de modo exhaustivo, según se ha señalado en la parte motiva de esta sentencia...”³¹⁰.

“... Analizadas así la demanda y las normas que se piden sean interpretadas perjudicialmente, debemos en primer lugar partir del hecho, de que el ordenamiento jurídico de la integración andina, prevalece sobre las normas internas de cada uno de los países, entendiéndose sin embargo que la prevalencia se materializa cuando las normas internas van en contraposición de las normas comunitarias ...”³¹¹.

“...Por lo que se entiende mutatis mutandis que no sólo tienen vigencia las normas nacionales ya existentes –siempre que no contradigan a la Decisión 344- sino que también, las normas a dictarse deberán guardar esa misma armonía y unidad jurídica, no sólo porque se trata de la voluntad del legislador andino expresada en el “Régimen Común”, sino también porque éste emerge por imperio del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y porque los países signatarios de él, se han comprometido por imperio del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal Andino a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo y asimismo, se han comprometido a no adoptar, ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Este Tribunal Comunitario ha sido minucioso en el análisis de las relaciones entre el ordenamiento jurídico andino y el derecho interno de los países. El efecto directo de la norma comunitaria, su preeminencia sobre el derecho nacional de los Países Miembros, la obligatoriedad en la aplicación de los fallos de este Tribunal y la complementariedad entre una y otro han sido objeto de examen, a guisa de ejemplo, en las sentencias 1-IP-87 del 3 de diciembre de 1987, 2-IP-88, 5-IP-89, 2-IP-90 y 3-IP-94, recogidas en lo esencial por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, entre otros, en fallos de septiembre 1 de 1988 y febrero 7 de 1991 y por el Consejo de Estado

³¹⁰ Proceso No. 3-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

³¹¹ Proceso No. 5-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

del mismo país, entre otros, en fallos de septiembre 9 de 1988, mayo 11 de 1990, febrero 7 de 1991 y abril 3 de 1992.

De esta forma se ha logrado establecer una estrecha relación entre el Tribunal Comunitario y las jurisprudencia de los más altos tribunales colombianos que coinciden en otorgar al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la capacidad de regir la conducta de los países comprometidos en asuntos de interés común, fundamentales para el desarrollo de la actividad económica, y a su función de aplicarse en forma directa en el orden interno por encima del derecho nacional. Asimismo se ha reconocido por el mencionado Consejo de Estado, la obligación de los Países Miembros de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y de abstenerse de aplicar o probar cualquier medida de derecho interno que esté en contradicción con el mismo. Como consecuencia de lo anterior, la alta jurisdicción colombiana ha reconocido el carácter obligatorio de las sentencias de interpretación prejudicial del Tribunal para el juez nacional, conforme al mandato del artículo 31 de su Tratado de Creación...³¹².

“...Desde la interpretación prejudicial 1-IP-87 y posteriormente en la 2-P-88, sentadas en vigencia del artículo 84 de la Decisión 85 (equivalente al 144 de la Decisión 344 hoy vigente) este Tribunal reconoció el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países y en la segunda de ellas señaló que “en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que ... la norma interna resulta inaplicable”. Resaltó además el Tribunal la claridad del principio de preeminencia cuando la ley anterior comunitaria es precisamente norma superior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho; advirtiendo sin embargo que ello no implica la derogatoria de la una sobre la otra, sino que lleva la inaplicabilidad de la primera en la medida en que resulte incompatible con las disposiciones del derecho comunitario.

El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del “complemento indispensable”, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados

³¹² Proceso No. 6-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión “régimen común sobre tratamiento” que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. Como lo ha dicho el Tribunal en la interpretación del artículo 84 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (caso 2-IP-88), no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria “o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella”, debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión Comunitaria ...”³¹³.

“... Si bien es cierto que en este artículo se establece el Principio de Prevalencia de la norma comunitaria, debemos tener en cuenta como consustancial al derecho comunitario la “prevalencia” sobre el derecho interno de los Estados Miembros, asunto que reiteradamente ha sostenido este Tribunal en virtud de lo cual torna en inaplicable la norma interna, en tanto cuanto, colisione o modifique el texto del derecho de la integración, cuya configuración queda definida de otra parte, en el artículo 1 del mencionado Tratado de creación del Tribunal y, que concuerda con el artículo 6 del Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, que a su vez establece el principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: “La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia”. Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industrias de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones.

El Tribunal como garante de la institucionalidad jurídica-administrativa de la integración, tiene la obligación de vigilar los actos ilegítimos o la desviación de las normas, porque el Acuerdo de Cartagena existe como Comunidad supranacional de derecho y el Tribunal está en la obligación de establecer la nulidad que nace de la ilegalidad de un acto, o de la violación del Tratado.

Tampoco era y es concebible que frente al silencio de la norma, los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con el artículo 84 de la Decisión 85, puedan establecer válidamente requisitos adicionales a los contenidos en los artículos 56 y 58 de dicha Decisión para el registro de marca de cualquier clase de productos, ni señalar causales adicionales de cancelación de un registro, distintas a las establecidas en los artículos 76 y 77 de la

³¹³ Proceso No. 10-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

citada Decisión. En la sentencia de este Tribunal en el caso Cavellier-Corte Suprema Colombiana (Proceso No. 2-IP-88, publicado en la Gaceta Oficial No. 33 de 26 de julio de 1988), se dijo además que: “Pretender hacerlo sería contrario al derecho comunitario”...³¹⁴.

“...En cuanto a la remisión que hace la norma del artículo 66 a la legislación nacional como complementaria del Derecho Comunitario, debe entenderse que su aplicación es obligatoria en tanto no contradiga disposición alguna de la Decisión 85, y a quien corresponde precisar si se ha cumplido o no con ésta es al juez nacional, por las razones y motivos analizados en párrafos anteriores...”³¹⁵.

“...Finalmente diremos que el Tribunal no puede prejuzgar de hecho la solución final que se dará a un litigio por el juez nacional, salvo recordarle al juez que es a él a quien corresponde, en el caso de incompatibilidad entre el Derecho nacional y el comunitario, declarar que debe prevalecer este último...”³¹⁶ (lo subrayado es mío).

2.- Obligatoriedad o no de publicación en el Registro Oficial

El Derecho de la Integración es un derecho nuevo, ágil, comercial y de desarrollo; es por eso que, la vigencia de dichas normas, depende ya no de un poder interno (Congreso Nacional) sino de un órgano legislativo (La Comisión) el cual, por delegación, ha asumido la capacidad legislativa en ciertos ámbitos que tienen más bien relación a temas de carácter comercial. Por lo menos a esta fecha ya que, de seguir avanzando el proceso de integración andina, podría llegar a ser una verdadera Unión Económica en la que se legisle sobre temas de mayor importancia como: moneda común, unidad fiscal, políticas macroeconómicas, etc.

Esto, es decir, el principio de aplicabilidad directa, nace de lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 472 cuyo texto dice:

“Art. 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.”

³¹⁴ Proceso No. 5-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

³¹⁵ Proceso No. 4-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

³¹⁶ Proceso No. 9-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

En virtud de este principio, no se requiere que una Decisión de la CAN por ejemplo pase por el Congreso, ya que, dicho acto normativo, emana ya de un órgano legislativo y mal podría ser necesario que vaya nuevamente a otro órgano legislativo como sería el Congreso Nacional.

Respecto de los demás tratados y/o Convenios que no sean las Decisiones de la CAN, no hay duda y deben ser publicados en el Registro Oficial. Existe innumerable jurisprudencia en el sentido anotado. Veamos:

“...Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 –en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sea aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en casa País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obligan a los Países Miembros adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado...”³¹⁷.

“...La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

³¹⁷ Proceso No. 1-IP-87. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria “como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno”.

Para el derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma “goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio”.

El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla”.

El mismo Tratadista al referirse al principio de aplicabilidad directa del derecho comunitario ha dicho: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propios sistemas de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”.

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocido a partir de la sentencia Van & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa *“significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esa manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario”*.

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de

Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)”.

En conclusión, las resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares...³¹⁸ (lo subrayado es mío).

Nota: Se ha omitido intencionalmente el estudio del Derecho de los Tratados, por no ser motivo de la presente obra.

³¹⁸ Proceso No. 30-AI-96. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo VI.

BIBLIOGRAFÍA

1. BOIXAREU CARRERA, Ángel y CARPI BADÍA, Joseph, *El Tratado de Amsterdam*, Editorial Bosch S.A. , Barcelona 2000.
2. CHUECA SANCHO, Ángel, *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 1999.
3. CORRIENTE CÓRDOBA, José A, *Derecho Internacional Público*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
4. Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, tomos I - XII.
6. REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO, editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Vols. I, II y III.
7. TIRADO ROBLES Carmen, *La Competencia Judicial en la Unión Europea*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 1995.
8. www.wto.org/indexsp.htm
9. www.europa.eu/index_es.htm
10. www.comunidadandina.org
11. www.aladi.org
12. www.ftaa_alca.org

